

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

AMERICO MENDES FLORES

**CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DOS CRIMES CONTRA
A HUMANIDADE: UMA ANÁLISE DOS *DRAFT ARTICLES* DA COMISSÃO DE
DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS**

CURITIBA

2022

AMERICO MENDES FLORES

**CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DOS CRIMES CONTRA
A HUMANIDADE: UMA ANÁLISE DOS *DRAFT ARTICLES* DA COMISSÃO DE
DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Paraná, como requisito
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Danielle Annoni

CURITIBA

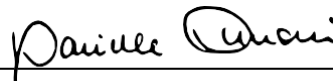
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

AMERICO MENDES FLORES

CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE: UMA ANÁLISE DOS *DRAFT ARTICLES* DA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, aprovado pela seguinte banca examinadora, em Curitiba, 06 de abril de 2022.



Prof^a. Dr^a. Danielle Annoni

Orientadora – Departamento de Práticas Jurídicas no Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná



M.^a Anna Karollinne Lopes Cardoso

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política pela Universidade
Federal de Pernambuco



M.^a Sarah Fernanda Lemos Silva

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais - Estudos
Comparados sobre as Américas na Universidade de Brasília

AGRADECIMENTOS

À minha família, especialmente minhas irmãs Lorena e Nicole, com quem tenho laços que ultrapassam o sangue; meus pais, Valdecir e Maria Lúcia, que ainda me trazem lições para a vida, sempre; e minha sobrinha Valentina, que reforça minhas esperanças com o mundo a cada sorriso puro.

Aos meus amigos de faculdade, definitivamente mais que colegas, Clara, Gabriel, Iva, João Eduardo, Paulo, Renata e Roberta, que, sem sombra de dúvidas, criaram memórias nesses cinco anos (mais alguns trocados em razão da pandemia) que espero e buscarei jamais esquecer, além da imensa ajuda com os estudos.

Aos meus amigos poços-caldenses, Caetano e Leonardo, que a quase uma década me dão momentos de risada, dia após dia, trazendo o lado leve das coisas, e com quem espero poder fazer piadas por mais algumas outras décadas. Também à mineira Carol, fonte de outros risos e suporte nessa reta final de curso.

À minha orientadora, Prof^a. Danielle Annoni, que me inspirou a fazer esse trabalho, após aulas marcantes de Direito Internacional Público, Direito dos Refugiados e Prática Jurídica em Direitos Humanos. Também, sempre com apoio, me motivou a continuamente sair da zona de conforto, o que acabou por acender em mim uma paixão inesperada pelos Direitos Humanos.

À Universidade Federal do Paraná, pela oportunidade de me graduar nessa Faculdade de Direito, que, com todos os docentes, discentes e funcionários, tornou toda a experiência impagável, mas que espero ao menos ter retribuído um pouco aqui.

“On how many occasions, including in recent times, have alarming signals of human rights violations been ignored with only the resulting crimes against humanity waking us all from inertia? [...]

I can never repeat it enough: the primary responsibility to promote and protect rights lies with [the States]. In recent years, States have started to realize and accept that sovereignty is a responsibility that not only provides rights but also entails duties to those living under their jurisdiction, as well as to the international community as a whole. [...]

We are, once again, at a crossroads: we will make the most of it and regret nothing. Unless we aim for the seemingly unattainable, we risk settling for mediocrity.”

Sergio Vieira de Mello

RESUMO

O presente trabalho examina, através de uma revisão bibliográfica, o projeto de convenção elaborado pela Comissão de Direito Internacional a respeito da prevenção e da repressão dos crimes contra a humanidade. A justificativa do TCC está na relevância e na persistência dos crimes contra a humanidade, estando por vezes ligado a crimes de guerra e ao genocídio, com incontáveis casos desde o início do século passado. A essência do estudo está na redação de cada artigo, com a consideração dos comentários da referida Comissão, bem como a crítica de autores especialistas no tema. Além de pormenorizar os artigos, alguns institutos de relevância que não foram incluídos são expostos, o que demonstra a existência de certos pontos que ainda podem ser aprofundados nas futuras discussões entre Estados dessa possível convenção. Todavia, conclui-se certamente pela utilidade do projeto, por possuir uma base sólida, com inspirações na letra de outros tratados de direitos humanos, jurisprudência de tribunais internacionais e comentários de comitês de monitoramento. O projeto cumpre suas metas, mediante mecanismos que dão um papel central aos Estados, de efetivamente prevenir e reprimir os crimes contra a humanidade.

Palavras-chave: Crimes contra a Humanidade. Comissão de Direito Internacional. Tratados de Direitos Humanos. Direito Penal Internacional. Nações Unidas.

ABSTRACT

The current work examines, through a literature review, the draft articles made by the International Law Commission about the prevention and punishment of crimes against humanity. The reason for this work is related to the relevance and persistence of crimes against humanity, sometimes connected to war crimes and genocide, with countless cases since the beginning of the last century. The essence of this study is in the wording of each draft article, taking into account the commentaries of said Commission, as well as the analysis by experts on the matter. Beyond detailing the draft articles, some relevant elements that weren't included are exposed, which demonstrates the existence of certain points that can still be deepened in future discussions of these draft articles between States. However, it can be certainly concluded that the project is useful, as it has a solid foundation, inspired by other human rights treaties, the jurisprudence of international tribunals and commentaries by monitoring committees. The draft articles fulfill its goals, through mechanisms that give a central role to States, of effectively prevent and punish the crimes against humanity.

Keywords: Crimes against Humanity. International Law Commission. Human Rights Treaties. International Criminal Law. United Nations.

LISTA DE ABREVIATURAS

- CDHNU – Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas
- CDI – Comissão de Direito Internacional
- CEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos
- CEA – Câmaras Extraordinárias Africanas
- CETC – Câmaras Extraordinárias dos Tribunais do Camboja
- CIJ – Corte Internacional de Justiça
- ICCH – Iniciativa sobre os Crimes Contra a Humanidade
- OEA – Organização dos Estados Americanos
- PECSTL – Painéis Especiais para Crimes Sérios no Timor-Leste
- TESL – Tribunal Especial para a Serra Leoa
- TMI – Tribunal Militar Internacional
- TMIEO – Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente
- TPI – Tribunal Penal Internacional
- TPII – Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia
- TPIR – Tribunal Penal Internacional para Ruanda

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
1.1	PONTO DE PARTIDA	9
1.2	JUSTIFICATIVA E METODOLOGIA	9
2	<i>DRAFT ARTICLES</i> E SEU CONTEÚDO	12
2.1	PREÂMBULO E ESCOPO	12
2.2	DEFINIÇÃO DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE.....	14
2.3	OBRIGAÇÕES GERAIS.....	18
2.4	OBRIGAÇÃO DE PREVENÇÃO	21
2.5	<i>NON-REFOULEMENT</i>	25
2.6	CRIMINALIZAÇÃO NA LEGISLAÇÃO NACIONAL	27
2.7	ESTABELECIMENTO DE JURISDIÇÃO NACIONAL.....	35
2.8	INVESTIGAÇÃO.....	39
2.9	MEDIDAS PRELIMINARES QUANDO UM SUPOSTO INFRATOR ESTÁ PRESENTE	42
2.10	<i>AUT DEDERE AUT JUDICARE</i>	43
2.11	TRATAMENTO JUSTO AO SUPOSTO INFRATOR	46
2.12	VÍTIMAS, TESTEMUNHAS E OUTROS	48
2.13	EXTRADIÇÃO	52
2.14	ASSISTÊNCIA JURÍDICA MÚTUA.....	56
2.15	RESOLUÇÃO DE DISPUTAS	58
3	ELEMENTOS AUSENTES NO ESBOÇO	61
3.1	PROIBIÇÃO DE ANISTIA.....	61
3.2	ATAQUES CONTRA A HERANÇA CULTURAL COMO ESPÉCIE DE CRIME	62
3.3	INCITAÇÃO E CONSPIRAÇÃO COMO FORMAS PUNÍVEIS	64
3.4	PROIBIÇÃO DE QUAISQUER RESERVAS.....	66
3.5	MECANISMO DE MONITORAMENTO	68
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
	REFERÊNCIAS	72
	ANEXO	78

1 INTRODUÇÃO

1.1 PONTO DE PARTIDA

Define-se, como problema de pesquisa dessa monografia, a questão: “É necessário, viável e suficiente uma Convenção para a Prevenção e a Repressão dos Crimes Contra a Humanidade com base nos *Draft Articles* da Comissão de Direito Internacional (CDI)?”. Essa problematização é um desdobramento dos movimentos recentes no âmbito internacional em relação à codificação dos crimes contra a humanidade. Trata-se de assunto discutido desde meados da década de 40 – com o histórico Tribunal de Nuremberg – porém ainda não se encontra por completo, estando os crimes contra a humanidade definidos atualmente no Estatuto de Roma – que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional – em seu artigo 7º.

Embora já se encontre tipificado neste dispositivo, o Estatuto não foi ratificado ou mesmo assinado por diversos países, além de não obrigar os Estados-Partes a tipificarem os crimes em suas legislações nacionais, desejando-se, com a pesquisa, explorar possíveis vácuos legislativos que seriam suprimidos com uma Convenção voltada para os crimes contra a humanidade, e verificar se a proposta da CDI é adequada para tanto. O objetivo geral do TCC é, portanto, analisar a exequibilidade da conversão do projeto da *International Law Commission* em uma Convenção para a Prevenção e a Repressão dos Crimes Contra a Humanidade. Procura-se, então, compreender em que medida os *Draft Articles* seriam capazes de suprir o espaço, se existente, quanto ao tema dos crimes contra a humanidade.

1.2 JUSTIFICATIVA E METODOLOGIA

A epígrafe deste trabalho, do renomado diplomata brasileiro Sergio Vieira de Mello, auxilia na compreensão da relevância do assunto. Em dissertação publicada após assumir o cargo de Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, em setembro de 2002, Mello argumenta, dentre outros pontos que entende serem essenciais, que os crimes contra a humanidade, bem como os de genocídio e de guerra, devem gerar uma responsabilidade internacional genuína.¹ Além de

¹ MELLO, Sergio Vieira de. **Their Dignity Will Be Mine, As It Is Yours**. United Nations Chronicle, v. XXXIX, n. 4, 2002. Disponível em:

defender o Tribunal Penal Internacional (TPI), coloca perante os Estados a responsabilidade primária para promover e proteger direitos, tanto dentro de suas jurisdições quanto para a comunidade internacional em geral. Vieira de Mello também entende que a humanidade possui um impulso comum para melhorar o bem do indivíduo e o coletivo, e que com esse impulso se busca a codificação tanto nas leis nacionais quanto internacionais, sendo essa visão fundamental dos direitos humanos o “guia central para todo nosso trabalho”.²

São esses três pontos, da necessidade de prevenir e reprimir crimes contra a humanidade, do papel primordial dos Estados quanto aos direitos humanos e a busca incessante de uma evolução desses direitos, que formam a base da análise aqui buscada. Embora o termo *crimes against humanity* já exista por décadas, as análises sobre uma convenção ainda são relativamente escassas. A oportunidade de pesquisa se torna clara com a finalização recente do projeto pela CDI, tratando-se de momento oportuno para tanto, antes de uma possível discussão na Assembleia Geral da ONU.

Outra motivação se encontra no golpe de estado (*coup d'état*) ocorrido em fevereiro de 2021, na República de Myanmar (também chamada de Birmânia), que reviveu mais uma vez o tema na política internacional. Em uma declaração oficial, Thomas H. Andrews, Relator Especial das Nações Unidas para a Situação dos Direitos Humanos em Myanmar, chamou a atenção para as diversas atrocidades que foram observadas nos primeiros meses de 2021, solicitando uma coalizão de emergência para o povo de Myanmar. Sobre os crimes contra a humanidade, destacou que:

Não deve ser surpresa que há cada vez mais evidências que estes militares de Myanmar [...] estão engajando em crimes contra a humanidade, incluindo os atos de homicídio, desaparecimento forçado, perseguição, tortura, e aprisionamento em violação às regras fundamentais do direito internacional.³

A necessidade de uma convenção se justificaria aqui, por exemplo, na medida em que o país de Myanmar não é signatário do Estatuto de Roma, não podendo assim

<<http://web.archive.org/web/20021220071137/https://www.un.org/Pubs/chronicle/2002/issue4/0402p23.html>>. Acesso em 06 mar. 2022.

² Ibid.

³ OHCHR - Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Statement by Thomas H. Andrews**: UN Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar United Nations Human Rights Council. 2021. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26884>. Acesso em: 01 maio 2021.

os indivíduos envolvidos serem investigados pelo Tribunal Penal Internacional. Busca-se uma convenção que possibilite maior aceitação da comunidade internacional que o referido Estatuto, de 1998 – já que Estados possuem dificuldade em transferir poderes jurisdicionais a tribunais internacionais, uma vez que devem abrir mão de parte de sua soberania – para impedir que situações problemáticas como a da Birmânia ocorram, diminuindo a impunidade para crimes contra a humanidade.

Os três objetivos específicos foram esclarecer a redação dos artigos, com as intenções que a Comissão possuía durante seus trabalhos; depois, trazer o posicionamento de autores especialistas no tema, quanto à forma que o projeto tomou; e por fim, buscar os institutos e elementos mais relevantes que não se encontram na versão final, mas que ainda podem ser incluídos numa futura convenção.

A pesquisa foi realizada de forma teórica, se baseando majoritariamente na revisão bibliográfica, artigo por artigo, para analisar os institutos trazidos pelos *Draft Articles* da CDI, bem como alguns que podem ser reconhecidos como relevantes, porém ausentes, abordados no capítulo 3. Além desta modalidade, a pesquisa foi documental quando necessária, como com a análise dos arquivos produzidos pela Comissão, enquanto as sessões de trabalho ocorreram, e com o uso de documentos legislativos, quando preciso, para analisar ordenamentos nacionais e internacionais que possam trazer clarificações quanto a normas relacionadas ao tema.

Vale notar ainda, como característica de pesquisa, que se utilizou o critério de exclusão, focando-se em publicações a partir do ano 2010, com uso de artigos e livros anteriores apenas como exceção. Por fim, quanto aos livros próprios de metodologia científica, se utiliza obra de Mário de Souza Almeida⁴, e outra coordenada por Rafael Mafei Rabelo Queiroz e Marina Feferbaum⁵. Os *draft articles* foram traduzidos e inseridos em anexo, sendo recomendado a leitura do seguinte capítulo acompanhado destes.

⁴ ALMEIDA, Mário de Souza. **Elaboração de Projeto, TCC, Dissertação e Tese**: uma abordagem simples, prática e objetiva. São Paulo: Editora Atlas.

⁵ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). **Metodologia da Pesquisa em Direito**: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. São Paulo: Saraiva Jur.

2 DRAFT ARTICLES E SEU CONTEÚDO

2.1 PREÂMBULO E ESCOPO

Elemento de suma importância para a análise deste projeto são os comentários da CDI, adotados em sua 71ª sessão, em 2019, que se encontram no relatório nº A/74/10 enviado para a Assembleia Geral, parágrafo 45. Esses serão continuamente revistos neste capítulo, pois são capazes de expor a intenção por trás da redação dos artigos, visto que alguns, à primeira vista, não conseguem exibir sua relevância por si só.

No que tange o preâmbulo, a Comissão esclarece que a meta foi montar uma base conceitual para os artigos, de forma a trazer tanto o contexto quanto os objetivos do projeto. Também clarifica que tratados internacionais já existentes foram utilizados como base para o preâmbulo, como a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, e o Estatuto de Roma do TPI, de 1998, inspiração que se repetirá ao longo de diversos artigos.⁶

Os dois primeiros parágrafos preambulares, embora não exposto claramente nos comentários da Comissão, são uma evidente cópia com adaptações do segundo e terceiro parágrafos preambulares do Estatuto de Roma.⁷ O terceiro parágrafo faz referência aos princípios presentes na Carta das Nações Unidas, que envolvem o princípio da igualdade soberana dos Estados e o princípio que os Estados não devem ameaçar nem fazerem uso de força contra a integridade territorial ou independência política de qualquer Estado.⁸

A primeira novidade se encontra no quarto parágrafo preambular, que informa a natureza *jus cogens* – isto é, de norma imperativa de Direito Internacional – da proibição de crimes contra a humanidade. A definição típica deste instituto é fruto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969:

Artigo 53

⁶ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report of International Law Commission – Seventy-first session**, doc. nº A/74/10. Nova York: Nações Unidas, 2019, p. 24. Disponível em: <<https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁷ BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 24 jan. 2022.

⁸ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, op. cit., loc. cit.

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.⁹

Essa previsão de uma norma imperativa de Direito Internacional, conforme relata Leila Sadat, não se encontrava até então no Terceiro Relatório do Relator Especial Sean D. Murphy, sendo uma sugestão de alguns membros presentes na Comissão¹⁰, o que foi posteriormente aclamado por Estados da Assembleia Geral, como Bélgica, Estônia, México, Panamá, Peru e Serra Leoa, inclusive com a sugestão da Bélgica de analisar mais a fundo as implicações que parágrafo traz.¹¹

A justificativa para o quarto parágrafo preambular se encontra no fato da “[...] CIJ já ter concluído que a proibição de certos atos, como a tortura, tem o caráter de *jus cogens*, o que *a fortiori* sugere que a proibição de [...] crimes contra a humanidade tem o mesmo caráter *jus cogens*”, além de que outros tribunais e cortes internacionais também reconhecem a mesma situação.¹²

O sexto parágrafo preambular consegue expor o propósito do projeto de, ao mesmo tempo, tratar da prevenção e da repressão aos crimes contra a humanidade, uma vez que até mesmo “o fim da impunidade levaria à prevenção”.¹³ O parágrafo preambular seguinte, sétimo, já adianta o conteúdo do artigo 2º do projeto, uma vez que leva em consideração o artigo 7º do Estatuto de Roma.

Os parágrafos preambulares quinto e sexto trazem, cada um, um foco em um dos objetivos da convenção, primeiro a prevenção, conforme o direito internacional; depois, a repressão, de acordo com a legislação nacional de cada Estado.¹⁴ Os

⁹ BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 26 jan. 2022.

¹⁰ SADAT, Leila Nadya. **A Contextual and Historical Analysis of the International Law Commission’s 2017 Draft Articles for a New Global Treaty on Crimes Against Humanity**. *Journal of International Criminal Justice*, v. 16, n. 4, 1 set. 2018, p. 692-693.

¹¹ MURPHY, Sean D. **Fourth report on crimes against humanity**, doc. nº A/CN.4/725. Nações Unidas – Assembleia Geral, 18 fev. 2019, p. 14. Disponível em: <<https://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/725>>. Acesso em 24 jan. 2022.

¹² COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 25.

¹³ *Ibid*, p. 26.

¹⁴ *Ibid*.

comentários ressaltam ainda que, do oitavo ao décimo parágrafo preambular, o foco é na repressão aos crimes contra a humanidade, de forma que os artigos 8º ao 14 acabam sendo prenunciados pelo preâmbulo.¹⁵

O artigo 1º, por sua vez, além de ressaltar novamente que tanto a prevenção quanto a repressão são os objetivos principais da convenção, ao limitar o tratamento aos crimes contra a humanidade, deixa claro, como a Comissão desejou, que os demais crimes internacionais graves não serão regulados por esses artigos, como genocídio, crimes de guerra ou o crime de agressão.¹⁶ Charles C. Jalloh compreende que tal decisão desperdiça a oportunidade de um melhor tratamento das realidades de vários crimes internacionais, como com a previsão de um regime para cooperação horizontal sobre extradição e assistência jurídica mútua que se aplicassem também a esses outros crimes graves, não só aos crimes contra a humanidade.¹⁷

As obrigações do Estado surgem apenas para atos posteriores à entrada em vigor da possível convenção para aquele Estado¹⁸, conforme a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que em seu artigo 28 traz que “a não ser que uma intenção diferente se evidencie do tratado [...], suas disposições não obrigam uma parte em relação a um ato ou fato anterior [...] da entrada em vigor”.¹⁹

Ainda, a Comissão esclarece que o uso do termo “legislação nacional” (*national law*) nos próximos artigos fará referência às leis internas ou domésticas de cada Estado, abordando os diferentes níveis internos possíveis, isto é, se referindo tanto ao âmbito federal, quanto ao estadual, provincial e afins.²⁰

2.2 DEFINIÇÃO DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

A evolução da definição dos crimes contra a humanidade, para Margaret M. de Guzman, está conectada com um equilíbrio de valores: primeiro, o do respeito à soberania estatal com o de proteção de direitos humanos; depois, os de consistência

¹⁵ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 26.

¹⁶ *Ibid.*, p. 26-27.

¹⁷ JALLOH, Charles C. **The International Law Commission’s First Draft Convention on Crimes Against Humanity: Codification, Progressive Development, or Both?** Case Western Reserve Journal of International Law, v. 52, n. 1, 2020, p. 355.

¹⁸ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, *op. cit.*, p. 27.

¹⁹ BRASIL. **Decreto nº 7.030...**

²⁰ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, *op. cit.*, *loc. cit.*

e claridade com aqueles de amplitude e flexibilidade.²¹ Guzman lembra que, na primeira definição relevante dos crimes contra a humanidade, isto é, da Carta do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (TMI), os crimes contra a humanidade estavam intrinsicamente ligados à atos desumanos cometidos no período de guerra, o chamado “*war nexus*”.²² Tal situação elevava demasiadamente o valor da soberania dos Estados sobre a proteção dos direitos humanos, dado que crimes cometidos fora do contexto de guerra estariam exclusivamente sob a jurisdição dos Estados soberanos.²³

A definição do TMI foi espelhada no artigo 5º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII), inclusive com a presença do nexo causal de guerra do TMI, mesmo com os trabalhos já existentes da CDI rejeitando tal posicionamento, como os Princípios de Nuremberg, um *draft* do Estatuto do TPI e um *draft* do Código de Crimes Contra a Paz e Segurança da Humanidade²⁴:

Artigo 5º

Crimes contra a humanidade

O Tribunal Internacional terá competência para proceder contra as pessoas suspeitas de serem responsáveis pelos seguintes crimes, quando cometidos durante um conflito armado de caráter internacional ou nacional, e dirigidos contra a população civil, qualquer que ela seja [...]²⁵

Guzman nota, todavia, que em sua jurisprudência, o TPII rapidamente entendeu que o “*war nexus*” não fazia parte do direito consuetudinário dos crimes contra a humanidade, omitindo então tal instituto de definições futuras.²⁶ O ponto de virada para a compreensão dos crimes contra a humanidade viria com o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), que passou a focar na gravidade dos atos criminosos, com a necessidade destes serem um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil – assim, atendido esse requisito, a proteção dos direitos humanos sobrepassa as preocupações com a soberania estatal.²⁷

²¹ GUZMAN, Margaret M. de. **Defining Crimes Against Humanity**: Practicality and Value Balancing. *African Journal of International Criminal Justice*, v. 6, n. 2, out. 2020, p. 205.

²² GUZMAN, Margaret M. de. **Defining...**, p. 205.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, p. 206.

²⁵ PORTUGAL. **Estatuto do Tribunal Internacional para Julgar as Pessoas Responsáveis por Violações Graves ao Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da Ex-Iugoslávia desde 1991**. Lisboa: Ministério Público, 1995, p. 3. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/Estatuto-TIJugoslavia_links.pdf>. Acesso em 27 jan. 2022.

²⁶ GUZMAN, Margaret M. de, op. cit., loc. cit.

²⁷ *Ibid.*

Em relação à redação deste artigo pela CDI, observa-se quase uma transcrição literal do artigo 7º do Estatuto de Roma, com uma notável exceção, visto que o parágrafo 3 agora traz uma previsão esclarecendo que uma possível definição mais abrangente de crimes contra a humanidade não é excluída por este artigo. Possivelmente, além de se inspirar no artigo 10º do Estatuto²⁸, esse trecho visa responder os comentários de Estados, como Suécia e Serra Leoa²⁹, além da doutrina³⁰, que a definição do Estatuto de Roma seria distinta da situação existente no direito consuetudinário, tanto internacional quanto nacional. Dessa maneira, a cláusula de não prejudicar outras definições tenta relativizar a questão.

A redação atual removeu o então parágrafo 3 do Art. 7º do Estatuto de Roma, que trazia um esclarecimento quanto ao uso da expressão “gênero”: “Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo ‘gênero’ abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado”.³¹ A razão para essa exclusão, conforme a CDI, está conectada à evolução moderna do termo, de forma que uma definição que apenas faz referência a diferenças biológicas é excludente. Contudo, embora uma posição louvável, alguns autores entendem que uma exposição mais clara poderia ter sido incluída no projeto, que permitisse que a interpretação do que é gênero para os propósitos de crimes contra a humanidade evoluísse com o direito internacional.³²

Quanto à escolha de se basear puramente no Estatuto de Roma para a definição de crimes contra a humanidade, Sadat compreende também que é possivelmente a decisão mais sensível a ser feita, visto que, já tendo sido negociada e debatida por 165 Estados, está solidificada no direito internacional.³³ Para Guzman, não se trata de uma decisão puramente pragmática, mas uma que revela que o texto do Estatuto atinge um equilíbrio adequado entre valores concorrentes.³⁴ Esclarece ainda que, embora especialistas na ICCH tenham sugerido a remoção do requisito de

²⁸ **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.** Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 24 jan. 2022.

²⁹ GUZMAN, Margaret M. **Defining...**, p. 207-209.

³⁰ Ver, a respeito da primeira versão do projeto da CDI, que não incluía o direito consuetudinário no parágrafo 3, comentários de: JALLOH, Charles C. **The International...**

³¹ BRASIL. **Decreto nº 4.388...**

³² Ver ROSENTHAL, Indira; OOSTERVELD, Valerie. **Gender and the ILC’s 2019 Draft Articles on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity.** African Journal of International Criminal Justice, v. 6, n. 2, out. 2020, p. 214–226.

³³ SADAT, Leila Nadya. **A Contextual...**, p. 696.

³⁴ GUZMAN, Margaret M. de. Op. cit., p. 207.

uma “população civil” e que atos sejam cometidos em relação à uma política estatal, a maioria dos Estados expressou apoio pela reutilização da definição aplicável ao TPI.³⁵ Dessa forma, seria possível concluir que os Estados implicitamente concordaram com o equilíbrio de valores, isto é, que a definição seria suficientemente ampla para futuros crimes análogos e adequadamente específica para não ultrapassar a questão da soberania estatal.³⁶

Outra mudança, em comparação ao Estatuto, se encontra no subparágrafo 1 (h), a respeito da perseguição. O trecho final “ou com qualquer crime da competência do Tribunal” foi eliminado do projeto da CDI. Nos comentários, a Comissão esclarece que tal escolha é em razão dessa segunda cláusula não ser mais do que algo que estabelece a jurisdição específica do TPI, de forma que o escopo do que é perseguição não ficaria maior, nem serviria aos propósitos das legislações nacionais.³⁷ Já a outra cláusula nesse subparágrafo foi mantida, “relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo”, e se justificaria pois a entrada de outros conceitos muito além dos crimes contra a humanidade para fins de perseguição teria de ser limitada, ao passo que o subparágrafo 1 (k) permitiria a analogia com atos desumanos mais conectados com o propósito do projeto.³⁸ Em outras palavras, o “*persecution nexus*” estabelecido pela CDI atingiria um equilíbrio de valores ao não adentrar na soberania dos Estados, restringindo o que é perseguição, mas também salvaguardando, com flexibilidade, outros atos desumanos, que podem ser equiparados à crimes contra a humanidade.³⁹

Mais uma questão controversa se encontra no subparágrafo 2 (i), já tratando da definição do desaparecimento forçado de pessoas. Países como o Chile se mostraram contra manter o requisito do Estatuto presente no trecho de que o desaparecimento deve ter “o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo”⁴⁰, uma vez que outros tratados específicos sobre o tema não trazem essa exigência, como a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, aprovada pela Assembleia Geral da OEA em

³⁵ GUZMAN, Margaret M. **Defining...**, p. 207.

³⁶ *Ibid.*, p. 209.

³⁷ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 44.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ GUZMAN, Margaret M. de. *Op. cit.*, p. 210-211.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 212-213.

Belém (PA) em 1994⁴¹, e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 2006.⁴² Apesar desses posicionamentos, Guzman esclarece que o objetivo de ser pragmático com a definição prevaleceu para a Comissão e os demais Estados⁴³, o que foi ainda mais justificado pela declaração do Comitê de Desaparecimento Forçados da ONU a respeito do tema, que compreendeu as escolhas da CDI sobre a definição do desaparecimento forçado de pessoas:

3. [O Comitê] considera também que a consistência geral do projeto [da CDI] com o Estatuto de Roma deve ser primordial, para o propósito de cooperação efetiva entre Estados-Partes no processo criminal desses crimes, e para preservar os desenvolvimentos de direito penal internacional relacionados à proteção de vítimas de violações graves de direitos humanos internacionais e de violações sérias de direito humanitário internacional. (tradução nossa)⁴⁴

Charles C. Jalloh, concluindo acerca da definição de crimes contra a humanidade nos *draft articles*, expõe que, no geral, esse artigo se tratou mais de um exercício de codificação do Estatuto de Roma do que um desenvolvimento progressivo.⁴⁵ Dado essa definição do que se caracteriza como um crime contra a humanidade, baseando-se no que já existe no direito internacional, passa-se às obrigações gerais que os Estados teriam quanto à prevenção e repressão desses crimes.

2.3 OBRIGAÇÕES GERAIS

⁴¹ Ver BRASIL. **Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016**. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8766.htm>. Acesso em 27 jan. 2022.

⁴² Ver BRASIL. **Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016**. Promulga a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8767.htm>. Acesso em 27 jan. 2022.

⁴³ GUZMAN, Margaret M. **Defining...**, p. 213.

⁴⁴ COMITÊ DE DESAPARECIMENTOS FORÇADOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Statement of the CED on the Draft articles on Crimes Against Humanity Adopted by the International Law Commission**. [S.l.], [2018]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CED/Shared%20Documents/1_Global/INT_CED_STA_14_27_312_E.pdf>. Acesso em 27 jan. 2022.

⁴⁵ JALLOH, Charles C. **The International Law Commission's...**, p. 360-361.

A Comissão entendeu que a obrigação imposta no parágrafo 1 do artigo 3º deveria ser explícita, ao contrário do que acontece na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, e na Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, que não trazem a proibição para os Estados dessa forma.⁴⁶

Ademais, a expressão “não se envolver em atos” possui dois componentes básicos.⁴⁷ A começar pela obrigação dos Estados de não “cometer tais atos através de seus próprios órgãos, ou pessoas sobre as quais eles têm um controle tão firme que a conduta delas é atribuível ao Estado em questão pelo direito internacional”, o que é um trecho do julgamento de 2007 da Corte Internacional de Justiça no caso *Bósnia e Herzegovina v. Sérvia e Montenegro*.⁴⁸ Do outro lado, se situariam as obrigações dos Estados sob o direito internacional de não auxiliar ou ajudar outro Estado a cometer “atos ilícitos internacionais”.⁴⁹

Sadat, todavia, compreende que uma diferente escolha poderia ter sido tomada pela Comissão na redação deste artigo 3º, especialmente no parágrafo 1, que aumentasse a responsabilidade estatal. Trazendo como exemplo a “Proposta de Convenção Internacional para a Prevenção e Repressão dos Crimes contra a Humanidade”⁵⁰ da Iniciativa sobre os Crimes contra a Humanidade (ICCH), que em seu artigo 1º, sobre a natureza do crime, possui o seguinte trecho: “os Estados podem ser considerados responsáveis por crimes contra a Humanidade nos termos dos princípios de responsabilidade do Estado por atos ilícitos internacionais”.⁵¹ Tal definição se conectaria de forma adequada com outro trabalho da CDI, os *Draft Articles* sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Ilícitos Internacionais, adotados

⁴⁶ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report**..., p. 47.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)**, Judgement. I.C.J. Reports, 2007, p. 113, para. 166. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2022. Esse caso tratava do crime de genocídio – daqui em diante denominado de “caso de genocídio bósnio”.

⁴⁹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report**..., p. 48-49.

⁵⁰ SADAT, Leila Nadya. **A Contextual**..., p. 702-703.

⁵¹ WHITNEY R. HARRIS WORLD LAW INSTITUTE. **Proposta de Convenção Internacional para a Prevenção e Repressão dos Crimes contra a Humanidade**. Genebra: Nações Unidas, 2008. Disponível em: <<https://cpb-us-w2.wpmucdn.com/sites.wustl.edu/dist/b/2004/files/2017/12/Proposed-Convention-Portuguese-Provisional-Draft-1-1.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2022.

em 2001⁵², além de se situar corretamente na própria intenção exposta pelos redatores nos comentários, como discutido acima.

Sobre o parágrafo 2, a CDI deixa claro, trazendo exemplos novamente do caso de genocídio bósnio, que a redação da frase “cada Estado se compromete em prevenir e reprimir” foi devidamente pensada. A Comissão explica que, tal como a CIJ entendeu⁵³, esse compromisso não é meramente exortatório, tampouco teleológico, nem uma simples introdução aos artigos seguintes.⁵⁴

A exposição, pelo parágrafo 2, de que os crimes contra a humanidade são crimes no direito internacional, já seria assunto pacífico, dada as definições consequentes do TMI e do TMIEO (da Carta de Nuremberg e da Carta de Tóquio, mais especificamente), bem como das evoluções seguintes, já mencionadas anteriormente.⁵⁵ A ideia de que os crimes de humanidade têm de ser tratados tanto em tempo de conflito armado quanto de paz, no final desse parágrafo, pode parecer até desnecessária. Contudo, com as observações de Guzman trazidas no subcapítulo anterior (2.2), pode-se concluir que um equilíbrio melhor foi atingido entre a soberania estatal e a proteção aos direitos humanos com tal esclarecimento.⁵⁶

Desta maneira, Jalloh chega à conclusão de que o parágrafo 2 – à época da análise, o único do artigo sobre obrigações gerais – ao mesmo tempo constitui uma codificação, ao tratar da proibição de crimes contra a humanidade no direito internacional; e um desenvolvimento progressivo, quando se refere à necessidade de prevenção.⁵⁷ Ademais, concorda com Guzman sobre a solução dada ao “longo debate” acerca do nexos de conflito armado, adicionando que o fato de que as origens dos crimes contra a humanidade estarem conectadas à Segunda Guerra Mundial não exclui a proibição desses crimes em conflitos internos sob o direito consuetudinário.⁵⁸

⁵² COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**. Saint Louis: Geneva: Washington University School of Law, ago. 2010. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2022.

⁵³ A definição de “*to undertake*”, importante para a compreensão do significado de compromisso estatal nesses artigos, de acordo com a CIJ, é “dar uma promessa formal, vincular ou envolver-se, fazer um juramento ou promessa, concordar, aceitar uma obrigação”, extraído de: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Application of the Convention**..., p. 111, para. 162.

⁵⁴ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report**..., p. 49-50.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 50-51.

⁵⁶ GUZMAN, Margaret M. de. **Defining**..., p. 205.

⁵⁷ JALLOH, Charles C. **The International Law Commission's**..., p. 355-356.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 357.

O parágrafo 3, como informa a Comissão, foi inspirado pelo artigo 2º, parágrafo 2 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, com as devidas adaptações, como a substituição da expressão “estado de guerra ou ameaça de guerra” por “conflito armado”, além de deixar evidente que se tratam de casos exemplificativos, não taxativos.⁵⁹ Relata também uma linguagem similar à Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 2006, e à Convenção Interamericana para Prevenir e Reprimir a Tortura, de 1985.⁶⁰ Por fim, mas não menos relevante, a CDI nota que a formulação desse parágrafo é de tal forma que pode se referir tanto às condutas de Estados quanto de atores não-estatais, ainda que o contexto do artigo seja de obrigações gerais para o Estado.⁶¹

2.4 OBRIGAÇÃO DE PREVENÇÃO

Para William A. Schabas, “o escopo da prevenção dos crimes contra a humanidade permanece relativamente enigmático, assim como o de genocídio”⁶², e, dessa forma, o instrumento adequado para bases comparativas com este artigo 4º seria a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948.⁶³ Schabas explica que esta Convenção do Genocídio foi, de certa forma, uma resposta ao alcance então insuficiente dos crimes contra a humanidade, e que, nos estágios iniciais de codificação, a importância da prevenção do genocídio era notável, embora na redação final tenha restado prejudicada, ficando esparsa demais.⁶⁴ A importante doutrina da “responsabilidade em proteger”⁶⁵, tanto em relação ao genocídio quanto aos crimes contra a humanidade, todavia, só veio mais tarde, exposta no Documento Final da Cúpula Mundial de 2005:

⁵⁹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Op. cit., p. 53.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 53.

⁶² SCHABAS, William A. **Prevention of Crimes Against Humanity**. *Journal of International Criminal Justice*, v. 16, n. 4, 1 set. 2018., p. 706.

⁶³ BRASIL. **Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952**. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Brasília, DF: Presidência da República, [1952]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1952/d30822.html>. Acesso em 29 jan. 2022.

⁶⁴ SCHABAS, William A. Op. cit., p. 706-707.

⁶⁵ Ibid., p. 708.

Responsabilidade em proteger populações do genocídio, crimes de guerra, limpeza étnica e crimes contra a humanidade

138. Cada Estado individualmente tem a responsabilidade em proteger suas populações de genocídio, crimes de guerra, limpeza étnica e crimes contra a humanidade. Essa responsabilidade envolve a prevenção de tais crimes, inclusive pela acusação formal destes, através de meios apropriados e necessários. Nós aceitamos essa responsabilidade e atuaremos de acordo com ela. A comunidade internacional deve, quando apropriado, encorajar e ajudar Estados a exercer essa responsabilidade e apoiar as Nações Unidas em estabelecer uma aptidão de aviso prévia. (tradução nossa)⁶⁶

Nos seus comentários, a Comissão inicia detalhando diversos tratados internacionais que serviram de inspiração para a redação do artigo 4º, cerca de 20 convenções, dos mais diversos temas, datas e locais, ainda que a do genocídio tenha o maior papel geral.⁶⁷ Em sua análise, Jalloh explica que, quanto a este artigo, a definição das medidas preventivas seria mista, isto é, em partes uma forma de codificação, em outras, mais plausivelmente, uma forma de desenvolvimento progressivo.⁶⁸ Isso deriva da forma em que o artigo foi redigido, tomando e combinando elementos de práticas estatais, jurisprudência e proibições estabelecidas, antes espalhados.⁶⁹

O *caput* do artigo 4º, que toca nos limites permitidos pelo direito internacional, tem a redação baseada⁷⁰, novamente, no caso de genocídio bósnio, da CIJ – esta dizendo ser claro que cada Estado pode apenas atuar em conformidade com o direito internacional. Schabas nota que, embora a Comissão alegue que tribunais e cortes internacionais já tenham tratado das obrigações de prevenção, apenas o caso da CIJ é discutido, podendo levar a conclusão que é o único caso jurídico notório internacional que realmente tratou da obrigação de prevenção.⁷¹

Cada subparágrafo trata de uma dimensão das obrigações estatais de prevenção. Com o subparágrafo (a), a CDI focou no âmbito interno, com inspirações no artigo 2º, parágrafo 1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, que possui uma redação bem semelhante.⁷² Ainda, a expressão “medidas preventivas apropriadas” foi devidamente

⁶⁶ ASSEMBLEIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **2005 World Summit Outcome**, doc. nº A/RES/60/1. Nova York: Nações Unidas, 24 out. 2005, p. 30, para. 138. Disponível em: <<https://legal.un.org/docs/?symbol=A/RES/60/1>>. Acesso em 29 jan. 2022.

⁶⁷ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report**..., p. 54-57.

⁶⁸ JALLOH, Charles C. **The International Law Commission's**..., p. 362-363.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 363.

⁷⁰ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Op. cit.*, p. 57.

⁷¹ SCHABAS, William A. **Prevention**..., p. 711-712.

⁷² COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Op. cit.*, p. 57-58.

pensada, pois expõe flexibilidade para cada Estado implementar as suas obrigações, ao passo que o termo “efetivas” deixa claro que o Estado ainda precisa manter as medidas em um nível aceitável, que realmente previna os crimes (“*keep under review*”).⁷³ Embora focado no genocídio, cabe aqui relatar o que o CDHNU – e por consequência, a Comissão, quanto aos crimes contra a humanidade, ao notar tanto nos comentários – entendeu como exemplos de medidas que os Estados devem tomar na dimensão interna:

28/34. Prevenção do genocídio

O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas,

[...]

2. *Reitera* a responsabilidade de cada Estado individualmente em proteger suas populações do genocídio, o que envolve à prevenção de tal crime, inclusive pela acusação formal, através de meios apropriados e necessários;

3. *Incentiva* Estados-Membros a construir suas capacidades de prevenir genocídio através do desenvolvimento de *expertise* individual e a criação de agências apropriadas dentro dos Governos para fortalecer o trabalho de prevenção;

4. *Incentiva* Estados a considerar a designação de pontos focais para a prevenção do genocídio, que poderiam cooperar e trocar informações e melhores práticas entre si e com o Conselheiro Especial do Secretário-Geral sobre a Prevenção do Genocídio, órgãos relevantes das Nações Unidas e mecanismos regionais e sub-regionais; (tradução nossa)⁷⁴

Interessantemente, a CDI traz nos comentários uma lista exemplar que poderia ter sido incluída neste artigo, para expandir o escopo da prevenção, como desejava Schabas, dada a maior riqueza de detalhes que possui a respeito de que medidas específicas os Estados devem buscar, tendo como inspiração tratados e decisões de cortes e tribunais internacionais e regionais:

a) adotar leis e políticas nacionais, conforme necessário, para estabelecer consciência da criminalidade do ato e para promover detecção prévia de qualquer risco de sua comissão;

b) continuamente manter essas leis e políticas sob avaliação e, conforme necessário, melhorá-las;

c) buscar iniciativas que eduquem oficiais de governo quanto às obrigações do Estado sob os artigos do projeto;

⁷³ Ibid.

⁷⁴ CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the Humans Rights Council – Twenty-eight; Twenty-third special; and Twenty-ninth session**, doc. nº A/70/53. Nova York: Nações Unidas, 2015, p. 20-21. Disponível em: <<https://legal.un.org/docs/?symbol=A/70/53>>. Acesso em 29 jan. 2022.

d) implementar programas de treinamento para a polícia, militares, milícias e outros pessoais relevantes, conforme necessário, para ajudar na prevenção da comissão de crimes contra a humanidade; e

e) uma vez que o ato proscrito é cometido, cumprir em boa-fé quaisquer outras obrigações para investigar e ou processar ou extraditar infratores, já que, ao fazê-lo, serve, em parte, para dissuadir atos futuros por outros.⁷⁵

A CDI também informa que a expressão “em qualquer território sob sua jurisdição” busca cobrir não apenas o território de um Estado, mas também situações em que ele exerce jurisdição *de facto* – mesmo que não possua jurisdição *de jure* – como é o caso em intervenções, ocupações e anexações ilegais.⁷⁶

William A. Schabas amplifica esse último ponto, ao trazer a chamada “*colonial clause*”, discutida pelos redatores da Convenção sobre o Genocídio.⁷⁷ O problema territorial, no caso do genocídio, foi resolvido através de uma cláusula em que cada Estado-Parte poderia declarar sua intenção de estender a aplicação da convenção para outros territórios que não se encaixariam na jurisdição *de facto*.⁷⁸ Embora tal cláusula seja mais rara atualmente, ela foi utilizada, em certa medida, pelo Reino Unido quanto ao Estatuto de Roma. Este Estado fez uma série de declarações, embora reservas sejam proibidas, estendendo a jurisdição do TPI a certos territórios, deixando implícito que territórios sob os quais não se pronunciou, estariam fora da jurisdição do Tribunal, atingindo por fim uma reserva ao tratado.⁷⁹ A relevância dessa explicação é consequência do pedido feito pelo Reino Unido à Comissão para considerar mais profundamente o escopo jurisdicional adequado da obrigação de prevenção para o artigo 4º.⁸⁰

A dimensão externa deste artigo, por sua vez, se encontra no subparágrafo (b). Para a CDI⁸¹, o dever de cooperação é fruto da Carta das Nações Unidas, que, dentre outros, em seu artigo 1º, parágrafo 3, informa que a ONU tem como propósito:

3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para

⁷⁵ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report**..., p. 59-60.

⁷⁶ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report**..., p. 60.

⁷⁷ SCHABAS, William A. **Prevention**..., p. 716.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Op. cit.*, p. 61.

promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião;⁸²

O uso do termo “relevantes” tem como pretensão indicar a cooperação com organizações intergovernamentais a depender das funções e mandatos delas, além da relação destas com o Estado, bem como do contexto no qual a cooperação surgiu.⁸³ Ademais, o uso da expressão “quando apropriado” demonstra que a obrigação de cooperar, no caso de organizações em geral, como por exemplo o Movimento Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, não se estende da mesma maneira que com outros Estados e organizações intergovernamentais relevantes.⁸⁴

Acerca da dimensão externa, especialmente da obrigação de prevenção para além da jurisdição de um Estado, Schabas traz uma discussão relevante, analisando historicamente a possibilidade de intervenção em outros Estados, ainda que não diretamente autorizado pelo Conselho de Segurança da ONU, tema polêmico que teve vários momentos marcantes nas últimas três décadas.⁸⁵ Assim, é “lamentável” que o artigo 4º não confirme de forma mais precisa o princípio de uma obrigação dessa forma de prevenção externa, um que existe independentemente da atual redação do subparágrafo (b) e seus elementos.⁸⁶ O questionamento de Schabas a respeito do projeto então parece válido:

Qualquer preocupação com que uma declaração excessivamente ampla do princípio pudesse parecer autorizar o uso de força unilateralmente pode facilmente ser tratado com uma linguagem adequada. Quando a CIJ disse à Sérvia que ela carregava obrigações de prevenção mesmo fora de suas fronteiras, [a Corte] estava insistindo sobre a inadmissibilidade de permanecer calado e inativo diante de atrocidades, onde quer que elas ocorram. Isso não deveria ser afirmado explicitamente nos *draft articles*? (tradução nossa)⁸⁷

2.5 NON-REFOULEMENT

⁸² NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Rio de Janeiro: Centro de Informação da ONU, [2020], p. 5. Disponível em: <<https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/A-Carta-das-Nac%CC%A7o%CC%83es-Unidas.pdf>>. Acesso em 29 jan. 2022.

⁸³ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Op. cit., loc. cit.

⁸⁴ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report**..., p. 61.

⁸⁵ SCHABAS, William A. **Prevention**..., p. 717-721.

⁸⁶ Ibid., p. 721.

⁸⁷ Ibid.

Schabas esclarece que o *non-refoulement*, melhor explicado abaixo, é uma manifestação específica da obrigação de prevenção, uma vez que impõe um dever ao Estado quando há um perigo ou risco de que um crime contra a humanidade será cometido – justificando o motivo da mudança da posição deste artigo, que era originalmente o 12 no projeto, para ser colocado após o 4º.⁸⁸

A CDI relata que o princípio do *non-refoulement*, embora já existente em tratados como a Quarta Convenção de Genebra, de 1949, realmente tomou força com o artigo 33 da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951⁸⁹:

Art. 33 - Proibição de expulsão ou de rechaço

1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.

2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país.⁹⁰

Ademais, a Comissão faz referência ao artigo 3º da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; bem como ao artigo 16 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 2006, como fontes de inspiração para o artigo 5º do projeto.

O parágrafo 1 faz menção à “motivos substanciais” para esclarecer quando a proibição se aplica. O Comitê contra a Tortura, ao analisar a Convenção de 1984, esclareceu que os motivos existiriam quando o risco é previsível, pessoal, presente e real.⁹¹ Pelo CDHNU, a existência de um risco real deve ser decidida com base na informação que era conhecida, ou deveria ser conhecida pelas autoridades estatais

⁸⁸ Ibid., p. 727.

⁸⁹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Op. cit., p. 62.

⁹⁰ AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS (ACNUR). **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)**, p. 15-16. Disponível em:

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em 29 jan. 2022.

⁹¹ COMITÊ CONTRA A TORTURA DAS NAÇÕES UNIDAS. **General Comment nº. 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22**, doc. nº CAT/C/CG/4. [S.l.], [2018], p. 2, para. 11. Disponível em: <<https://legal.un.org/docs/?symbol=CAT/C/GC/4>>. Acesso em 29 jan. 2022.

no momento.⁹² Até a versão de 2017 dos *draft articles*, o parágrafo 1 continha a expressão “para o território sob jurisdição de outro Estado”, ao invés de “para outro Estado”, o que, para Jalloh, estreitava a aplicação do princípio.⁹³ Todavia, a versão final deixou a forma mais adequada do parágrafo, solucionando a questão.

Sobre o parágrafo 2, há vários fatores que devem ser levados em consideração pelas autoridades competentes, tomando como base diversas interpretações de comitês, bem como de tribunais e cortes internacionais.⁹⁴

A Comissão relata que a escolha de não incluir uma exceção à obrigação do *non-refoulement* – tal como a existente na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados – foi proposital. Essa exceção fazia referência à permissão de retornar uma pessoa quando esta havia cometido um crime ou apresentado um risco sério de segurança.⁹⁵ Charles C. Jalloh compreende que esta última foi uma decisão apropriada dos redatores⁹⁶, mas que uma chance de ser mais consistente com o projeto e o espírito do artigo foi perdido no primeiro parágrafo, pois a CDI poderia ter adicionado que os Estados devem analisar os riscos das pessoas sofrerem outros crimes:⁹⁷ “Não fica claro se o indivíduo pode ser deportado na situação onde outros crimes internacionais, como os crimes de guerra ou genocídio ou outras violações não-criminais de direitos humanos em massa, são cometidos.”⁹⁸

Schabas adiciona que, como a CEDH desenvolveu um vasto e sofisticado corpo de jurisprudência relacionado a este princípio, a aplicação do artigo 5º poderá ser auxiliada por esta.⁹⁹ Jalloh conclui que, dado a existência de correspondências a este artigo em outros tratados e instrumentos aceitados internacionalmente, o artigo 5º pode ser visto mais como uma codificação do princípio do *non-refoulement*, que para alguns possui até mesmo um caráter *jus cogens*.¹⁰⁰

2.6 CRIMINALIZAÇÃO NA LEGISLAÇÃO NACIONAL

⁹² COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 64.

⁹³ JALLOH, Charles C. **The International Law Commission's...**, p. 363-364.

⁹⁴ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Op. cit.**, p. 66.

⁹⁵ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 66.

⁹⁶ JALLOH, Charles C. **The International Law Commission's...**, p. 364.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ SCHABAS, William A. **Prevention...**, p. 728.

¹⁰⁰ JALLOH, Charles C. **Op. cit.**, p. 364-365.

O artigo 6º leva os Estados a tomarem medidas para assegurar que crimes contra a humanidade sejam criminalizados na própria legislação nacional de cada Estado. De acordo com Jalloh, isso ajudaria muito em prevenir a ocorrência de crimes contra a humanidade, sendo um artigo que contém tanto momentos de codificação quanto de desenvolvimento progressivo.¹⁰¹ A Comissão adianta que os artigos seguintes, como o de estabelecimento de jurisdição nacional, dependem das medidas previstas nesse artigo 6º para terem eficácia.¹⁰²

Para Elies van Sliedregt, a abordagem feita pela CDI merece elogios, pois usa termos neutros e genéricos para descrever a responsabilidade secundária, o que seria apropriado para um “tratado de supressão” como uma convenção que resultasse desse projeto – isto é, um tratado que necessitasse a aplicação via sistemas de justiça nacionais.¹⁰³

Sobre o parágrafo 1, a CDI relembra que o TMI reconheceu a importância de punir indivíduos, quando afirmou que crimes contra a humanidade são cometidos por homens, não por entidades – devendo então punir os indivíduos para que o direito internacional se imponha.¹⁰⁴ Embora o Estatuto de Roma tenha posteriormente levado alguns Estados a desenvolver uma legislação nacional similar que abordasse os crimes contra a humanidade, outros Estados ou adotaram leis que fogem da definição do artigo 7º do Estatuto, ou então não criaram nenhuma lei que tratasse do tema¹⁰⁵, causando uma lacuna grave nos ordenamentos.

Para a CDI¹⁰⁶, a lógica do Comitê contra a Tortura, ao analisar a obrigação dos Estados-Partes de inserirem atos de tortura como infrações nos seus direitos penais, se aplica à discussão do parágrafo 1, e por consequência a forma em que foi redigido:

9. Sérias discrepâncias entre a definição da Convenção e aquela incorporada em leis domésticas criam brechas atuais ou potenciais para impunidade. Em alguns casos, embora uma linguagem similar possa ser utilizada, seu significado pode ser qualificado pela lei doméstica ou por interpretação judicial, e, portanto, o Comitê pede para que cada Estado-Parte assegure que todas as partes de seu Governo adiram à definição posta na Convenção com o propósito de definir as obrigações do Estado. [...] (tradução nossa)¹⁰⁷

¹⁰¹ Ibid., p. 365.

¹⁰² COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Op. cit., loc. cit.

¹⁰³ VAN SLIEDREGT, Elies. **Criminalization of Crimes Against Humanity under National Law**. Journal of International Criminal Justice, v. 16, n. 4, 1 set. 2018, p. 731.

¹⁰⁴ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report**..., p. 67.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ COMITÊ CONTRA A TORTURA DAS NAÇÕES UNIDAS. **General Comment nº. 2:** Implementation of article 2 by States parties, doc. nº CAT/C/GC/2. [S.I.]: Nações Unidas, 2008, p.

O parágrafo 2 do artigo 6º especifica que formas relacionadas aos crimes contra a humanidade devem ser criminalizadas por cada Estado através de suas leis, isto é, cometer, tentar ou de outra forma ajudar ou contribuir com tais crimes. Como base para os núcleos e tipos a serem responsabilizados, a Comissão analisou diversos instrumentos internacionais e leis nacionais. No âmbito internacional, além de analisar os famosos TMI, TPII e TPIR, a CDI buscou as disposições dos chamados tribunais mistos, ou híbridos, além de outros tribunais internacionais, como o Tribunal Especial para a Serra Leoa (TESL), Painéis Especiais para Crimes Sérios no Timor-Leste (PECSTL), Câmaras Extraordinárias dos Tribunais do Camboja (CETC) e Câmaras Extraordinárias Africanas (CEA).¹⁰⁸ Todos estes trouxeram alguma espécie de criminalização da comissão de crimes contra a humanidade, como previsto no parágrafo 2 (a).

Elies van Sliedregt analisa a dualidade comissão-omissão, esclarecendo que a omissão tipicamente se divide em crimes de conduta (omissão “genuína”) e crimes de resultado (comissão por omissão).¹⁰⁹ Ao passo que o parágrafo 2 (a) levaria à tipificação da comissão, escolheu-se não incluir qualquer conduta de omissão, tal como o Estatuto de Roma. Todavia, van Sliedregt entende que a comissão por omissão ainda pode ser deduzida desse texto do artigo 6º, que visa reforçar as leis domésticas, dado que a maior parte das jurisdições nacionais já aceitam esse conceito, fruto de um dever de cuidar, bem como cortes internacionais – embora tribunais como os da França rejeitam a construção de responsabilidade através de comissão por omissão, no Brasil conhecidos como crimes omissivos impróprios.¹¹⁰

Depois, sobre o subparágrafo (b), a respeito da tentativa, foram encontrados menos correspondências no direito internacional pela CDI. Os Estatutos do TPII, TPIR e TESL, por exemplo, não contêm quaisquer provisões a respeito desse tipo de responsabilidade.¹¹¹ Todavia, o Estatuto de Roma, em seu artigo 25, parágrafo 3 (f), traz a responsabilidade criminal para aqueles que tentam cometer o crime, com a ressalva de que “quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este

3, para. 9. Disponível em: <<https://legal.un.org/docs/?symbol=CAT/C/GC/2>>. Acesso em 30 jan. 2022.

¹⁰⁸ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 69.

¹⁰⁹ VAN SLIEDREGT, Elies. **Criminalization...**, p. 737-738.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 738-739.

¹¹¹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Op. cit.*, loc. cit.

se consuma, não poderá ser punido [...] pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso”.¹¹²

Já o subparágrafo (c) engloba, generalizando, formas de responsabilidade acessória, no caso, “ordenar, solicitar, induzir, auxiliar, ser cúmplice ou de outra forma ajudar ou contribuir”. Aqui, a Comissão encontrou novamente elementos semelhantes no TPIR, TESL, PECSTL, CETC e CEA, tendo escolhido por fim o Estatuto de Roma como base para a versão atual¹¹³ – o que deixou de fora a possibilidade de incluir as chamadas infrações incipientes ou incompletas, abordadas no capítulo 3.3. Ademais, a escolha de diversos núcleos foi baseada na Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, que traz termos amplos para permitir que Estados definam os contornos do que cada elemento constitui.¹¹⁴

Van Sliedregt informa que algumas delegações parabenizaram o trabalho da Comissão com esse parágrafo 2, pois criaria uma harmonização das modalidades de responsabilidade, o que não é completamente real. Ele entende também que esse propósito harmonizador é desnecessário, pois padrões distintos não iriam criar obstáculos à assistência jurídica mútua, por exemplo.¹¹⁵ Uma exposição certamente apropriada é então feita por este professor da Universidade de Leeds, que nota que, ao passo que a aplicação de conceitos propriamente internacionais – como o de responsabilidade de superiores – é justificável no nível doméstico, o uso de modos de responsabilidade com padrões internacionais é descabido.¹¹⁶ Tanto seria resultado da complicação no caso de legislações dos Estados que, embora tragam modos de responsabilidade típicos de seu direito, se situem de forma distinta aos padrões internacionais, complicando a administração do sistema legal.¹¹⁷ Lembra ainda que a ICCH chegou a uma lógica similar, esta afirmando, em seus trabalhos, que:

41. Uma possibilidade foi trazida, de que uma convenção futura possa não prescrever modos específicos de responsabilidade a serem aplicados em processos nacionais de crimes contra a humanidade. Foi notado que os padrões do direito penal internacional possam parecer desconhecidos e excessivamente complexos para juízes nacionais, que estariam mais propensos a ficarem confortáveis aplicando os modos de responsabilidade já

¹¹² BRASIL. **Decreto nº 4.388...**

¹¹³ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Op. cit., 70-71.

¹¹⁴ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 71.

¹¹⁵ VAN SLIEDREGT, Elies. **Criminalization...**, p. 733-734.

¹¹⁶ Ibid., p. 734.

¹¹⁷ Ibid.

presentes nos respectivos direitos penais nacionais. Foi sugerido que uma convenção possa complementar esses padrões de lei domésticos através da requisição de certas formas genéricas de responsabilidade secundária, sem prescrever padrões específicos. (tradução nossa)¹¹⁸

O parágrafo 3 engloba a questão de responsabilidade dos comandantes e de outros superiores, quando estes falham ao não agir contra condutas de subordinados. Essa responsabilidade, tanto de comandantes militares quanto de civis, nasce com os tribunais de Nuremberg e Tóquio, influenciando inúmeros outras cortes depois, além da previsão no artigo 28 do Estatuto de Roma.¹¹⁹ A mesma lógica do parágrafo anterior, de possibilitar aos Estados uma definição mais aberta, foi aplicada pela CDI na redação dessa responsabilidade.¹²⁰

A teoria de responsabilidade “específica de um crime” presente no parágrafo 3, que possui um arcabouço internacional é, para van Sliedregt, adequada ao projeto.¹²¹ A responsabilidade dos superiores seria um conceito multicamadas, de dois modelos de responsabilidade, pois traria a responsabilidade do superior como um crime à parte (i); e a responsabilidade do superior como um modo de responsabilidade (ii).¹²² Exemplificando, como no Código Alemão de Crimes contra o Direito Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*), o superior que intencionalmente se omite para que um crime ocorra, merece a mesma punição que o subordinado (ii), ao passo que se falhar ao supervisionar ou reportar o subordinado, incorre em crimes de omissão, com penas mais amenas (i).¹²³

O professor holandês também critica a simples adoção do artigo 28 do Estatuto, sem grandes mudanças, como no trecho “ou tinham razão para saber”, que é um modo de responsabilidade na forma de negligência – o que traz uma contradição entre a conduta negligente dos superiores e os crimes dolosos cometidos pelos subordinados.¹²⁴ Como solução, propõe três conceitos para essa espécie de responsabilidade: intencionalmente permitir a comissão de crimes por subordinados;

¹¹⁸ CRIMES AGAINST HUMANITY INITIATIVE. **Fulfilling Criminalization of Crimes Against Humanity under National Law: Moving Forward with a Convention on Crimes Against Humanity**, 17 jul. 2014, p. 16, para. 41. Disponível em: <<https://sites.law.wustl.edu/WashULaw/crimesagainsthumanity/wp-content/uploads/sites/21/2019/02/Final-CAHGenevaReport-071714.pdf>>. Acesso em 3 fev. 2022.

¹¹⁹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 72-73.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 74.

¹²¹ VAN SLIEDREGT, Elies. **Criminalization...**, p. 739-740.

¹²² *Ibid.*, p. 740.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*, p. 741.

intencionalmente falhar em reportar crimes; e negligentemente falhar em supervisionar subordinados.¹²⁵

Em seguida, o parágrafo 4 trata dos casos em que a infração é resultado de ordens de governos ou superiores, não podendo ser causa de exclusão de responsabilidade criminal de subordinados. Novamente, encontram-se exemplos dessa proibição no caso de crimes contra a humanidade desde o TMI e o TMIEO – tanto que esta alegação pelos réus é conhecida por “Defesa de Nuremberg”, com alguns tribunais salvaguardando a possibilidade de se tratar de um fator mitigante¹²⁶, e com o Estatuto de Roma permitindo essa possibilidade de defesa apenas no caso de crimes de guerra.¹²⁷ Sobre este parágrafo, van Sliedregt recomenda que o termo “ordem” seja qualificado, para assegurar que “a defesa não seja disponibilizada quando um crime for cometido obedecendo uma ordem ‘manifestamente ilegal’”.¹²⁸

De forma similar ao anterior, o parágrafo 5 traz outro caso em que os Estados não devem excluir a responsabilidade criminal, porém agora tratando de pessoas ocupando cargos oficiais. Oficiais nacionais, portanto, não podem usar de sua posição como defesa substancial.¹²⁹ O mesmo percurso pode ser traçado desde o Tribunal de Nuremberg até o Estatuto de Roma, bastando este último de exemplo para uma compreensão suficiente desse instituto e sua evolução:

Artigo 27 Irrelevância da Qualidade Oficial

1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo de redução da pena.¹³⁰

¹²⁵ Ibid., p. 742

¹²⁶ Note que a Comissão escolheu não trazer os casos de fatores mitigantes pois o artigo 6º, parágrafo 7 deixa à mercê dos Estados a forma adequada de punir os infratores, incluindo então as possibilidades de mitigação e redução de sentença.

¹²⁷ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 74-75.

A respeito de uma visão histórica e crítica dessa defesa de ordens superiores, ver VAN SLIEDREGT, Elies. **Criminalization...**, p. 742-745.

¹²⁸ VAN SLIEDREGT, Elies. Op. cit., p. 745.

¹²⁹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Op. cit., p. 76-77.

Cabe a ressalva da CDI de que este parágrafo não tem efeito sobre possíveis imunidades processuais que oficiais estrangeiros possam ter, resultantes do direito internacional, consuetudinário ou convencional.

¹³⁰ BRASIL. **Decreto nº 4.388...**

No parágrafo 6, a Comissão escolheu usar o termo “*statutes of limitations*” na redação, típico do sistema da *common law*. Pelo entendimento dessa pesquisa, o Brasil tem bases no direito romano-germânico, tendo o termo prescrição sido escolhido como tradução, embora tenha suas devidas distinções com o primeiro instituto. O parágrafo 6 diz respeito à proibição aos Estados de incluir um período de prescrição relativo aos crimes contra a humanidade. Ao contrário dos parágrafos anteriores, o de número 6 não encontra correspondência nas Cartas de Nuremberg e Tóquio, tampouco no TPII, TPIR e CESL. Todavia, o Estatuto de Roma novamente aparece como a fundação para a Comissão, com previsão semelhante em seu artigo 29.¹³¹ Contudo, quando encontrada, a imprescritibilidade era geralmente dirigida aos tribunais e cortes internacionais, não ao âmbito interno de cada Estado. O maior caso que exemplifica o tratamento que deve ser dado nas cortes nacionais se encontra na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, de 1968 – não ratificada pelo Brasil – que informa:

Artigo 3º

Os Estados Membros na presente Convenção obrigam-se a adotar, em conformidade com os seus processos constitucionais, as medidas legislativas ou de outra índole que sejam necessárias para assegurar a imprescritibilidade dos crimes referidos nos artigos 1º e 2º da presente Convenção, tanto no que diz respeito ao procedimento penal como à pena; abolir-se-á a prescrição quando vigorar por força da lei ou por outro modo, nesta matéria.¹³²

A CDI relata que, contudo, outros tratados que abordaram certos crimes na legislação nacional não trouxeram a imprescritibilidade, como é o caso da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966.¹³³

A previsão de penas apropriadas se encontra no parágrafo 7, devendo os Estados levar em consideração a gravidade das infrações para tanto. Aqui, a CDI traz o comentário ao *draft* do Código de Crimes Contra a Paz e Segurança da Humanidade, de 1996, em que a Comissão, à época, entendeu que “a gravidade de

¹³¹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 77.

¹³² ASSEMBLEIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade**. Disponível em: <<https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/24598/convencao-sobre-a-imprescritibilidade-dos-crimes-de-guerra-e-dos-crimes-contra-a-humanidade>>. Acesso em 31 jan. 2022.

¹³³ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Op. cit., p. 78.

um crime é inferida das circunstâncias sob as quais foi cometido e os sentimentos que impeliram o autor” e que “enquanto o ato criminal é legalmente o mesmo, os meios e métodos usados diferem, dependendo de graus variáveis de depravação e crueldade”.¹³⁴

Os parágrafos de 1 a 7 tratavam de pessoas naturais, embora tal termo não está explícito.¹³⁵ O parágrafo 8, último deste artigo, por sua vez, se refere claramente à responsabilidade criminal de pessoas jurídicas que se encaixam nas previsões anteriores do artigo 6º. Por ser um conceito mais recente e controverso, a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas não se mostra presente no trajeto Nuremberg-Roma, tendo sido discutida na elaboração do Estatuto, mas não presente na redação final.¹³⁶ Tampouco a Comissão encontrou tal responsabilidade em tratados que abordam crimes no nível nacional. Todavia, aqui e ali, essa responsabilização de pessoas jurídicas pode ser encontrada em tratados mais modernos, de crimes distintos.¹³⁷

A motivação da CDI em incluir o parágrafo 8 está no potencial envolvimento de pessoas jurídicas nesses atos, tendo como modelo o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, a Prostituição Infantil e a Pornografia Infantil, de 2000:

Artigo 3º

1. Todos os Estados Partes deverão garantir que, no mínimo, os seguintes atos e atividades sejam plenamente abrangidos pelo seu direito criminal ou penal, quer sejam cometidos em nível interno ou transnacional ou numa base individual ou organizada: [...]

4. Sem prejuízo das disposições da sua lei interna, todos os Estados Partes deverão adotar medidas, sempre que necessário, para estabelecer a responsabilidade das pessoas coletivas pelas infrações enunciadas no item 1 do presente artigo. De acordo com os princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas coletivas poderá ser penal, civil ou administrativa.¹³⁸

¹³⁴ Ibid., p. 79.

¹³⁵ Ibid., p. 81.

¹³⁶ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 81.

¹³⁷ Ibid., p. 81-82.

¹³⁸ ASSEMBLEIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos da Criança: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, a Prostituição Infantil e a Pornografia Infantil.** [S.I.]: UNICEF, [2002]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca#protocolo_venda>. Acesso em 31 jan. 2022.

Nota-se que a expressão equivalente a “*legal persons*”, no caso do Protocolo Facultativo, foi “pessoas coletivas”. Para esta pesquisa, preferiu-se utilizar aqui a tradução “pessoas jurídicas”, mais comum no Brasil, enquanto a outra é típica de Portugal. Finalizando, a Comissão relata que a previsão de que a responsabilidade pode ser penal, civil ou administrativa dá flexibilidade de forma a “reconhecer e acomodar a diversidade de abordagens nos sistemas jurídicos nacionais”.¹³⁹

Elies van Sliedregt elogia a maneira em que a criminalização de crimes contra a humanidade foi abordada pela CDI, sugerindo “a inserção e reconhecimento expresso de conspiração e incitação como infrações incipientes”¹⁴⁰, o que será visto melhor no capítulo 3. Sintetizando:

Sendo parte de um ‘tratado de supressão a ser feito’, deixando uma ‘margem de implementação’, e espaço para *couleur locale*, o Artigo 6º do projeto da CDI pode ter o papel de incentivar a construção da lei. Pode movê-la em uma direção desejável enquanto se alinha com desenvolvimentos existentes nas leis domésticas, desde que, claro, a convenção resultante não force jurisdições domésticas a adotarem princípios ou conceitos que vão contra suas constituições ou princípios fundacionais.¹⁴¹

Para Jalloh, não há dúvida de que esse último parágrafo possui partes que constituem um desenvolvimento progressivo, embora existam outras que já possuam raízes no direito internacional consuetudinário.¹⁴² Van Sliedregt também o vê como uma adição bem-vinda à estrutura legal, embora várias delegações governamentais o considerem controverso no momento.¹⁴³ Mesmo com as divergências, este analisa que, dentre outros fatores, cada vez mais as jurisdições nacionais têm aceitado que entidades legais possam cometer infrações e ser responsabilizadas, além de mecanismos internacionais que levam ao monitoramento e supervisão de corporações.¹⁴⁴ Ademais, a prevalência de má condutas de corporações “tolerando ou beneficiando” de abusos de direitos humanos requer a responsabilidade de pessoas jurídicas numa convenção de crimes contra a humanidade.¹⁴⁵

2.7 ESTABELECIMENTO DE JURISDIÇÃO NACIONAL

¹³⁹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Op. cit., p. 84.

¹⁴⁰ VAN SLIEDREGT, Elies. **Criminalization**..., p. 748.

¹⁴¹ Ibid., p. 749.

¹⁴² JALLOH, Charles C. **The International Law Commission’s**..., p. 366.

¹⁴³ VAN SLIEDREGT, Elies. Op. cit., p. 745.

¹⁴⁴ Ibid., p. 746.

¹⁴⁵ Ibid., p. 747.

De forma geral, instrumentos internacionais já tiveram a intenção de encorajar Estados a estabelecerem suas bases jurisdicionais domésticas de forma a abordar sérios crimes de preocupação internacional, tal como o *draft* do Código de Crimes Contra a Paz e Segurança da Humanidade, de 1996, ou mesmo o preâmbulo do Estatuto de Roma.¹⁴⁶ Uma explicação da importância dessa obrigação de estabelecer uma jurisdição provém da CIJ, ao tratar da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, no caso *Bélgica v. Senegal*:

A obrigação do Estado de criminalizar a tortura e estabelecer sua jurisdição sobre ela encontra sua equivalência nas provisões de diversas convenções internacionais para o combate de crimes internacionais. Essa obrigação, que deve ser implementada pelo Estado em questão assim que vinculado pela Convenção, tem, em particular, um caráter preventivo e dissuasivo, já que ao se equipar com as ferramentas jurídicas necessárias para investigar esse tipo de infração, os Estados-Partes asseguram que seus sistemas legais vão operar para aquele efeito, e se comprometem a coordenar seus esforços para eliminar qualquer risco de impunidade. Esse caráter preventivo é ainda mais pronunciado na medida em que o número de Estados-Partes aumenta.¹⁴⁷

O parágrafo 1 (a) do artigo 7º estabelece a típica “jurisdição territorial” em relação às infrações em questão, com o esclarecimento pela Comissão de que o subparágrafo se aplica a qualquer território, de forma a englobar o território *de jure* do Estado, bem como qualquer outro território sob sua jurisdição – isto é, *de facto*.¹⁴⁸ Como exemplo, Antonio Coco coloca o campo de detenção extraterritorial da Baía de Guantánamo, que estaria na jurisdição dos Estados Unidos.¹⁴⁹ Também está contida nesse dispositivo a obrigação de um Estado exercer jurisdição nos casos em que a infração ocorrer a bordo de um navio ou aeronave registrado naquele Estado, previsão típica em legislações de crimes internacionais.¹⁵⁰

Coco adiciona que, para evitar lacunas de impunidade, o primeiro subparágrafo deveria ter acrescentado à sua redação a expressão “ou sempre que uma pessoa está

¹⁴⁶ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Report...*, p. 84-85.

¹⁴⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)**, Judgement. I.C.J. Reports, 2012, p. 451, para. 75. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em 8 fev. 2022.

¹⁴⁸ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Report...*, p. 85.

¹⁴⁹ COCO, Antonio. **The Universal Duty to Establish Jurisdiction over, and Investigate, Crimes Against Humanity**. *Journal of International Criminal Justice*, v. 16, n. 4, 1 set. 2018, p. 758.

¹⁵⁰ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Op. cit.*, loc. cit.

sob o controle físico daquele Estado”.¹⁵¹ A justificativa é que a obrigação da jurisdição territorial deveria se estender a quaisquer infrações cometidas contra indivíduos dentro do poder ou controle efetivo de agentes estatais, agindo fora do território do Estado – para Coco, essa ideia já é aceita por diversos órgãos quanto a direitos humanos em geral, sendo lógico sua aplicação aos crimes contra a humanidade.¹⁵² Também, comenta que a definição do momento da comissão está ausente, devendo ser exposto que o crime é cometido quando um dos elementos constituintes aconteceu no território – esses definidos no artigo 2º.¹⁵³

O subparágrafo (b), por sua vez, trata da “jurisdição de nacionalidade”, ou “jurisdição de personalidade ativa” (que para Coco tem o propósito de cobrir condutas de nacionais que se encontram fora do país, inclusive militares¹⁵⁴), indicando ainda que o Estado pode estabelecer jurisdição quando se trata de um suposto infrator apátrida, habitualmente resistente.¹⁵⁵ Essa previsão final é baseada no artigo 5º, parágrafo 1 (b), da Convenção Internacional Contra a Tomada de Reféns, de 1979:

Artigo 5

1. Todo Estado Parte deverá tomar as medidas necessárias para estabelecer a sua jurisdição sobre quaisquer crimes, previstos no artigo 1, cometidos: [...]

b) por qualquer de seus nacionais, ou, se o Estado assim o entender, por apátridas que residam habitualmente em seu território;¹⁵⁶

Em sequência, o subparágrafo (c) trata da “jurisdição da personalidade passiva”, isto é, quando o simples fato da vítima ser nacional do Estado fornece a este o poder de exercer jurisdição sobre a infração.¹⁵⁷ Para Coco, as vítimas, que em tese podem ser pessoas jurídicas, incluem “qualquer um que tenha individual ou coletivamente sofrido dano, inclusive físico ou mental, sofrimento emocional, perdas econômicas ou comprometimento de seus direitos fundamentais através de atos ou omissões”, ou mesmo vítimas indiretas.¹⁵⁸ Como a maior parte dos Estados não

¹⁵¹ COCO, Antonio. Op. cit., loc. cit.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Ibid., p. 759.

¹⁵⁴ COCO, Antonio. *The Universal Duty*..., p. 759.

¹⁵⁵ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Report*..., p. 85.

¹⁵⁶ BRASIL. **Decreto nº 3.517, de 20 de junho de 2000**. Promulga a Convenção Internacional Contra a Tomada de Reféns, concluída em Nova York, em 18 de dezembro de 1979, com a reserva prevista no parágrafo 2º do art. 16. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3517.htm>. Acesso em 09 fev. 2022.

¹⁵⁷ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Op. cit., loc. cit.

¹⁵⁸ COCO, Antonio. Op. cit., p. 760.

deseja estabelecer essa espécie de jurisdição, a Comissão entendeu que a melhor redação seria aquela que a deixasse opcional.¹⁵⁹ Em geral, Jalloh coloca este primeiro parágrafo como uma forma de codificação, ainda que existam elementos de desenvolvimento progressivo.¹⁶⁰

O parágrafo 2 do artigo 7º traz a situação onde não existem outras espécies de jurisdição e o Estado não aceita extraditar ou entregar a pessoa, o que para Jalloh traz um caráter residual¹⁶¹ – e, para Coco, é um desperdício de uma chance de inovar, como discutido mais abaixo. Nesse caso, se o suposto infrator está presente no território deste Estado, cabe a ele, por obrigação, tomar as medidas necessárias, de forma a estabelecer sua própria jurisdição.¹⁶² Mais do que impor exigências a um Estado, a Comissão usou essa redação para coibir supostos infratores de procurarem refúgio em um Estado que não tenha conexões explícitas com a infração.¹⁶³

De forma semelhante aos artigos anteriores, o parágrafo final informa que as previsões acima relatadas não impedem que outra jurisdição penal seja estabelecida por qualquer Estado, conforme suas próprias leis. Aqui a Comissão traz¹⁶⁴ de exemplo as opiniões dos Juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal, da CIJ, no caso República Democrática do Congo v. Bélgica, comentando a respeito de uma provisão similar na Convenção contra a Tortura:

51. [...] Nós rejeitamos a sugestão de que a batalha contra a impunidade é 'transferida' para tratados e tribunais internacionais, com cortes nacionais deixando de ter competência nessas matérias. Muita atenção foi dada na formulação das provisões relevantes para não excluir outras bases de jurisdição que possam ser exercidas voluntariamente.¹⁶⁵

Para a CDI, o estabelecimento dos diferentes tipos de jurisdição serve de suporte para a obrigação de *aut dedere aut judicare* prevista no artigo 10º do projeto, uma vez que antes de extraditar ou entregar uma pessoa, é adequado que o Estado dê jurisdição às suas cortes para um possível julgamento.¹⁶⁶

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ JALLOH, Charles C. **The International Law Commission's...**, p. 367.

¹⁶¹ Ibid., p. 368.

¹⁶² JALLOH, Charles C. **The International Law Commission's...**, p. 367.

¹⁶³ Ibid., p. 368.

¹⁶⁴ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 87.

¹⁶⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)**, Judgement. I.C.J. Reports, 2002, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, p. 79-80, para. 51. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-05-EN.pdf>>. Acesso em 9 fev. 2022.

¹⁶⁶ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Op. cit., loc. cit.

Charles C. Jalloh demonstra certa surpresa pela Comissão não comentar explicitamente o caso de exercício de jurisdição com base na jurisdição universal para crimes contra a humanidade, pois se trata de algo com uma aceitação cada vez maior – como nos Princípios de Princeton sobre Jurisdição Universal e nos Princípios de Madrid-Buenos Aires sobre Jurisdição Universal.¹⁶⁷ Antonio Coco também observa que a CDI evitou a utilização da expressão “jurisdição universal”, mesmo que alguns Estados tenham demonstrado interesse nesse conceito¹⁶⁸, explicando que:

[H]á apoio pela posição de que a citada obrigação do tratado [do parágrafo 2 do artigo 7º] possa ser estendida a nacionais de Estados que não são partes do tratado, pelo menos quando envolve crimes cuja proibição equivale a *jus cogens*, ou que são ‘indiscutivelmente proibidos pelo direito consuetudinário internacional’ – o que deixaria a jurisdição ‘verdadeiramente’ universal’. Ao estabelecer jurisdição nesses casos, um Estado iria agir como representante de toda a comunidade internacional. Por consequência, já que crimes contra a humanidade são proibidos por uma norma peremptória de direito internacional, a CDI talvez deva considerar a inclusão da expressão ‘jurisdição universal’ [...], à luz de seu importante valor simbólico. (tradução nossa)¹⁶⁹

Mais um ponto controverso trazido por Coco é quanto ao conflito de jurisdição. Uma vez que esse artigo coloca diversas espécies de jurisdição, é lógico concluir que conflitos são possíveis, e prováveis, de forma que o artigo 7º deveria conter um dispositivo a respeito da resolução desses conflitos.¹⁷⁰ Como soluções, propõe dar prioridade ao Estado onde o suposto infrator se localiza, ou então ao Estado com o *link* jurisdicional mais próximo ou prioritário – deixando a jurisdição universal como subsidiária a outras jurisdições previstas.¹⁷¹

2.8 INVESTIGAÇÃO

No artigo 8º a Comissão de Direito Internacional desejava deixar evidente a importância do processo investigativo quanto aos crimes contra a humanidade. Quando esses atos forem cometidos no território sob a jurisdição de um Estado, cabe a esse, antes de todos, conduzir a investigação, de forma a determinar se crimes

¹⁶⁷ JALLOH, Charles C. Op. cit., p. 368.

¹⁶⁸ COCO, Antonio. **The Universal Duty**..., p. 761.

¹⁶⁹ COCO, Antonio. **The Universal Duty**..., p. 762.

¹⁷⁰ Ibid., p. 763.

¹⁷¹ Ibid.

Para uma compreensão mais ampla desse ponto complexo, ver o artigo de Antonio Coco como um todo, dada a interconexão de suas seções.

foram ou estão sendo cometidos, e, em caso positivo, “se forças governamentais sob seu controle cometeram os crimes, se forças sob o controle de outro Estado o tinham ou se eles foram cometidos por membros de uma organização não-estatal”.¹⁷² Tal previsão se compara àquela presente no artigo 12 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, que possui similar redação.¹⁷³

Ainda, nos comentários, a Comissão explica a escolha dos termos utilizados neste artigo 8º. A começar pela expressão “motivo razoável para acreditar”. Aqui, se baseia na opinião do Comitê contra a Tortura de que essa crença surge quando informações relevantes são apresentadas ou então disponibilizadas para as autoridades competentes, mas que, ao mesmo tempo, não requerem que as vítimas tenham formalmente entrado com uma queixa para aquelas.¹⁷⁴ Em seguida, sobre a palavra “imediate”, no original “*prompt*”, explica que logo que um Estado encontre motivos para tanto, uma investigação deve ser iniciada sem atraso.¹⁷⁵ Quanto a “minucioso”, indicaria que o Estado deve tomar todos os passos necessários e previstos para que as evidências sejam asseguradas, permitindo a análise correta das mesmas – previsão decorrente do artigo 12 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 2006.¹⁷⁶ Sobre “imparcial”, a investigação poderia ser feita tanto por uma autoridade governamental quanto por uma comissão independente ou similar, mas que ela teria de ser séria, eficiente e desvinculada de interesses.¹⁷⁷

Antonio Coco propôs outros três requisitos fundamentais, associados às supracitadas prontidão e imparcialidade: primeiro, a “eficácia”, que estaria ligada a dedicação adequada de recursos humanos e econômicos, bem como a estratégia a ser seguida – o que, parcialmente, foi absorvido pelo termo “minucioso”, posteriormente adicionado pela CDI; em segundo, a “independência”, com uma separação entre as autoridades que investigam e aquelas entidades que possam estar interessadas em um resultado específico; por fim, a “transparência”, que não objetiva tornar tudo público, mas garantir o mínimo de escrutínio público da conduta das

¹⁷² COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report**..., p. 88.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report**..., p. 88.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 89.

¹⁷⁷ *Ibid.*

autoridades, além de informar as vítimas e suas famílias de como está o prosseguimento das investigações (direito de acesso à informação).¹⁷⁸ Com tais inclusões, Coco entende que “isso poderia ser um incentivo aos Estados para melhorar a preparação e capacidade estrutural de suas autoridades investigativas”.¹⁷⁹

Jalloh comenta que a CDI poderia ter deixado evidente que a intenção do artigo 8º era também abranger as situações onde existam ambos os exercícios *de facto* e *de jure* de uma jurisdição. Além disso, estaria ausente uma explicação, seja no texto ou nos comentários, do que exatamente significaria o termo “autoridades competentes”.¹⁸⁰ Para ele, as autoridades, sem uma definição exata, poderiam ser vistas, de forma limitada, como apenas incluindo as autoridades de aplicação da lei de um Estado; ou de forma ampla, abarcando órgãos judiciais ou quasi-judiciais criados por um Estado para investigar crimes de atrocidade.¹⁸¹

Adiciona, por fim, a Comissão, que alguns tratados não contêm essa obrigação de investigação de forma explícita, mas que, todavia, a comunidade internacional entende que ela está contida de forma geral em outras, como as Convenções de Genebra, de 1949, que chamam os Estados-Partes a procurarem e processarem os supostos infratores – o que, conseqüentemente, levaria à necessidade da construção de normas nacionais que abarcassem mecanismos adequados para, dentre outros, investigar os supostos infratores.¹⁸² Com essa combinação, Jalloh entende que o artigo 8º pode ser visto, em partes, tanto como uma codificação, quanto um desenvolvimento progressivo – porém, como práticas, precedentes e doutrinas são escassas a respeito, o desenvolvimento é mais marcante.¹⁸³

Em contraposição, Coco, embora elogie a imposição do dever aos Estados de investigar crimes contra a humanidade, critica a escolha de limitar esse dever a crimes cometidos dentro do território do Estado.¹⁸⁴ Essa limitação deixaria, possivelmente, a investigação nas mãos de um Estado envolvido com a prática dos crimes, e esperar algo contrário seria ingênuo.¹⁸⁵ Propõe, então, que o dever seja imposto “a um número

¹⁷⁸ COCO, Antonio. **The Universal Duty**..., p. 767-768.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 768.

¹⁸⁰ JALLOH, Charles C. **The International Law Commission's**..., p. 370.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report**..., p. 89.

¹⁸³ JALLOH, Charles C. *Op. cit.*, p. 371.

¹⁸⁴ COCO, Antonio. **The Universal Duty**..., p. 769.

¹⁸⁵ *Ibid.*

maior de Estados, conforme suas capacidades, inclusive, onde apropriado, através de organizações regionais”.¹⁸⁶

2.9 MEDIDAS PRELIMINARES QUANDO UM SUPOSTO INFRATOR ESTÁ PRESENTE

A respeito da redação do artigo 9º, pouco a Comissão se aprofundou em seus comentários. Sobre o parágrafo 1, informa que as medidas legais (preliminares) são uma prática comum nos procedimentos criminais nacionais, e tem por fim prevenir atos criminais futuros, além do risco de fuga do suposto infrator, bem como adulteração de provas.¹⁸⁷ Quanto ao parágrafo 2, fala que tipicamente as leis dos Estados já possuem normas de forma a abranger uma investigação preliminar sobre a existência de uma infração.¹⁸⁸ Já o parágrafo 3 teria como finalidade deixar claro a outros Estados interessados e relevantes como o Estado em questão está agindo, bem como suas descobertas e movimentos futuros – assim, outros Estados poderiam, por exemplo, considerar se desejam exercer a jurisdição, ou pedir a extradição, se necessário.¹⁸⁹ Na sua análise de artigo em artigo, Jalloh entende que, ao passo que jurisprudência existe na CIJ sobre tortura; investigações e processos são escassos em nível nacional, o que deixa o artigo 9º em um limbo entre codificação e desenvolvimento progressivo.¹⁹⁰

Para Coco, a parte central do artigo é a menor dele, isto é, o parágrafo 2. A investigação preliminar “deve focar em confirmar, corroborar ou negar suspeitas sobre a pessoa que supostamente é responsável por crimes contra a humanidade”.¹⁹¹ O caráter preliminar da investigação significaria que não está necessariamente voltada para a formação de um processo, embora este possa ser um resultado.¹⁹² Nota ainda que, ao contrário do artigo anterior, esse parágrafo não indica que as suspeitas para a investigação preliminar devam ser razoáveis – o que levaria à conclusão de que, em

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report**..., p. 90.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Ibid., p. 90-91.

¹⁹⁰ JALLOH, Charles C. **The International Law Commission's**..., p. 372.

¹⁹¹ COCO, Antonio. **The Universal Duty**..., p. 770.

¹⁹² Ibid.

tese, toda suspeita de infrações “hediondas” deva acarretar uma investigação, que se estende na medida do aumento da suspeita.¹⁹³

A respeito do parágrafo 3, Coco propõe uma mudança: a expressão “deve indicar se pretende exercer jurisdição” deve ser excluída, pois a investigação dos fatos e custódia do suspeito acarreta obrigatoriamente certo exercício de jurisdição; no lugar, caberia colocar “deve indicar se pretende processar, extraditar ou entregar o suspeito”.¹⁹⁴ Ainda relata que países, como a França, se preocuparam com a possibilidade de notificar qualquer Estado, já que esses podem ser alguns dos investigados, e prejudicariam o processo. Todavia, entende que talvez o parágrafo 3 já engloba as preocupações da delegação francesa, implicitamente, cabendo apenas à CDI deixar mais claro as regras aplicáveis.¹⁹⁵

A Comissão relata que tanto a Assembleia-Geral quanto o Conselho de Segurança das Nações Unidas já “reconheceram a importância de tais medidas preliminares no contexto de crimes contra a humanidade”, fazendo referência aos propósitos e princípios contidos na Carta das Nações Unidas.¹⁹⁶ Também expõe que outros tratados internacionais trouxeram previsões sobre essas medidas preliminares, tal como o artigo 6 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984¹⁹⁷, que possui claramente uma influência sobre a redação do presente artigo – além de citar como a CIJ o interpretou.¹⁹⁸

2.10 *AUT DEDERE AUT JUDICARE*

A Comissão entende que uma tradução literal do título do artigo dez não captaria de forma integral seu propósito e significado, escolhendo manter a expressão em latim, uma vez que seu uso é cada vez mais comum para se referir a esse tipo de obrigação.¹⁹⁹ O princípio de *aut dedere aut judicare*, que é a obrigação de um Estado

¹⁹³ Ibid., p. 771.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Ibid., p. 772.

¹⁹⁶ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 91.

¹⁹⁷ BRASIL. **Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991**. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

¹⁹⁸ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Op. cit., p. 91-92.

¹⁹⁹ Ibid., p. 92.

de processar ou extraditar, quando encontrado em outros tratados multilaterais, toma como base “*the Hague formula*”, assim nomeada em razão da Convenção para a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves, de 1970:²⁰⁰

Artigo 7º

O Estado contratante em cujo território o suposto criminoso for encontrado, se não o extraditar, obrigar-se-á, sem qualquer exceção, tenha ou não o crime sido cometido no seu território, a submeter o caso às suas autoridades competentes para o fim de ser o mesmo processado. As referidas autoridades decidirão do mesmo modo que no caso de qualquer crime comum, de natureza grave, sujeito à lei do mencionado Estado.²⁰¹

De relevância para a interpretação do princípio, nota a Comissão, está a análise da CIJ no caso *Bélgica v. Senegal*, quando tratou exatamente de questões a respeito da obrigação de processar ou extraditar.²⁰² A Corte compreende que a formulação desta se apresenta de maneira a deixar às autoridades a decisão de iniciar ou não os procedimentos, respeitando a independência dos sistemas jurídicos dos Estados-Partes.²⁰³ Se atenta também para o fato de que as autoridades competentes envolvidas detêm a responsabilidade dessa escolha, com base nas evidências apresentadas e as regras relevantes de processo penal.²⁰⁴ No contexto da Convenção sobre Tortura, o princípio em questão é aplicável após os Estados seguirem as obrigações previstas anteriormente, tal como as de adotarem legislação adequada para criminalizar a tortura, dar jurisdição universal às suas cortes na matéria e fazer uma investigação sobre os fatos²⁰⁵ – dada a similaridade com esse projeto, a mesma lógica pode ser aqui aplicada. A CIJ ainda observa que processar e extraditar possuem pesos distintos: o primeiro seria uma obrigação internacional sob a Convenção, sendo seu desrespeito um ato ilícito pelo Estado, que possui responsabilidade; ao passo que a extradição é uma opção oferecida ao Estado pela Convenção.²⁰⁶

²⁰⁰ Ibid., p. 92-93.

²⁰¹ BRASIL. **Decreto nº 70.201, de 24 de fevereiro de 1972**. Promulga a Convenção para a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [1972]. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-70201-24-fevereiro-1972-418691-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

²⁰² COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report**..., p. 93-94.

²⁰³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Questions relating**..., p. 36-38.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ Ibid.

Retornando ao artigo 10 em si, e sua primeira frase, a Comissão apresenta o caso de diversos Estados exercerem a jurisdição sobre a infração, desejando a extradição. Nessa situação, a CDI remete à solução do artigo 13, parágrafo 12: “um Estado requisitado deve dar a devida consideração ao pedido do Estado no território sob cuja jurisdição a suposta infração tenha ocorrido”.²⁰⁷ A referência a “autoridades competentes” englobaria também cortes e tribunais internacionais, como o TPI. A competência restaria comprovada pela jurisdição dessas cortes sobre a infração e o infrator, além de que o Estado possui relação jurídica com esses tribunais, de forma a permitir a extradição ou entrega.²⁰⁸ Jalloh nota que foi discutido a inclusão de que o Estado deva ter reconhecido o tribunal para o qual irá delegar competências, como aparece no artigo 11, parágrafo 1, da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, mas que ao fim tal esclarecimento foi concluído como desnecessário.²⁰⁹

Sobre o modo de decisão das autoridades, que deve ser “da mesma maneira que qualquer outra infração comum, de natureza grave”, a CDI coloca que possíveis discricionariedades processuais das legislações nacionais são transferidas para essas autoridades²¹⁰, de maneira que possam levar em consideração, como prevê o Estatuto de Roma em seu artigo 53, “a gravidade do crime, os interesses das vítimas e a idade ou o estado de saúde do presumível autor e o grau de participação no alegado crime”.²¹¹

Para Jalloh, o artigo 10 traz mais um desenvolvimento progressivo do direito existente, pois traz uma obrigação presente em crimes específicos, como o de tortura ou desaparecimento forçado, para o âmbito dos crimes contra a humanidade. Assim, trata-se de uma medida que impediria uma lacuna que existiria em caso de avanço desse projeto de convenção.²¹²

A Comissão ainda toca na questão das anistias, discutidas no capítulo 3.1, notando que a obrigação de enviar o caso às autoridades pode levar a consequências diversas na implementação de uma anistia, que pode ser fruto de seu direito

²⁰⁷ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Op. cit., p. 95.

²⁰⁸ Ibid.

A CDI ainda nota que, apesar da “extradição” estar tipicamente associada com o envio de uma pessoa ao Estado, e a “entrega” ao envio de uma pessoa ao tribunal ou corte penal internacional, preferiu deixar em aberto esses conceitos para definição pelos Estados.

²⁰⁹ JALLOH, Charles C. **The International Law Commission’s...**, p. 372.

²¹⁰ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 95.

²¹¹ BRASIL. **Decreto nº 4.388...**

²¹² JALLOH, Charles C. Op. cit., p. 374.

constitucional, leis estatutárias, ou outras leis, podendo ser ainda “produto de um acordo de paz que encerra um conflito armado”.²¹³ Uma vez que os artigos presentes não proíbem a anistia, a CDI nota que mesmo que uma seja adotada por um Estado, ela não impediria a formação de um processo por outro Estado, que detenha jurisdição concorrente sobre a infração.²¹⁴

2.11 TRATAMENTO JUSTO AO SUPOSTO INFRATOR

Apesar do título do artigo 11 tratar do “suposto infrator”, a própria Comissão adianta que o escopo do artigo é mais amplo, cobrindo “qualquer ‘pessoa’ contra quem medidas estão sendo tomadas ‘em todos os estágios dos procedimentos’”.²¹⁵ Dessa maneira, mesmo quanto às pessoas que não foram indiciadas, as proteções do artigo se aplicam; bem como às que estão sendo extraditadas ou entregues; além das que já foram condenadas.²¹⁶ O artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, serviu de referência para compreensão do que se quer dizer com “tratamento justo” – com a CDI evitando os termos “devido processo” ou “audiência justa”, por serem termos técnicos e mais específicos.²¹⁷

O parágrafo 1, além de trazer o tratamento justo, fala da proteção completa dos direitos da pessoa tanto sob o direito internacional quanto nacional. Acerca do último, a CDI explica que é típico que os Estados possuam proteções em suas leis, de alguma maneira, aplicáveis às pessoas que estão “sendo investigadas, detidas, julgadas ou punidas por uma infração criminal”.²¹⁸ Sobre a proteção internacional, inúmeros tratados trazem obrigações aos Estados para garantir os direitos das pessoas em situações de julgamento ou equiparáveis. A Comissão elenca alguns dos principais direitos concretizados internacionalmente: o do acusado ser informado das queixas e acusações contra si; de não se autoincriminar; de receber penas apenas por atos criminalizados pela lei à época da prática do ato; e da presunção da inocência.²¹⁹

A pessoa que não é nacional daquele, mas se encontra sob prisão, custódia ou detenção de um Estado, possui certos direitos, trazidos pelo parágrafo 2. A tripla

²¹³ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Op. cit., p. 95-96.

²¹⁴ Ibid., p. 96.

²¹⁵ Ibid., p. 98.

²¹⁶ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 98.

²¹⁷ Ibid., p. 99.

²¹⁸ Ibid.

²¹⁹ Ibid., p. 100.

garantia que este parágrafo traz é uma releitura mais simplificada²²⁰ (tal como em outros tratados recentes) do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963.²²¹

O último parágrafo é uma extensão do anterior, apenas trazendo regras de procedimento, de forma que os direitos do parágrafo 2 sejam exercidos conforme as leis e regulamentos de um Estado, desde que elas tenham o pleno efeito que é visado pela CDI.²²² É novamente fruto da Convenção de 1963 sobre Relações Consulares. Exemplificando a intenção dessa previsão, a CDI repete os comentários que fez na época da elaboração do projeto do que veio a ser esse tratado de 1963, aplicáveis não somente aos direitos do Estado receptor, mas também aos direitos do indivíduo preso, conforme CIJ:²²³

(5) Todos os direitos mencionados acima são exercidos em conformidade com as leis e regulamentos do Estado receptor. Assim, visitas a pessoas em custódia ou presas são permitidas em conformidade com as provisões do código de processo penal e regulamentos da prisão. Como regra geral, para o propósito de visitas a uma pessoa em custódia contra quem uma investigação criminal ou julgamento criminal está em processo, códigos de processo penal exigem a permissão do magistrado examinador, que irá decidir em luz dos requisitos da investigação. Em tal caso, o oficial consular deve pedir ao magistrado examinador pela permissão. Em caso de uma pessoa presa em conformidade com um julgamento, os regulamentos da prisão tratando de visitas a presos é aplicável também a quaisquer visitas que o oficial consular possa desejar fazer ao prisioneiro que é nacional do Estado que envia. [...] (tradução nossa)²²⁴

Coco acredita que a expressão “tratamento justo”, utilizada no artigo 11, é louvável, pois realmente inclui garantias fundamentais como a presunção de inocência e o princípio da legalidade, e também evita limitar a proteção ao suposto infrator (o que aconteceria se uma lista taxativa fosse colocada no artigo).²²⁵ Ademais, faz referência à proposta da Anistia Internacional de deixar claro no parágrafo 3 que a pessoa tem o direito mais amplo a um julgamento justo, em acordo com os mais altos

²²⁰ Ibid.

²²¹ BRASIL. **Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967**. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Brasília, DF: Presidência da República, [1967]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D61078.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

²²² COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Op. cit., p. 101.

²²³ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 101.

²²⁴ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report of the International Law Commission on the work of its Thirteenth Session**, doc. nº A/4843. Nova York: Nações Unidas, 1961, p. 113. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_cn4_141.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

²²⁵ COCO, Antonio. **The Universal Duty...**, p. 773.

padrões do direito internacional – embora creia que a proposta da Itália de que a legislação nacional deve ser aplicável apenas no que for consistente com os direitos humanos internacionais, é mais realista.²²⁶

2.12 VÍTIMAS, TESTEMUNHAS E OUTROS

A CDI relembra que tratados englobando crimes sob a legislação nacional só vieram a se preocupar com esse grupo de pessoas – isto é, vítimas, testemunhas e outros afetados pelos crimes – a partir da década de 80.²²⁷ Sobre as vítimas, a Comissão atravessa as distinções existentes em tratados internacionais e regionais, ou mesmo por seus comitês de monitoramento.²²⁸ De relevância se encontra o Regulamento de Procedimento e Evidência do TPI, que define:

Regra 85 **Definição de vítimas**

Para os propósitos do Estatuto e do Regulamento de Procedimento e Evidência:

- a) “Vítimas” são pessoas naturais que sofreram danos como resultado da comissão de qualquer crime dentro da jurisdição do Tribunal;
- b) Vítimas podem incluir organizações ou instituições que tenham sofrido dano direto a qualquer de suas propriedades que são dedicadas à religião, educação, arte ou ciência ou para fins de caridade, e a seus monumentos históricos, hospitais e outros lugares e objetos para fins humanitários. (tradução nossa)²²⁹

Notando mais uma vez as observações de Jalloh, este observa que ocorreram discussões entre os membros da Comissão sobre a inclusão de uma definição mais explícita de quem é uma vítima para os fins do artigo 12. Chega à conclusão que uma definição básica de quem pode ser considerado como uma vítima poderia ter sido incluída aqui, de forma a “assegurar maior consistência e maiores direitos através das diferentes jurisdições nacionais”.²³⁰ Sugerem Carla Ferstman e Merryl Lawry-White,

²²⁶ Ibid.

²²⁷ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report**..., p. 102.

²²⁸ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report**..., p. 104.

²²⁹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Rules of Procedure and Evidence**. Haia: ICC, 2019, p. 32-33. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rulesprocedureevidenceeng.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

²³⁰ JALLOH, Charles C. **The International Law Commission's**..., p. 377.

para diminuir a ambiguidade presente²³¹, uma definição que siga o princípio adotado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, de que “uma pessoa deve ser considerada vítima independentemente se o autor da violação é identificado, apreendido, processado, ou condenado e independentemente da relação familiar entre o autor e a vítima”.²³²

O parágrafo 1 é, mais uma vez, uma adaptação, mesclada das Convenções contra a Tortura (art. 13) e contra o Desaparecimento Forçado (art. 12), tratando da obrigação dos Estados em proteger o grupo de vítimas, testemunhas e afins. O termo “qualquer pessoa” no subparágrafo (a) pode fazer referência até mesmo a pessoas jurídicas, como órgãos religiosos e organizações não governamentais.²³³ Este subparágrafo garante o direito de reclamar – de certa forma, similar ao “direito de petição” encontrado em nossa Constituição Federal de 1988 – desse grupo de pessoas perante autoridades competentes. Com isso, não somente as vítimas podem fazer a reclamação, mas outros interessados e envolvidos. Em caso de reclamação, o Estado deve proceder conforme as previsões do artigo 8º.²³⁴

Aqui, sobre o direito de reclamação, Ferstman e Lawry-White compreendem que caberia a adição de como os Estados poderiam operacionalizar tal processo, como, por exemplo, clarificar que tais processos devem ser não-discriminatórios, sem custos e sem limite de tempo para preenchimento; bem como devem ser aceitos independentemente de forma (oral ou escrita) e de provas suplementares, tudo feito de maneira segura, garantindo a privacidade e dignidade da vítima.²³⁵ Ademais, lamentam a falta de um dispositivo tratando do direito ao acesso à informação, cada vez mais comum em tratados e normas nacionais, que incluiria como fazer uma reclamação, como obter proteção e suporte, além de outras situações.²³⁶

O subparágrafo (b) impõe aos Estados a obrigação de proteger “reclamantes [ou querelantes], vítimas, testemunhas, e seus parentes e representantes, bem como

²³¹ FERSTMAN, Carla; LAWRY-WHITE, Merryl. **Participation, Reparation, and Redress**. Journal of International Criminal Justice, v. 16, n. 4, 1 set. 2018, p. 831.

²³² ASSEMBLEIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law**, doc. nº GA/RES/60/147. Nova York: Nações Unidas, 24 out. 2005, p. 30, para. 138. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>>. Acesso em 13 fev. 2022.

²³³ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 105.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ FERSTMAN, Carla; LAWRY-WHITE, Merryl. **Participation...**, p. 824.

²³⁶ Ibid.

quaisquer outras pessoas [relacionadas aos procedimentos]”. A Comissão compreende que as medidas protetivas para esse grupo de pessoas são necessárias “não apenas sob tratados de crimes na legislação nacional, mas também em estatutos de tribunais e cortes penais internacionais”.²³⁷ A referência a “maus tratos” inclui, para além do bem-estar físico das pessoas, o psicológico, a dignidade ou a privacidade das mesmas.²³⁸ Embora não listadas diretamente no artigo, a CDI traz uma lista de exemplos do que podem ser consideradas medidas protetivas:

[A] apresentação de evidência por meios eletrônicos ou outros especiais, ao invés de presencialmente; medidas com o propósito de proteger a privacidade e identidade das testemunhas e vítimas; procedimentos *in camera*, retenção de evidência ou informação se a divulgação pode levar ao perigo grave da segurança de uma testemunha ou de sua família; a realocação de vítimas e testemunhas; e medidas protetivas sobre crianças. (tradução nossa)²³⁹

Essas medidas protetivas, como ainda prevê o subparágrafo (b), não podem ultrapassar certos limites, como prejudicar os direitos do suposto infrator, previstos no artigo anterior, que aborda seu tratamento justo. Acerca desse subparágrafo, Ferstman e Lawry-White alegam que a alteração de alguns termos na redação auxiliaria no propósito desejado pela própria Comissão, como adicionar a proteção a outros membros da comunidade (para além de parentes, representantes ou participantes), fazer referência a outras formas de cooperação (não apenas reclamação, informação e testemunho) e até mesmo separá-lo do subparágrafo (a).²⁴⁰

Embora a CDI tenha listado nos comentários as medidas supracitadas, as autoras também compreendem que essas seriam insuficientes, pois os padrões internacionais atuais colocam o direito das vítimas “a serem tratadas com compaixão e respeito à sua dignidade, levando em consideração as situações pessoais de cada vítima e suas necessidades imediatas e especiais, bem como a idade e o gênero” – evitando assim a relembração ou criação de novos traumas.²⁴¹

O parágrafo 2, assim como o anterior, também traz a impossibilidade de desconsiderar totalmente os direitos do suposto infrator, quando trata da consideração dos pensamentos e desejos das vítimas no processo. A redação foi feita de maneira a dar flexibilidade aos Estados quanto à implementação da obrigação, dada as

²³⁷ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Op. cit., loc. cit.

²³⁸ Ibid., p. 106.

²³⁹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 106.

²⁴⁰ FERSTMAN, Carla; LAWRY-WHITE, Merryll. **Participation...**, p. 825.

²⁴¹ Ibid.

“características únicas” de cada sistema penal, bem como a relatar que outros, além das vítimas, podem ter suas opiniões consideradas.²⁴² Redações similares podem ser encontradas em diversos tratados, que serviram de inspiração.²⁴³

Sobre essa participação das vítimas, Ferstman e Lawry-White compreendem a flexibilização dada pela CDI aos Estados, mas notam que caberia uma redação similar ao artigo 11, parágrafo 3, de maneira a impedir que os Estados comprometam o objetivo do artigo 12, parágrafo 2, algo como: “sujeito a cláusula que a maneira de participação deva permitir o pleno efeito para o propósito a que os direitos concedidos sob o parágrafo 2 são pretendidos”.²⁴⁴

O último parágrafo desse artigo trata do direito de reparação ao grupo de pessoas aqui discutido, em casos de crimes contra a humanidade. Os Estados que devem tomar as medidas necessárias são aqueles a que são atribuíveis os crimes, sob o direito internacional; ou então aqueles que exercem jurisdição sobre o território onde os crimes foram cometidos.²⁴⁵ Diferentes termos para se referir à reparação já foram utilizados em tratados internacionais, como o direito a um remédio, “*redress*”, compensação, reabilitação e outros²⁴⁶. Por fim, a Comissão escolheu a expressão “direito a obter reparação”, além de colocar no parágrafo 3 que esta abrange “restituição; compensação; satisfação; reabilitação; cessação e garantias de não-repetição”, de forma a abranger todos os conceitos das inúmeras convenções analisadas, inspirada pelo comentário do Comitê contra a Tortura²⁴⁷:

²⁴² COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Op. cit., loc. cit.

²⁴³ Ibid., p. 106-107.

A CDI apresenta, por exemplo, o Estatuto de Roma, de 1998; Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, a Prostituição Infantil e a Pornografia Infantil, de 2000; a Convenção das Nações Unidas contra Crime Organizado Transnacional, de 2000; o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, de 2000; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003.

²⁴⁴ FERSTMAN, Carla; LAWRY-WHITE, Merryl. **Participation...**, p. 827-828.

²⁴⁵ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 107.

²⁴⁶ Ibid.

Aqui, a CDI nota a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966; a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 2006.

²⁴⁷ Ibid.

Sobre os termos, a Comissão traz que a “restituição” pode se referir à habilidade de uma vítima retornar a sua casa, ao retorno de uma propriedade móvel, e à reconstrução de um edifício; a “compensação” trataria de danos materiais e morais; a “reabilitação” abrangeria programas para um número grande de pessoas; e a “satisfação” levaria à publicação de uma declaração de desculpas ou arrependimento.

5. As obrigações dos Estados-Partes de fornecer reparação sob o artigo 14 possui duas dimensões: processual e material. Para satisfazer suas obrigações processuais, os Estados-Partes devem promulgar leis e estabelecer mecanismos de denúncias, órgãos e instituições de investigação, incluindo órgãos judiciais independentes, capazes de determinar o direito e conceder reparação para uma vítima de tortura e maus tratos, e assegurar que tais mecanismos e órgãos são eficazes e acessíveis a todas as vítimas. No nível material, os Estados-Partes devem assegurar que as vítimas de tortura ou maus tratos obtenham reparação e *redress* completos e eficazes, incluindo compensação e meios para reabilitação completa conforme o possível. (tradução nossa)²⁴⁸

A respeito dessas reparações, a opinião de Jalloh é relevante. Ele argumenta que crimes contra a humanidade de amplo impacto ocorrem quando existem ataques generalizados ou sistemáticos contra uma população civil; sendo assim, conflitos onde milhares são vítimas dificultam as possibilidades de reparação, tanto na forma individual quanto coletiva.²⁴⁹ Pensar que os Estados envolvidos seriam verdadeiramente capazes de cobrir por completo as obrigações desse artigo, em casos similares aos de Serra Leoa, Ruanda e Libéria, seria, portanto, uma utopia.²⁵⁰

Sobre o parágrafo 3, Carla Ferstman e Meryll Lawry-White criticam a ausência de uma proteção clara ao alcance das vítimas a mecanismos da justiça – algo como o postulado brasileiro do direito de acesso à justiça – o que seria evidentemente incongruente com os objetivos do projeto.²⁵¹ Também desaprovam a ausência de um padrão do que se trata a reparação, pois seria necessário para impedir que Estados fujam do que têm a capacidade de realizar, buscando apenas o mínimo possível.²⁵² Assim, sem as devidas correções propostas, um Estado poderia cumprir a obrigação apenas “dando às vítimas uma reparação simbólica sem conceder acesso à justiça”.²⁵³

2.13 EXTRADIÇÃO

O artigo 13 é extenso por trazer todas as disposições relacionadas à extradição de supostos infratores, tentando cobrir diversos casos. A relevância da extradição de

²⁴⁸ COMITÊ CONTRA A TORTURA DAS NAÇÕES UNIDAS. **General Comment nº. 3**, doc. nº CAT/C/CG/3. [S.l], [2012], p. 2, para. 5. Disponível em: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/gc/cat-c-gc-3_en.pdf>. Acesso em 13 jan. 2022.

²⁴⁹ JALLOH, Charles C. **The International Law Commission's...**, p. 378.

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ FERSTMAN, Carla; LAWRY-WHITE, Meryll. **Participation...**, p. 829.

²⁵² Ibid.

²⁵³ Ibid., p. 830.

peessoas culpadas de crimes contra a humanidade pode ser encontrada na Resolução 3074 (XXVIII) adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 1973. Por esta, os Estados devem cooperar uns com os outros em questões de extradição de tais pessoas, inclusive com trocas de informações e evidências.²⁵⁴ A Comissão modelou o artigo 13 tanto com base no artigo 44 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, quanto no artigo 13 da Convenção das Nações Unidas contra Crime Organizado Transnacional, de 2000.²⁵⁵ Esse artigo pode ser visto, conforme Jalloh, como um “mini tratado de extradição dentro de um tratado”, tendo grande importância por preencher uma lacuna existente na legislação atual.²⁵⁶ A inspiração em tratados já existentes, que tratam de outros crimes, torna o artigo 13 como uma forma de codificação da lei existente, mas trazida aos crimes contra a humanidade.²⁵⁷

O parágrafo 1 nota que as previsões acerca da extradição no presente artigo se aplicam às infrações previstas no projeto. Aqui, Jalloh apresenta uma questão problemática. Seriam essas infrações apenas aquelas na definição de crimes contra a humanidade (artigo 2º), ou estariam adicionadas aquelas que forem criminalizadas na legislação nacional (artigo 6º)? Para o professor, a interpretação mais extensiva é a preferível, e tanto deveria estar claro nesse parágrafo.²⁵⁸

Ainda, sobre o parágrafo 1, a CDI lembra que em nenhum momento o projeto traz uma obrigação a um Estado para que o mesmo extradite uma pessoa para outro Estado, mas prevê sim que, conforme artigo 10, tal Estado deve enviar a matéria para as autoridades competentes. Caso não deseje o fazê-lo, só então se pode falar em extradição.²⁵⁹ O parágrafo 2 segue trazendo que, caso já exista um tratado de extradição entre si – ou mesmo que ele ainda venha a existir – os Estados devem considerar os crimes contra a humanidade aqui tratados como extraditáveis perante o tratado.

O parágrafo 3 proíbe a “infração política” como uma exceção à extradição. Em outros termos, o Estado requisitado, por exemplo, não pode recusar a extradição

²⁵⁴ ASSEMBLEIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Principles of international co-operation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity**. Nova York: Nações Unidas, 3 dez. 1973. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/PersonsGuilty.aspx>>. Acesso em 26 fev. 2022.

²⁵⁵ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 112.

²⁵⁶ JALLOH, Charles C. **The International Law Commission's...**, p. 378.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 379.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 113.

alegando puramente que a infração em questão tem natureza política. A previsão teve como base os entendimentos acerca do genocídio e crimes de guerra, que já possuem tal cláusula em suas convenções, tratados de extradição ou protocolos afins.²⁶⁰ Mais especificamente, o presente parágrafo é inspirado no artigo 13, parágrafo 1, da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 2006.²⁶¹

Harmen van der Wilt, a respeito do parágrafo 3, apresenta três linhas de argumentação, de fontes distintas, que concordam que crimes contra a humanidade não podem ser considerados como infrações políticas para os fins de extradição.²⁶² Primeiro, a gravidade de tais crimes os colocam obrigatoriamente fora desse âmbito político; segundo, que “infrações políticas são tipicamente cometidas contra poderes políticos estabelecidos, ao passo que crimes contra a humanidade usualmente implicam o envolvimento do Estado como perpetuador”; terceiro, que, em tempos de guerra, colaboração com um Estado inimigo invasor exclui a ideia de uma ação criminal contra a organização política do Estado; que caracterizaria uma infração política.²⁶³ Van der Wilt é da opinião que nenhum desses raciocínios são, por si só, convincentes, mas que conjuntamente apresentam uma boa lógica para impedir que supostos infratores de crimes contra a humanidade sejam beneficiados com cláusulas de exceção à extradição, com base em motivos políticos.²⁶⁴

Os parágrafos 4 e 5 possuem uma conexão entre si, pois tratam de casos em que um Estado apenas extradita caso já exista um tratado de extradição em relação ao outro Estado. O parágrafo 4 coloca que o primeiro pode considerar o projeto como base legal, enquanto o parágrafo 5 traz deveres a esse mesmo Estado, que deve ou informar se irá seguir a proposta do parágrafo anterior, ou então se movimentar no sentido de concluir novos tratados de extradição. O parágrafo 6 trata do caso oposto, onde um Estado não faz tal exigência a respeito de tratados, apenas o obrigando a reconhecer as infrações presentes como extraditáveis.²⁶⁵

²⁶⁰ Ibid.

²⁶¹ Ibid.

²⁶² VAN DER WILT, Harmen. **Extradition and Mutual Legal Assistance in the Draft Convention on Crimes Against Humanity**. *Journal of International Criminal Justice*, 20 out. 2018, p. 800.

Disponível em: <<https://academic.oup.com/jicj/advance-article/doi/10.1093/jicj/mqy037/5140087>>.

Acesso em: 26 fev. 2022.

²⁶³ Ibid.

²⁶⁴ Ibid., p. 801.

²⁶⁵ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 115.

O parágrafo 7 tem o propósito de esclarecer que, embora existam outros direitos e obrigações no artigo 13, deve-se atentar à legislação nacional do Estado requisitado ou aos tratados de extradição, de forma a, inclusive, respeitar os casos de recusa de extradição. Como exemplos de situações-problema, a CDI argumenta:

Tais condições podem se relacionar a passos procedimentais, como a necessidade de uma decisão por uma corte nacional ou certificação por um ministro previamente à extradição, ou podem se relacionar a situações onde a extradição é proibida, como: uma proibição na extradição de nacionais do Estado ou residentes permanentes; uma proibição na extradição onde a infração em questão é passível de pena de morte; uma proibição na extradição para servir uma sentença que é baseada em um julgamento *in absentia*; ou uma proibição na extradição baseada na regra da especialidade.²⁶⁶

O parágrafo 8 apenas traz a necessidade dos Estados envolvidos em acelerar todo o processo, além de simplificar os requerimentos, similar ao nosso conhecido princípio da eficiência. O parágrafo 9, por sua vez, permite estender, para fins de extradição, o local onde as infrações foram cometidas, de forma a ampliar e facilitar a extradição na prática, dada certas exigências presentes nos tratados. O parágrafo 10 também busca ampliar os fins do artigo 13, permitindo que o Estado requisitado aplique a pena conforme as leis do Estado solicitante, sem necessidade de extraditar o sujeito nacional, que ainda receberá a pena.

Por sua vez, o parágrafo 11 possibilita a recusa da extradição caso o Estado requisitado acredite existir motivos inadmissíveis sob o direito internacional para tanto, como “processar ou punir uma pessoa em razão do gênero, raça, religião, nacionalidade, origem étnica, cultura, associação com um grupo social particular, opiniões políticas desta pessoa”. Trata-se de uma cláusula antidiscriminação. Importante notar que o mesmo se diferencia do princípio do *non-refoulement*, previsto no artigo 5º, pois este trata de qualquer transferência de uma pessoa de um Estado para o outro, como em casos onde nem sequer a pessoa é supostamente uma infratora de qualquer crime. Já aqui, se trata de um caso mais específico, a extradição de uma pessoa supostamente infratora de crimes contra a humanidade.²⁶⁷

O parágrafo 12, a respeito da devida consideração ao pedido do Estado onde a infração ocorreu, segue a ideia de que tal Estado, por ser o local do crime, tem

²⁶⁶ Ibid, p. 116.

²⁶⁷ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 119.

possivelmente maiores motivos para processar o suposto infrator²⁶⁸ – o que pode ser visto como uma ficção jurídica, como entende van der Wilt.²⁶⁹ O último parágrafo, o 13, deixa claro que, previamente a uma recusa, ao Estado solicitante deve ser dado a maior oportunidade possível para apresentar razões relevantes ao pedido.

A Comissão de Direito Internacional comenta sobre a situação em que diversos Estados se encontram na posição de solicitantes. A maioria dos tratados não traz uma previsão do que deve ser aplicado nesse contexto, e por isso, foi decidido também não incluir uma disposição a respeito disso.²⁷⁰ Ainda assim, nota a relevância do problema, fazendo referência a uma possível solução, presente no Código Penal Orgânico Integral (COIP) do Equador, de 2014:

Artigo 405
Tribunal de jurisdição competente

Nos casos de infrações em que exista jurisdição universal, o juiz equatoriano poderá determinar a jurisdição que garanta melhores condições para julgar a infração penal, a proteção e a reparação integral da vítima.²⁷¹

2.14 ASSISTÊNCIA JURÍDICA MÚTUA

Não existem, no momento, tratados globais ou regionais que abordam a assistência jurídica mútua no contexto de crimes contra a humanidade, levando à importância do artigo 14.²⁷² Ainda que existam alguns tratados bilaterais ou multilaterais sobre essa forma de assistência para crimes em gerais, essa cooperação voluntária ainda é ausente para grande parte das relações estatais.²⁷³ A CDI ainda nota que provisões cada vez mais detalhadas a respeito da assistência jurídica mútua estão presentes em tratados internacionais, demonstrando o interesse dos Estados em uma proteção maior desse instituto – tomando o artigo 46 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, como modelo.²⁷⁴

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ VAN DER WILT, Harmen. **Extradition**..., p. 803.

²⁷⁰ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Op. cit., p. 120.

²⁷¹ EQUADOR. **Código Orgânico Integral Penal**. Quito: Assembleia Nacional, [2014]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/EQU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2022.

²⁷² COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report**..., p. 123.

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ Ibid., p. 124.

Acerca do parágrafo 1, a CDI entende notório que a assistência se aplica não apenas a investigações, mas também a processos e procedimentos judiciais, de forma a assegurar a cooperação compreensiva em diversas fases do processo de aplicação da lei.²⁷⁵ O parágrafo 2 traz essa cooperação ao âmbito das pessoas jurídicas, observando que sistemas jurídicos nacionais diferem na forma em que essas pessoas são tratadas em relação a crimes, e que o artigo 6º, parágrafo 8, sobre a responsabilidade dessas pessoas, deve ser observado.²⁷⁶

O parágrafo 3 exemplifica casos em que a assistência jurídica mútua pode ser requisitada. A Comissão escolheu termos amplos para abranger diversas espécies de assistência relevantes, comentando ainda que se trata de uma lista não exaustiva.²⁷⁷ Novamente, o artigo 46 da Convenção contra a Corrupção foi a base, com as modificações necessárias para o contexto de crimes contra a humanidade, além de melhorias na redação em geral.²⁷⁸ Dentre os exemplos, está o uso de conferência de vídeo, que para van der Wilt foi impulsionado pelo uso no TPII, no julgamento de crimes de guerra.²⁷⁹ Também é ressaltado a importância da adição da expressão “inclusive obtendo evidência forense”, pois a exumação e exame de covas são de grande relevância para a investigação de crimes contra a humanidade, como foi o caso no TPII e no TPIR.²⁸⁰

Evidentemente também inspirado pela Convenção contra a Corrupção está o parágrafo 4, que é justificável aqui pelos casos em que bens e ativos são roubados no contexto de crimes contra a humanidade, e que precisam ser recuperados.²⁸¹

O parágrafo 5 traz a recomendação aos Estados de que concluem tratados bilaterais ou multilaterais de assistência jurídica mútua. O parágrafo 6 adiciona que, mesmo sem solicitação prévia (pedido formal), é possível que um Estado transmita informações a autoridades de outro Estado em certos casos. Para Harmen van der Wilt, essa previsão tem origem no Acordo de Schengen, de 1985, o que realmente pode ser depreendido do artigo 9º desse.²⁸² O parágrafo 7, em semelhança com

²⁷⁵ Ibid.

²⁷⁶ Ibid.

²⁷⁷ Ibid., p. 125.

²⁷⁸ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report**..., p. 125-126.

²⁷⁹ VAN DER WILT, Harmen. **Extradition**..., p. 806.

²⁸⁰ Ibid.

²⁸¹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Op. cit., p. 126.

²⁸² VAN DER WILT, Harmen. Op. cit., p. 807.

outros artigos desse projeto, deixa claro que o presente artigo não prejudicará obrigações já existentes entre Estados, fruto de outros tratados.

De grande relevância é o parágrafo 8, que faz menção ao anexo do projeto, que, para a CDI, é uma “parte integral” dos *draft articles*.²⁸³ O anexo contém previsões que podem servir como se fosse um tratado de assistência jurídica mútua entre os Estados, no caso deles não possuírem um acordo entre si (o chamado MLAT, *mutual legal assistance treaty*). Ainda, mesmo que tal tratado bilateral ou multilateral exista, o anexo ainda pode ser utilizado no que for apropriado. Embora importante, o anexo em si não será analisado nesse trabalho, uma vez que não se trata do foco desse estudo, dada a natureza complementar do referido anexo.

E o parágrafo 9, concluindo o artigo, recomenda aos Estados que entrem em acordos com mecanismos ou organizações internacionais que possuam o fim de coletar evidências de crimes contra a humanidade. Nota a Comissão que esse parágrafo foge à meta comum do artigo 14, que é tratar da assistência jurídica mútua horizontal entre os Estados. Entretanto, se encontra no projeto por aumentar a cooperação entre Estados e organizações internacionais, sendo uma recomendação, tal como o parágrafo 5, e não uma obrigação aos Estados.²⁸⁴

Charles C. Jalloh coloca o artigo 14, tal como o anterior, em um nível fundamental para o regime a ser estabelecido por uma futura convenção sobre crimes contra a humanidade. Tal como a extradição, compreende que, em geral, se trata de uma codificação da legislação existente, ainda que sob um contexto específico.²⁸⁵

Por sua vez, Harmen van der Wilt entende plausíveis as críticas à maneira em que a Comissão redigiu o artigo 14, bem como o 13, se inspirando em convenções que tratam de crimes específicos bem distintos de crimes contra a humanidade. Todavia, comparando a fundo as previsões da CDI com o modo de atuação do TPI, concluiu que são similares, de forma que os artigos sobre extradição e assistência jurídica mútua solidificam a base normativa no contexto dos crimes contra a humanidade.²⁸⁶

2.15 RESOLUÇÃO DE DISPUTAS

²⁸³ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Op. cit., p. 128.

²⁸⁴ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report**..., p. 128.

²⁸⁵ JALLOH, Charles C. **The International Law Commission's**..., p. 380.

²⁸⁶ VAN DER WILT, Harmen. **Extradition**..., p. 809-810.

Andreas Zimmermann e Felix Boos analisam profundamente o último artigo do projeto. Adiantam que, em tratados multilaterais, as cláusulas finais são tipicamente abordadas com uma forma de “negligência benevolente”.²⁸⁷ Mesmo assim, relatam que no histórico do direito internacional, cláusulas compromissórias levaram a criação de casos marcantes na CIJ, mencionados aqui e ali no presente trabalho, como os dos genocídios bósnio e croata (artigo 9º da Convenção do Genocídio), Geórgia v. Rússia (artigo 22 da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial) e Bélgica v. Senegal (artigo 30 da Convenção contra a Tortura).²⁸⁸

O primeiro parágrafo é baseado no artigo 66, parágrafo 1, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003.²⁸⁹ Quanto ao que significaria as “negociações”, a Comissão²⁹⁰ faz referência aos *travaux préparatoires* da Convenção das Nações Unidas contra Crime Organizado Transnacional, de 2000, que informa que os Estados seriam encorajados a “esgotarem todos os meios de resolução pacífica de disputas, incluindo conciliação, mediação e recurso a órgãos regionais”.²⁹¹

Para Zimmermann e Boos, a forte inspiração em um tratado sobre a corrupção acabou por deixar de lado a natureza mais grave de crimes contra a humanidade, que talvez merecessem um tratamento diferenciado, sendo as convenções que tratam do genocídio e do *apartheid* mais adequadas como referência.²⁹²

O parágrafo 2 trata da resolução de disputas compulsória, nos casos em que a disputa não é resolvida por negociações. Para a CDI, um Estado deve genuinamente tentar negociar, não apenas “protestar” a conduta do outro.²⁹³ Aqui a Comissão inverte o que tipicamente ocorre em tratados sobre crimes dentro de legislações nacionais. É comum a obrigação de que, antes de poder enviar à CIJ, os Estados devam buscar a

²⁸⁷ ZIMMERMANN, Andreas; BOOS, Felix. **Bringing States to Justice for Crimes against Humanity**. *Journal of International Criminal Justice*, v. 16, n. 4, 1 set. 2018, p. 836.

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Op. cit.*, p. 130.

²⁹⁰ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 130.

²⁹¹ ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. **Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto**. Nova York: Nações Unidas, 2006, p. 290. Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/ctoccop_2006/04-60074_ebook-e.pdf>. Acesso em 14 fev. 2022.

²⁹² ZIMMERMANN, Andreas; BOOS, Felix. **Bringing States...**, p. 839.

²⁹³ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Report...**, p. 130.

arbitragem. Todavia, aqui seguiu-se a lógica da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, de envio imediato à CIJ, via de regra.²⁹⁴

Seguindo, o parágrafo 3 traz a possibilidade aos Estados de se declararem não vinculados à resolução de disputas compulsória. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, possui redação semelhante, e, dos 186 Estados-Partes desta (até 2019), mais de 40 comunicaram que não se consideram vinculados a tal instituto – a Comissão também escolheu não incluir até quando um Estado pode tomar essa decisão.²⁹⁵ Talvez, como argumentaram alguns Estados, não coubesse à CDI propor essa saída, pois diminuiria a eficácia de uma futura convenção.²⁹⁶

Por fim, fechando o projeto, o parágrafo 4 apenas acresce que os Estados que se declararem não vinculados à discutida resolução de disputas podem a qualquer momento mudarem suas posições. Novamente, a Convenção contra a Corrupção serviu de fonte para tal previsão.²⁹⁷

²⁹⁴ Ibid.

²⁹⁵ Ibid., p. 131.

²⁹⁶ ZIMMERMANN, Andreas; BOOS, Felix. Op. cit., p. 840.

²⁹⁷ Ibid.

3 ELEMENTOS AUSENTES NO ESBOÇO

3.1 PROIBIÇÃO DE ANISTIA

Até a redação final dos *draft articles*, a Comissão escolheu não incluir um dispositivo proibindo a anistia para supostos infratores de crimes contra a humanidade. Embora o projeto contenha elementos relevantes para criar obstáculos à anistia, tal como a obrigação de *aut dedere aut judicare*, autores como Hugo A. Relva, conselheiro jurídico da ONG Anistia Internacional, entendem que a ausência dessa proibição deixa o futuro tratado sem “uma previsão fundamental na luta contra a impunidade”, além de deixar de codificar uma regra do direito internacional consuetudinário.²⁹⁸

A respeito, Relva apresenta a situação em algumas instituições internacionais. A começar por tribunais penais internacionais. No caso Furundžija (IT-95-17/1), o TPII compreendeu que, em decorrência do caráter *jus cogens* da proibição da tortura, as anistias para esse crime são banidas. Também trouxe o caso Fofana (SCSL-2004-14-AR72(E)) do TESL, em que a Câmara de Apelações argumentou pela existência de uma norma cristalizada de direito internacional, que proibiria um governo de fornecer anistia para crimes graves.²⁹⁹

Passando para cortes e comissões regionais, opiniões similares foram encontradas em casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Barrios Altos v. Peru; Almonacid Arrelano v. Chile), da Corte Europeia de Direitos Humanos (Ould Dah v. França; Abdülsamet Yaman v. Turquia), e da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (“Zimbabwe Human Rights NGO Forum” v. Zimbábue; “Malawi African Association” e Outros), de forma a proibir a anistia para crimes contra a humanidade, ou com base no caráter *jus cogens*, ou como resultado de uma regra do direito internacional consuetudinário.³⁰⁰

Analisando órgãos relacionados ao sistema das Nações Unidas, Relva nota que o Secretário-Geral já se posicionou no sentido de que as anistias não se aplicam a crimes contra a humanidade, bem como a crimes de guerra, genocídio e outras

²⁹⁸ RELVA, Hugo A. **Three Propositions for a Future Convention on Crimes Against Humanity**. *Journal of International Criminal Justice*, v. 16, n. 4, 1 set. 2018, p. 860.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 861.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 861-862.

violações graves de direito humanitário. Diversos Comitês, como o de Direitos Humanos (HRC), contra a Tortura (CAT), para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), contra Desaparecimentos Forçados (CED), e dos Direitos da Criança (CRC) também recomendaram, de uma forma ou de outra, a Estados que não apliquem anistias nesses crimes graves, por serem inadmissíveis perante o direito internacional.³⁰¹

Ademais, em legislações nacionais, a lista de países que contêm proibições à anistia para crimes contra a humanidade é cada vez mais extensa, em diversos continentes. A aceitação dessa proibição como fruto do direito internacional também é encontrada em cortes nacionais, constitucionais ou supremas, com uma enumeração respeitável de casos apresentada por Hugo A. Relva.³⁰²

Jalloh explica que a falta de consenso a respeito da anistia em convenções clássicas, como a de Genebra e as que tratam de Genocídio, *Apartheid* e Tortura, que não proibiram explicitamente a anistia, levou à dúvida da Comissão em como abordar o tema no projeto. Todavia, assim como Relva, Jalloh acredita na existência de um amplo corpo de jurisprudência, que sustentaria a previsão da proibição. Ainda acrescenta que o próprio autor, bem como uma parte minoritária dos membros da CDI, buscaram negociar uma saída satisfatória para o problema.³⁰³

Leila Nadya Sadat também comentou sobre a questão, tendo opinião semelhante à dos autores citados, compreendendo que talvez fosse útil a adição de uma previsão cuidadosamente elaborada que proibisse Estados-Partes de conceder anistias para os crimes contra a humanidade em questão.³⁰⁴

3.2 ATAQUES CONTRA A HERANÇA CULTURAL COMO ESPÉCIE DE CRIME

Yaron Gottlieb argumenta pela adição dos ataques contra a herança cultural como um crime contra a humanidade para os propósitos do projeto da Comissão de Direito Internacional. Gottlieb traz alguns casos marcantes que abalaram a comunidade internacional, como a destruição dos Budas de Bamiã, em 2001, pelo Talibã, no Afeganistão; os ataques da organização terrorista Ansar Dine na cidade de

³⁰¹ RELVA, Hugo A. **Three Propositions**..., p. 863-864.

³⁰² Ibid., p. 865-867

³⁰³ JALLOH, Charles C. **The International Law Commission's**..., p. 397-399.

³⁰⁴ SADAT, Leila Nadya. **A Contextual**..., p. 697-700.

Tombuctu, com a demolição de mausoléus e santuários – o que se tornou um caso perante o TPI; e ataques do Estado Islâmico do Iraque e do Levante em Hatra e Palmira, no Iraque e na Síria, respectivamente.³⁰⁵

Gottlieb mostra que ataques contra a herança cultural, também chamada de propriedade cultural, são claramente vistos no direito internacional como crimes de guerra, e também chegam a ser tipicamente conectados com crimes contra a humanidade, quando ligados ao crime de perseguição.³⁰⁶ Todavia, apresenta uma grande lista de lacunas que existem quando se trata desses ataques. A impunidade pode se apresentar, por exemplo, quando ocorre destruição de herança cultural durante tempos de paz, pois nenhum tratado internacional criminaliza esses ataques quando não existe um conflito armado.³⁰⁷ Também existe uma certa dificuldade em invocar o crime de perseguição para associar os ataques à crimes contra a humanidade, pois nem sempre os atos da chamada iconoclastia visam atacar um grupo ou coletividade específicos.³⁰⁸

Apesar dos evidentes problemas no direito internacional quanto a esse crime, muito em razão de se tratar de um crime tipicamente visto como contra a propriedade, e não contra pessoas, Gottlieb traz inúmeros motivos que justificam a inclusão desses ataques no projeto de convenção. Dentre eles, chama a atenção, por ser um ponto repetido nesse trabalho, a necessidade de ultrapassar os limites do Estatuto de Roma. Neste, os ataques contra a herança cultural realmente não se encontram tipificados como crimes contra a humanidade. Porém, muito teria mudado desde as discussões na década de 90 que levaram à criação do TPI: o crescente entendimento de que se trata de uma violação do direito internacional consuetudinário; resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas que identificaram os ataques como uma ameaça à paz e segurança internacional; o reconhecimento da comunidade internacional como vítima desses ataques, no caso Al-Mahdi perante o TPI; dentre outros.³⁰⁹

Assim, Yaron Gottlieb sugere motivadamente que os ataques contra a herança cultural sejam incluídos ao artigo 2º do projeto da Comissão de Direito Internacional.

³⁰⁵ GOTTLIEB, Yaron. **Attacks Against Cultural Heritage as a Crime Against Humanity**. Case Western Reserve Journal of International Law, v. 52, n. 1, 2020, p. 288-289.

³⁰⁶ Ibid., p. 292-294.

³⁰⁷ Ibid., p. 294.

³⁰⁸ Ibid., p. 296-298.

³⁰⁹ Uma evolução muito bem detalhada pelo autor, ver *ibid.*, p. 311-319.

Propõe a adição ao parágrafo 1 do ato de "causar dano grave à herança cultural";³¹⁰ e que o parágrafo seguinte defina "herança cultural" como "criação humana de grande importância para todas as pessoas, independentemente de sua origem, posse ou os propósitos para que é usado, sua localização territorial ou geográfica, sua natureza tangível ou intangível, ou se é móvel ou não".³¹¹

3.3 INCITAÇÃO E CONSPIRAÇÃO COMO FORMAS PUNÍVEIS

A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, em seu artigo 3º, inclui como atos puníveis: o genocídio; a associação de pessoas para cometer o genocídio; a incitação direta e pública a cometer o genocídio; a tentativa de genocídio; e a coautoria no genocídio.³¹² Para William A. Schabas, aqui, a associação, incitação e tentativa se caracterizam como crimes preparatórios ou incompletos, de forma que, ainda que o genocídio não se perpetue, são infrações para os fins desse tratado.³¹³

A discussão a respeito da inclusão desses chamados crimes incipientes teria sido controversa, especialmente a questão da incitação direta e pública – muito em razão de um possível conflito com a liberdade de expressão e de imprensa.³¹⁴ A questão se tornou ainda mais problemática pois, no caso de Ruanda, parte da mídia abertamente incitou a população, o que levou a incorporação nos estatutos do TPII e da TPIR desses crimes incipientes.³¹⁵ Passando para a elaboração do Estatuto de Roma, os envolvidos encontraram dificuldade em transferir esses institutos. Ao final, o artigo 25 trouxe a incitação como forma de responsabilização criminal, todavia restringindo-a apenas ao caso do crime de genocídio.³¹⁶

Sobre a conspiração, outra forma de crime incipiente, van Sliedregt entende ser um conceito útil para "capturar a responsabilidade de 'perpetuadores intelectuais'", já que não necessitaria de comprovação de uma conexão direta com os perpetuadores que cometeram os crimes na prática.³¹⁷

³¹⁰ GOTTLIEB, Yaron. **Attacks Against Cultural Heritage**..., p. 320-324.

³¹¹ *Ibid.*, p. 325-329.

³¹² BRASIL. **Decreto nº 30.822**...

³¹³ SCHABAS, William A. **Prevention**..., p. 721-722.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 722.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ BRASIL. **Decreto nº 4.388**...

³¹⁷ VAN SLIEDREGT, Elies. **Criminalization**..., p. 735.

Schabas argumenta que a CDI anteriormente já havia incluído crimes incipientes – tal como a conspiração e a incitação direta – dentro de crimes contra a humanidade nos *drafts* de 1951 e 1954 do Código de Crimes Contra a Paz e Segurança da Humanidade.³¹⁸ Contudo, na versão de 1996, a Comissão passou a responsabilizar apenas aqueles que participassem diretamente no planejamento, conspiração ou incitação em *crimes que de fato ocorreram*. William A. Schabas nota que é esse trecho final que prejudicou a redação, aparentando que a CDI não soube diferenciar as formas incipientes (preparatórias) de incitação e cumplicidade das formas de cumplicidade quando um crime já ocorreu.³¹⁹

Esse histórico tortuoso dos crimes de incitação e conspiração acabou por fazer com que os presentes *draft articles* não os incluíssem como infrações puníveis, sob a escusa de que esses conceitos não estavam claros no Estatuto de Roma, ou que não existem em certos sistemas jurídicos nacionais.³²⁰ Schabas chega a concluir que, em razão dessa decisão e outros problemas, a Convenção do Genocídio é superior ao projeto em certos pontos, com os artigos “aparentando diminuir ou diluir alguns princípios importantes que deveriam estar, cerca de 70 anos depois da adoção da Convenção do Genocídio, além de qualquer disputa”.³²¹

Charles C. Jalloh pensa que a incitação e a conspiração, sendo formas vitais de responsabilidade criminal quanto ao genocídio, parecem estar firmadas no direito internacional consuetudinário. Ainda, vê esses modos de participação criminal refletidos nas práticas estatais e nos tribunais penais internacionais que já lidaram com crimes contra a humanidade.³²²

Já Elies van Sliedregt compreende que a questão da incitação é uma questão moral, pois “levar um indivíduo a cometer um crime pode ser mais repreensível do que auxiliar alguém que já estava decidido a cometer um crime”.³²³ Enquanto isso, sobre a conspiração, embora possua um caráter controverso no direito penal internacional, pensa que também deva ser incluída em um tratado como o projetado. Assim, também é a favor da adição dessas formas no artigo 6º, suprimindo lacunas existentes no momento.³²⁴

³¹⁸ SCHABAS, William A. **Prevention**..., p. 722.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ *Ibid.*, p. 725.

³²¹ *Ibid.*, p. 728.

³²² JALLOH, Charles C. **The International Law Commission's**..., p. 366-367.

³²³ VAN SLIEDREGT, Elies. **Criminalization**..., p. 737.

³²⁴ *Ibid.*

3.4 PROIBIÇÃO DE QUAISQUER RESERVAS

Reservas são pronunciamentos unilaterais por um Estado visando a exclusão ou modificação parcial de alguma previsão do tratado em questão. A Comissão não incluiu entre os artigos finais qualquer menção à reservas. Para Hugo A. Relva, o Relator Especial colocou cinco caminhos distintos que poderiam ser seguidos futuramente quanto às reservas.³²⁵

Primeiro, mantendo total silêncio a respeito, o projeto aceitaria reservas compatíveis com o regime de Viena, tal como ocorre com a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados dispõe a respeito das reservas nos artigos 19 a 23³²⁶ – embora não possuam um foco protetivo que tratados relativos a direitos humanos merecem.

Segundo, o projeto poderia expressamente permitir uma reserva ao mecanismo de resolução de disputas (artigo 15), tal como Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 2006:

Artigo 42

1. Qualquer controvérsia entre dois ou mais Estados Partes a respeito da interpretação ou da aplicação da presente Convenção, que não puder ser resolvida por negociação ou por procedimentos expressamente estabelecidos para esse fim na presente Convenção, será submetida a arbitragem, mediante pedido de um dos Estados Partes. Se, dentro de seis meses a partir da data do pedido de arbitragem, as partes não tiverem decidido quanto ao órgão de arbitragem, qualquer das partes poderá referir a controvérsia à Corte Internacional de Justiça, mediante pedido submetido em conformidade com o Estatuto da Corte.

2. Um Estado poderá, ao assinar ou ratificar a presente Convenção ou a ela aderir, **declarar que não se considera obrigado pelo parágrafo 1º deste artigo**. Os outros Estados Partes não serão obrigados pelo parágrafo 1º deste artigo em relação ao Estado Parte que fizer tal declaração.³²⁷ (grifo nosso)

Terceiro, os *draft articles* poderiam proibir reservas em geral, com certas exceções, tal como o Segundo Protocolo Facultativo para o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1989:

³²⁵ RELVA, Hugo A. **Three Propositions**..., p. 872.

³²⁶ BRASIL. **Decreto nº 7.030**...

³²⁷ BRASIL. **Decreto nº 8.767**...

Artigo 2º

1. Não é admitida qualquer reserva ao presente Protocolo, exceto a reserva formulada no momento da ratificação ou adesão que preveja a aplicação da pena de morte em tempo de guerra em virtude de condenação por infração penal de natureza militar de gravidade extrema cometida em tempo de guerra.³²⁸ (grifo nosso)

Quarto, poderiam ser permitidas as reservas para alguns dispositivos, mas não para os outros, similar à Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951:

Art. 42 Reservas

1. No momento da assinatura, da ratificação ou da adesão, qualquer Estado poderá formular reservas aos artigos da Convenção, outros que não os arts. 1º, 3º, 4º, 16 (1), 33, 36 a 46 inclusive.³²⁹ (grifo nosso)

Por fim, poderiam expressamente proibir toda e qualquer espécie de reserva, como ocorre no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional:

Artigo 120 Reservas

Não são admitidas reservas a este Estatuto.³³⁰

Uma vez que nenhum destes caminhos foi categoricamente tomado pela Comissão, caberia aos Estados, em uma discussão sobre a futura convenção, negociar qual posição adotar. Relva entende que, por um lado, permitir certas reservas pode aumentar o número de Estados-Partes, mas que, por outro, a proibição total de reservas pode ser mais adequada numa convenção sobre crimes contra a humanidade, obrigando todos os Estados a assumirem as mesmas obrigações relevantes.³³¹

³²⁸ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 311, de 24 de fevereiro de 1972**. Aprova o texto do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966, e do Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte, adotado e proclamado pela Resolução nº 44/128, de 15 de dezembro de 1989, com a reserva expressa no art. 2º. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2009]. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-311-16-junho-2009-588912-publicacaooriginal-113605-pl.html>>. Acesso em: 2 mar. 2022.

³²⁹ AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS (ACNUR). **Convenção Relativa...**, p. 19.

³³⁰ BRASIL. **Decreto nº 4.388...**

³³¹ RELVA, Hugo A. **Three Propositions...**, p. 872.

Sadat faz menção à “Proposta de Convenção Internacional para a Prevenção e Repressão dos Crimes contra a Humanidade” da ICCH, que em seu artigo 23 expressamente proibiu as reservas, inspirada no Estatuto de Roma. Tratados mais recentes, como o Acordo de Paris, têm trazido previsões similares.³³²

Permitir reservas pode parecer um pequeno problema a princípio, mas conectado com o fato de que o projeto não inclui qualquer órgão de monitoramento do tratado, é difícil acreditar que nenhum Estado irá tentar fazer reservas que possam diminuir consideravelmente a eficácia de uma futura convenção, atingindo de forma danosa seu núcleo.

3.5 MECANISMO DE MONITORAMENTO

Para Sadat, uma “convenção sem um mecanismo de monitoramento provavelmente será uma ‘órfã’”.³³³ As inúmeras menções pela Comissão, ao longo dos comentários, de Comitês como os de Direitos Humanos e o contra a Tortura, demonstrariam para a autora o importante papel de interpretação que essas instituições fazem.

Carla Ferstman e Merryl Lawry-White compreendem que os mecanismos de monitoramento existentes em outros tratados possuem limites, mas que a postura adotada pela CDI deveria ter sido outra. Isso porque esse mecanismo permitiria que indivíduos e grupos de indivíduos enviassem reclamações diretamente a ele, ao invés de criar uma dependência com os Estados para que estes enviem tais reclamações. As metas dos Estados e das vítimas de crimes contra a humanidade são, por natureza, distintas entre si. A ideia é que, na realidade, as “disputas interestatais tendem a apenas ser invocadas sobre supostos crimes internacionais quando alinham com os interesses nacionais do Estado que as invoca”.³³⁴

Uma descrição extensa dos diferentes mecanismos de monitoramento existentes foi elaborada pelo Secretariado da Comissão de Direito Internacional, e, embora não tenha levado à criação de um artigo no projeto a respeito do tema, ainda possui utilidade para a discussão de uma futura convenção. O memorando classifica as instituições mais relevantes em comitês, comissões, cortes e reuniões de Estados-

³³² SADAT, Leila Nadya. **A Contextual...**, p. 700-701.

³³³ *Ibid.*, p. 701.

³³⁴ FERSTMAN, Carla; LAWRY-WHITE, Merryl. **Participation...**, p. 833-834.

Partes. Já quanto aos procedimentos, em relatórios; denúncias, aplicações e comunicações individuais; alegações e comunicações interestatais; questionamentos e visitas; ações urgentes; e informações passadas nas reuniões de Estados-Partes. No geral, são 25 tratados que possuem esses mecanismos, que variam dentro dessas categorias de procedimentos e instituições.³³⁵

Para Claus Kress e Sévane Garibian, o mandato dessa instituição seria “monitorar atividade legislativa, administrativa e judicial dos Estados em estabelecer a infraestrutura doméstica necessária para prevenir e punir crimes contra a humanidade e devidamente aplicá-la quando apropriado”.³³⁶

A problemática da aceitação desse mecanismo, conforme entendimento de Jalloh, estaria no alto custo financeiro do atual sistema de mecanismos de monitoramento de tratados, o que deveria deixar aos Estados a decisão a respeito de como se daria esse mecanismo, se é que deveria existir. Todavia, o autor também apresenta o contraponto de alguns membros da Comissão de que essa poderia ter feito ao menos uma recomendação. A recomendação poderia ter encorajado Estados a adotarem uma posição mais progressiva em futuras discussões sobre a convenção, pois demonstraria que a Comissão estava preocupada com a existência de um mecanismo de monitoramento.³³⁷

³³⁵ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Information on existing treaty-based monitoring mechanisms which may be of relevance to the future work of the International Law Commission**: Memorandum by the Secretariat, doc. nº A/CN.4/698. Nova York: Nações Unidas, 2016. Disponível em: <<https://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/698>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

³³⁶ KRESS, Claus; GARIBIAN, Sévane. **Laying the Foundations for a Convention on Crimes Against Humanity**. *Journal of International Criminal Justice*, v. 16, n. 4, 1 set. 2018, p. 953.

³³⁷ JALLOH, Charles C. **The International Law Commission's...**, p. 400-403.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do projeto demonstra que, evidentemente, a Comissão Internacional de Direito teve ótimas intenções, com uma estrutura firme, buscando eliminar os *gaps* de impunidade mais claros no tema dos crimes contra a humanidade, e atingindo os objetivos a que se propôs. Pelos comentários feitos pela própria Comissão, entende-se que houve uma inspiração adequada na redação de outras convenções, assim como na jurisprudência formada pela CIJ e pelo TPI em casos notórios, e nos comentários de diversos comitês de monitoramento de outros tratados. Com base nesses e outros pontos, a investigação deixou evidente a necessidade e a viabilidade desse projeto, e sua quase suficiência.

Pela preocupação por vezes exagerada da CDI em perder apoio de Estados, diversas oportunidades foram perdidas de realmente evoluir no campo do Direito Internacional Público, embora certas inovações marcantes estão presentes, tal como a responsabilização de pessoas jurídicas, além de outras relacionadas às metas de prevenir e reprimir. O medo de fugir aos padrões estabelecidos no Estatuto de Roma acabou por limitar a evolução do projeto como um todo. A adaptação de artigos de outros tratados já existentes no direito internacional em certas ocasiões deixa previsões soltas sem tanta aplicação ao tema, pois certamente nem tudo é adaptável a esses crimes graves.

Algumas modificações são recomendadas para possivelmente adequar alguns artigos ao estado da arte na matéria, que abrange a jurisdição universal, para o artigo 7º, por exemplo; e para melhorar a redação de alguns elementos, como a definição de que infrações exatamente são extraditáveis, no artigo 13 e que medidas claras tomar no artigo 4º, com uma lista exemplificativa para o subparágrafo 'a', porque se uma das intenções do projeto é a prevenção interna, essa deveria estar muito mais clara;

Outros institutos inteiros de relevância ainda podem ser incluídos, como os vistos no capítulo 3, como a proibição de anistias, algo amplamente argumentado pelos autores, como Relva, Sadat e Jalloh; a introdução de ataques contra a herança cultural como uma espécie de crime, proposta por Gottlieb; a questão da incitação e conspiração como formas que deveriam ser criminalizadas, bem exposta por van Sliedregt; a proibição de quaisquer reservas, colocada por Hugo Relva e a necessidade de um mecanismo de monitoramento.

Ao fim, a possibilidade de transformação em uma Convenção é, além de recomendada por este autor, uma realidade, dada a evolução do posicionamento dos países³³⁸, embora pareça que a ideia está sendo escanteada em razão de outros temas que ganharam maior interesse dos Estados³³⁹, além da dificuldade cada vez maior em concluir tratados internacionais.

³³⁸ A respeito, ver a compilação das reações dos governos ao projeto: WHITNEY R. HARRIS WORLD LAW INSTITUTE. **Compilation of Government Reactions to the UN International Law Commission's Work on Crimes Against Humanity**. Disponível em: <<https://bit.ly/3Ks7lh8>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

³³⁹ SADAT, Leila Nadya. **Little Progress in the Sixth Committee on Crimes Against**. St. Louis: Washington University, jan. 2021. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4012776>. Acesso em: 05 mar. 2022.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS (ACNUR). **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)**. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_a_o_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em 29 jan. 2022.

ALMEIDA, Mário de Souza. **Elaboração de Projeto, TCC, Dissertação e Tese**: uma abordagem simples, prática e objetiva. São Paulo: Editora Atlas.

ASSEMBLEIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **2005 World Summit Outcome**, doc. nº A/RES/60/1. Nova York: Nações Unidas, 24 out. 2005. Disponível em: <<https://legal.un.org/docs/?symbol=A/RES/60/1>>. Acesso em 29 jan. 2022.

_____. **Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law**, doc. nº GA/RES/60/147. Nova York: Nações Unidas, 24 out. 2005. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>>. Acesso em 13 fev. 2022.

_____. **Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade**. Disponível em: <<https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/24598/convencao-sobre-a-imprescritibilidade-dos-crimes-de-guerra-e-dos-crimes-contra-a-humanidade>>. Acesso em 31 jan. 2022.

_____. **Convenção sobre os Direitos da Criança: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, a Prostituição Infantil e a Pornografia Infantil**. [S.l.]: UNICEF, [2002]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca#protocolo_venda>. Acesso em 31 jan. 2022.

_____. **Principles of international co-operation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity**. Nova York: Nações Unidas, 3 dez. 1973. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/PersonsGuilty.aspx>>. Acesso em 26 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 311, de 24 de fevereiro de 1972**. Aprova o texto do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, adotado em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966, e do Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte, adotado e proclamado pela Resolução nº 44/128, de 15 de dezembro de 1989, com a reserva expressa no art. 2º. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2009]. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-311-16-junho-2009-588912-publicacaooriginal-113605-pl.html>>. Acesso em: 2 mar. 2022.

_____. **Decreto nº 3.517, de 20 de junho de 2000.** Promulga a Convenção Internacional Contra a Tomada de Reféns, concluída em Nova York, em 18 de dezembro de 1979, com a reserva prevista no parágrafo 2º do art. 16. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3517.htm>. Acesso em 09 fev. 2022.

_____. **Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952.** Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Brasília, DF: Presidência da República, [1952]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1952/d30822.html>. Acesso em 29 jan. 2022.

_____. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.** Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 24 jan. 2022.

_____. **Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.** Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. **Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967.** Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Brasília, DF: Presidência da República, [1967]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D61078.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.** Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 26 jan. 2022.

_____. **Decreto nº 70.201, de 24 de fevereiro de 1972.** Promulga a Convenção para a Repressão ao Aposseamento Ilícito de Aeronaves. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [1972]. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-70201-24-fevereiro-1972-418691-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

_____. **Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016.** Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8766.htm>. Acesso em 27 jan. 2022.

_____. **Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016.** Promulga a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento

Forçado, firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8767.htm>. Acesso em 27 jan. 2022.

COCO, Antonio. **The Universal Duty to Establish Jurisdiction over, and Investigate, Crimes Against Humanity**. *Journal of International Criminal Justice*, v. 16, n. 4, 1 set. 2018, p. 751-774.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**. Saint Louis: Geneva: Washington University School of Law, ago. 2010. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2022.

_____. **Information on existing treaty-based monitoring mechanisms which may be of relevance to the future work of the International Law Commission**: Memorandum by the Secretariat, doc. n° A/CN.4/698. Nova York: Nações Unidas, 2016. Disponível em: <<https://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/698>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

_____. **Report of International Law Commission – Seventy-first session**, doc. n° A/74/10. Nova York: Nações Unidas, 2019. Disponível em: <<https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

_____. **Report of the International Law Commission on the work of its Thirteenth Session**, doc. n° A/4843. Nova York: Nações Unidas, 1961. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_cn4_141.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

COMITÊ CONTRA A TORTURA DAS NAÇÕES UNIDAS. **General Comment n°. 2: Implementation of article 2 by States parties**, doc. n° CAT/C/GC/2. [S.l.]: Nações Unidas, 2008. Disponível em: <<https://legal.un.org/docs/?symbol=CAT/C/GC/2>>. Acesso em 30 jan. 2022.

_____. **General Comment n°. 3**, doc. n° CAT/C/CG/3. [S.l.], [2012]. Disponível em: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/gc/cat-c-gc-3_en.pdf>. Acesso em 13 jan. 2022.

_____. **General Comment n°. 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22**, doc. n° CAT/C/CG/4. [S.l.], [2018]. Disponível em: <<https://legal.un.org/docs/?symbol=CAT/C/GC/4>>. Acesso em 29 jan. 2022.

COMITÊ DE DESAPARECIMENTOS FORÇADOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Statement of the CED on the Draft articles on Crimes Against Humanity Adopted by the International Law Commission**. [S.l.], [2018]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CED/Shared%20Documents/1_Global/INT_CED_STA_14_27312_E.pdf>. Acesso em 27 jan. 2022.

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the Humans Rights Council – Twenty-eight; Twenty-third special; and Twenty-ninth session**, doc. nº A/70/53. Nova York: Nações Unidas, 2015. Disponível em: <<https://legal.un.org/docs/?symbol=A/70/53>>. Acesso em 29 jan. 2022.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide** (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement. I.C.J. Reports, 2007. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2022.

_____. **Arrest Warrant of 11 April 2000** (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgement. I.C.J. Reports, 2002, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-05-EN.pdf>>. Acesso em 9 fev. 2022.

_____. **Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite** (Belgium v. Senegal), Judgement. I.C.J. Reports, 2012. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em 8 fev. 2022.

CRIMES AGAINST HUMANITY INITIATIVE. **Fulfilling Criminalization of Crimes Against Humanity under National Law: Moving Forward with a Convention on Crimes Against Humanity**, 17 jul. 2014. Disponível em: <<https://sites.law.wustl.edu/WashULaw/crimesagainsthumanity/wp-content/uploads/sites/21/2019/02/Final-CAHGenevaReport-071714.pdf>>. Acesso em 3 fev. 2022.

EQUADOR. **Código Orgánico Integral Penal**. Quito: Assembleia Nacional, [2014]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/EQU/INT_CEDAW_ARL_EQU_18950_S.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2022.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. **Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto**. Nova York: Nações Unidas, 2006. Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/ctoccop_2006/04-60074_ebook-e.pdf>. Acesso em 14 fev. 2022.

FERSTMAN, Carla; LAWRY-WHITE, Merryl. **Participation, Reparation, and Redress**. Journal of International Criminal Justice, v. 16, n. 4, 1 set. 2018, p. 813-834.

GOTTLIEB, Yaron. **Attacks Against Cultural Heritage as a Crime Against Humanity**. Case Western Reserve Journal of International Law, v. 52, n. 1, 2020, p. 287-330.

GUZMAN, Margaret M. de. **Defining Crimes Against Humanity: Practicality and Value Balancing**. African Journal of International Criminal Justice, v. 6, n. 2, out. 2020, p. 203-213.

JALLOH, Charles C. **The International Law Commission's First Draft Convention on Crimes Against Humanity**: Codification, Progressive Development, or Both? *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 52, n. 1, 2020, p. 331-405.

KRESS, Claus; GARIBIAN, Sévane. **Laying the Foundations for a Convention on Crimes Against Humanity**. *Journal of International Criminal Justice*, v. 16, n. 4, 1 set. 2018, p. 909-957.

MELLO, Sergio Vieira de. **Their Dignity Will Be Mine, As It Is Yours**. *United Nations Chronicle*, v. XXXIX, n. 4, 2002. Disponível em: <<http://web.archive.org/web/20021220071137/https://www.un.org/Pubs/chronicle/2002/issue4/0402p23.html>>. Acesso em 06 mar. 2022.

MURPHY, Sean D. **Fourth report on crimes against humanity**, doc. nº A/CN.4/725. Nações Unidas – Assembleia Geral, 18 fev. 2019. Disponível em: <<https://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/725>>. Acesso em 24 jan. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Rio de Janeiro: Centro de Informação da ONU, [2020]. Disponível em: <<https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/A-Carta-das-Nac%CC%A7o%CC%83es-Unidas.pdf>>. Acesso em 29 jan. 2022.

OHCHR - Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Statement by Thomas H. Andrews**: UN Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar United Nations Human Rights Council. 2021. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26884>. Acesso em: 01 maio 2021.

PORTUGAL. **Estatuto do Tribunal Internacional para Julgar as Pessoas Responsáveis por Violações Graves ao Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da Ex-Jugoslávia desde 1991**. Lisboa: Ministério Público, 1995. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/Estatuto-TIJugoslavia_links.pdf>. Acesso em 27 jan. 2022.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). **Metodologia da Pesquisa em Direito**: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. São Paulo: Saraiva Jur.

RELVA, Hugo A. **Three Propositions for a Future Convention on Crimes Against Humanity**. *Journal of International Criminal Justice*, v. 16, n. 4, 1 set. 2018, p. 857-875.

ROSENTHAL, Indira; OOSTERVELD, Valerie. **Gender and the ILC's 2019 Draft Articles on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity**. *African Journal of International Criminal Justice*, v. 6, n. 2, out. 2020, p. 214–226.

SADAT, Leila Nadya. **A Contextual and Historical Analysis of the International Law Commission's 2017 Draft Articles for a New Global Treaty on Crimes**

Against Humanity. Journal of International Criminal Justice, v. 16, n. 4, 1 set. 2018, p. 683-704.

_____. **Little Progress in the Sixth Committee on Crimes Against.** St. Louis: Washington University, jan. 2021. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4012776>. Acesso em: 05 mar. 2022.

SCHABAS, William A. **Prevention of Crimes Against Humanity.** Journal of International Criminal Justice, v. 16, n. 4, 1 set. 2018, p. 705-728.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Rules of Procedures and Evidence.** Haia: ICC, 2019. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rulesprocedureevidenceeng.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

VAN DER WILT, Harmen. **Extradition and Mutual Legal Assistance in the Draft Convention on Crimes Against Humanity.** Journal of International Criminal Justice, 20 out. 2018, p. 795-812. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jicj/advance-article/doi/10.1093/jicj/mqy037/5140087>>. Acesso em: 26 fev. 2022.

VAN SLIEDREGT, Elies. **Criminalization of Crimes Against Humanity under National Law.** Journal of International Criminal Justice, v. 16, n. 4, 1 set. 2018, p. 729-749.

WHITNEY R. HARRIS WORLD LAW INSTITUTE. **Compilation of Government Reactions to the UN International Law Commission's Work on Crimes Against Humanity.** Disponível em: <<https://bit.ly/3Ks7lh8>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

_____. **Proposta de Convenção Internacional para a Prevenção e Repressão dos Crimes contra a Humanidade.** Genebra: Nações Unidas, 2008. Disponível em: <<https://cpb-us-w2.wpmucdn.com/sites.wustl.edu/dist/b/2004/files/2017/12/Proposed-Convention-Portuguese-Provisional-Draft-1-1.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2022.

ZIMMERMANN, Andreas; BOOS, Felix. **Bringing States to Justice for Crimes against Humanity.** Journal of International Criminal Justice, v. 16, n. 4, 1 set. 2018, p. 835-855.

ANEXO

Projeto de Convenção para a Prevenção e a Repressão de Crimes contra a Humanidade

Tendo presente que, ao longo da história, milhões de crianças, mulheres e homens têm sido vítimas de crimes que chocam profundamente a consciência da humanidade,

Reconhecendo que crimes contra a humanidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade,

Relembrando os princípios de direito internacional consignados na Carta das Nações Unidas,

Relembrando também que a proibição de crimes contra a humanidade é uma norma geral peremptória de direito internacional (*jus cogens*),

Afirmando que crimes contra a humanidade, que estão entre os crimes mais sérios de preocupação para a comunidade internacional no seu conjunto, devem ser prevenidos em conformidade com o direito internacional,

Decididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes,

Considerando a definição de crimes contra a humanidade estabelecida no artigo 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional,

Relembrando que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes contra a humanidade,

Considerando os direitos das vítimas, testemunhas e outros em relação a crimes contra a humanidade, bem como o direito dos supostos infratores a um tratamento justo,

Considerando também que, dado que crimes contra a humanidade não devem ficar impunes, a repressão efetiva de tais crimes deve ser assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional, inclusive com respeito à extradição e à assistência jurídica mútua,

...

Artigo 1º

Escopo

Os presentes artigos se aplicam à prevenção e repressão de crimes contra a humanidade.

Artigo 2º

Definição de crimes contra a humanidade

1. Para os efeitos dos presentes artigos, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) homicídio;
- b) extermínio;
- c) escravidão;
- d) deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) tortura;

- g) agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo;
- i) desaparecimento forçado de pessoas;
- j) crime de apartheid;
- k) outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

- a) por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;
- b) o "extermínio" compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;
- c) por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de

propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;

- d) por "deportação ou transferência à força de uma população" entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional;
- e) por "tortura" entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas;
- f) por "gravidez à força" entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez;
- g) por "perseguição" entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;
- h) por "crime de apartheid" entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime;
- i) por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes,

seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

3. Este artigo não deve prejudicar qualquer outra definição maior prevista em qualquer instrumento internacional, no direito internacional consuetudinário ou na legislação nacional.

Artigo 3º

Obrigações gerais

1. Cada Estado tem a obrigação de não se envolver em atos que constituam crimes contra a humanidade.

2. Cada Estado se compromete em prevenir e reprimir crimes contra a humanidade, que são crimes no direito internacional, sejam eles cometidos ou não em tempo de conflito armado.

3. Nenhuma circunstância excepcional, de modo algum, como conflito armado, instabilidade política interna ou outra emergência pública, pode ser invocada como justificativa para crimes contra a humanidade.

Artigo 4º

Obrigações de prevenção

Cada Estado se compromete em prevenir crimes contra a humanidade, em conformidade com o direito internacional, através de:

- a) medidas legislativas e judiciais efetivas, ou outras medidas preventivas apropriadas em qualquer território sob sua jurisdição; e
- b) cooperação com outros Estados, organizações intergovernamentais relevantes, e, quando apropriado, outras organizações.

Artigo 5º***Non-refoulement***

1. Nenhum Estado deve expulsar, retornar (*refouler*), entregar ou extraditar uma pessoa para outro Estado onde haja motivos substanciais para acreditar que ele ou ela estariam em perigo de sofrer um crime contra a humanidade.

2. Para efeitos de determinar a existência destes motivos, as autoridades competentes devem levar em conta todas as considerações relevantes, incluindo, onde aplicável, a existência de um padrão consistente de violações evidentes, flagrantes ou em massa de direitos humanos ou de violações graves de direito humanitário internacional, no Estado de interesse.

Artigo 6º**Criminalização na legislação nacional**

1. Cada Estado deve tomar as medidas necessárias para assegurar que crimes contra a humanidade constituam infrações sob seu direito penal.

2. Cada Estado deve tomar as medidas necessárias para assegurar que os seguintes atos são infrações sob seu direito penal:

- a) cometer um crime contra a humanidade;
- b) tentar cometer tal crime; e
- c) ordenar, solicitar, induzir, auxiliar, ser cúmplice ou de outra forma ajudar ou contribuir para a comissão ou comissão tentada de tal crime.

3. Cada Estado deve também tomar as medidas necessárias para assegurar que os comandantes e outros superiores sejam responsabilizados criminalmente por crimes contra a humanidade cometidos por seus subordinados se eles sabiam, ou tinham razão para saber, que os subordinados estavam prestes a cometer ou estavam

cometendo tais crimes e não tomaram todas as medidas necessárias e razoáveis em seu poder para prevenir a comissão, ou, se tais crimes foram cometidos, para punir as pessoas responsáveis.

4. Cada Estado deve tomar as medidas necessárias para assegurar que, sob seu direito penal, o fato de que uma infração referida neste artigo for cometida conforme a ordem de um Governo ou de um superior, seja militar ou civil, não é motivo para excluir a responsabilidade criminal de um subordinado.

5. Cada Estado deve tomar as medidas necessárias para assegurar que, sob seu direito penal, o fato de que uma infração referida neste artigo for cometida por uma pessoa ocupando um cargo oficial não é motivo para excluir a responsabilidade criminal.

6. Cada Estado deve tomar as medidas necessárias para assegurar que, sob seu direito penal, as infrações referidas neste artigo não devem estar sujeitas a nenhuma prescrição.

7. Cada Estado deve tomar as medidas necessárias para assegurar que, sob seu direito penal, as infrações referidas neste artigo devem ser punidas com as penas apropriadas que levem em consideração suas naturezas graves.

8. Sujeito às provisões de sua legislação nacional, cada Estado deve tomar as medidas, onde apropriado, para estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas para as infrações referidas neste artigo. Sujeita aos princípios jurídicos do Estado, tal responsabilidade das pessoas jurídicas pode ser penal, civil ou administrativa.

Artigo 7º

Estabelecimento de jurisdição nacional

1. Cada Estado deve tomar as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre as infrações abordadas pelos presentes artigos nos seguintes casos:

- a) quando a infração é cometida em qualquer território sob sua jurisdição ou a bordo de um navio ou aeronave registrada naquele Estado;
- b) quando o suposto infrator é um nacional daquele Estado ou, se aquele Estado considera apropriado, uma pessoa apátrida que é habitualmente residente no território daquele Estado;
- c) quando a vítima é um nacional daquele Estado se aquele Estado considera apropriado.

2. Cada Estado deve também tomar as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre as infrações abordadas pelos presentes artigos nos casos onde o suposto infrator está presente em qualquer território sob sua jurisdição e não extradita ou entrega a pessoa de acordo com os presentes artigos.

3. Os presentes artigos não excluem o exercício de qualquer jurisdição penal estabelecida por um Estado em acordo com sua legislação nacional.

Artigo 8º

Investigação

Cada Estado deve assegurar que as suas autoridades prossigam com uma investigação imediata, minuciosa e imparcial sempre que haja um motivo razoável para acreditar que atos que constituam crimes contra a humanidade foram ou estão sendo cometidos em qualquer território sob sua jurisdição.

Artigo 9º

Medidas preliminares quando um suposto infrator está presente

1. Uma vez satisfeito, depois de um exame da informação disponível para si, que as circunstâncias o justificam, qualquer Estado no território sob cuja jurisdição uma pessoa supostamente cometeu qualquer infração abordada pelos presentes artigos está presente deve levar a pessoa à custódia ou tomar outras medidas legais para assegurar a presença dele ou dela. A custódia e outras medidas legais devem

estar previstas na lei daquele Estado, mas podem apenas continuar pelo tempo necessário para permitir que qualquer procedimento criminal, de extradição ou de entrega seja instituído.

2. Tal Estado deve imediatamente fazer uma investigação preliminar sobre os fatos.

3. Quando um Estado, nos termos deste artigo, levar uma pessoa à custódia, ele deve imediatamente notificar os Estados a que se refere o artigo 7º, parágrafo 1, do fato de que tal pessoa está em custódia e das circunstâncias que justificaram a detenção dele ou dela. O Estado que fizer a investigação preliminar contemplada no parágrafo 2 deste artigo deve, quando apropriado, prontamente relatar suas descobertas aos Estados citados acima e deve indicar se pretende exercer jurisdição.

Artigo 10

Aut dedere aut judicare

O Estado no território sob cuja jurisdição o suposto infrator está presente deve, se não extraditar ou entregar a pessoa a outro Estado ou a uma corte ou tribunal internacional competente, enviar o caso às autoridades competentes para o propósito de processar. Essas autoridades devem tomar sua decisão da mesma maneira que qualquer outra infração de natureza grave sob a legislação daquele Estado.

Artigo 11

Tratamento justo ao suposto infrator

1. Qualquer pessoa contra quem medidas estão sendo tomadas em conexão com uma infração abordada pelos presentes artigos deve ter garantida em todos os estágios dos procedimentos um tratamento justo, incluindo um julgamento justo, e proteção completa dos seus direitos sob o direito nacional e internacional aplicável, incluindo os direitos humanos e o direito humanitário internacional.

2. Qualquer pessoa que estiver na prisão, custódia ou detenção em um Estado que não é da sua nacionalidade tem o direito:

- a) a se comunicar sem atraso com o representante apropriado mais próximo do Estado ou Estados dos quais tal pessoa é nacional ou dos quais de outra forma têm o direito a proteger os direitos daquela pessoa ou, se tal pessoa é uma pessoa apátrida, do Estado o qual, a pedido daquela pessoa, está disposto a proteger os direitos daquela pessoa;
- b) a ser visitada por um representante daquele Estado ou daqueles Estados; e
- c) a ser informada sem atraso de seus direitos sob este parágrafo.

3. Os direitos a que se refere o parágrafo 2 devem ser exercidos em conformidade com as leis e regulamentos do Estado no território cuja jurisdição a pessoa está presente, sujeito a cláusula que tais leis e regulamentos devem permitir o pleno efeito para o propósito a que os direitos concedidos sob o parágrafo 2 são pretendidos.

Artigo 12

Vítimas, testemunhas e outros

1. Cada Estado deve tomar as medidas necessárias para assegurar que:

- a) qualquer pessoa que alega que atos que constituam crimes contra a humanidade tenham sido ou estão sendo cometidos tem o direito de reclamar perante as autoridades competentes; e
- b) reclamantes, vítimas, testemunhas, e seus parentes e representantes, bem como quaisquer outras pessoas participando na investigação, processo, extradição ou outro procedimento dentro do escopo dos presentes artigos, devem ser protegidas contra maus tratos ou intimidação consequente de qualquer reclamação, informação, testemunho ou outra evidência prestada. Medidas protetivas não prejudicarão quaisquer direitos do suposto infrator referido no artigo 11.

2. Cada Estado deve, de acordo com sua legislação nacional, permitir que os pontos de vista e preocupações das vítimas de um crime contra a humanidade sejam apresentados e considerados nos estágios apropriados de procedimentos criminais contra os supostos infratores, de uma maneira não prejudicial aos direitos referidos no artigo 11.

3. Cada Estado deve tomar as medidas necessárias para assegurar que, em seu sistema jurídico, as vítimas de um crime contra a humanidade, cometido através de atos atribuíveis ao Estado sob o direito internacional ou cometidos em qualquer território sob sua jurisdição, tenham o direito a obter reparação por danos materiais e morais, contra um indivíduo ou base coletiva, consistindo, quando apropriado, de uma ou mais das seguintes formas: restituição; compensação; satisfação; reabilitação; cessação e garantias de não-repetição.

Artigo 13

Extradição

1. Este artigo será aplicável às infrações abordadas pelos presentes artigos quando um Estado solicitante busca a extradição de uma pessoa que está presente em território sob a jurisdição de um Estado requisitado.

2. Cada uma das infrações abordadas pelos presentes artigos será considerada incluída como uma infração extraditável em qualquer tratado de extradição existente entre os Estados. Estados se comprometem a incluir tais infrações como infrações extraditáveis em todo tratado de extradição a ser concluído entre eles.

3. Para os efeitos da extradição entre Estados, uma infração abordada pelos presentes artigos não deve ser considerada como uma infração política ou como uma infração conectada com uma infração política ou como uma infração inspirada por motivos políticos. Adequadamente, um pedido de extradição baseado em tal infração não pode ser recusada por estes motivos apenas.

4. Se um Estado que deixa a extradição condicional à existência de um tratado receber um pedido de extradição de outro Estado com o qual não possui tratado de extradição, ele pode considerar os presentes artigos como a base legal para extradição em relação a qualquer infração abordada pelos presentes artigos.

5. Um Estado que deixa a extradição condicional à existência de um tratado deve, para qualquer infração abordada pelos presentes artigos:

- a) informar o Secretário-Geral das Nações Unidas se irá utilizar os presentes artigos como a base legal para cooperação na extradição com outros Estados; e
- b) se não utilizar os presentes artigos como a base legal para cooperação na extradição, buscar, onde apropriado, concluir tratados de extradição com outros Estados a fim de implementar este artigo.

6. Estados que não deixam a extradição condicional à existência de um tratado devem reconhecer as infrações abordadas pelos presentes artigos como infrações extraditáveis entre si.

7. A extradição deve se sujeitar às condições previstas pela legislação nacional do Estado requisitado ou pelos tratados de extradição aplicáveis, incluindo os motivos pelos quais o Estado requisitado pode recusar a extradição.

8. Os Estados solicitantes e requisitados devem, sujeitos às suas legislações nacionais, se empenhar para acelerar procedimentos de extradição e simplificar requerimentos probatórios relativos a tanto.

9. Se necessário, as infrações abordadas pelos presentes artigos devem ser tratadas, para os propósitos de extradição entre Estados, como se tivessem sido cometidas não apenas no lugar em que ocorreram, mas também no território dos Estados que possuem jurisdição estabelecida em acordo com o artigo 7º, parágrafo 1.

10. Se a extradição, solicitada com propósitos de impor uma sentença, for recusada porque a pessoa procurada é uma nacional do Estado requisitado, o Estado requisitado pode, se sua legislação nacional permitir e em conformidade com os requerimentos de tal legislação, mediante pedido do Estado solicitante, considerar a imposição da sentença sob a legislação nacional do Estado solicitante ou o restante da mesma.

11. Nada nestes presentes artigos deve ser interpretado como uma imposição de uma obrigação a extraditar se o Estado requisitado tem motivos substanciais para acreditar que o pedido foi realizado com o propósito de processar ou punir uma pessoa em razão do gênero, raça, religião, nacionalidade, origem étnica, cultura, associação com um grupo social particular, opiniões políticas desta pessoa ou outros motivos que são universalmente reconhecidos como inadmissíveis sob o direito internacional, ou que a complacência com o pedido iria causar prejuízos à posição daquela pessoa por quaisquer destas razões.

12. Um Estado requisitado deve dar a devida consideração ao pedido do Estado no território sob cuja jurisdição a suposta infração tenha ocorrido.

13. Antes de recusar uma extradição, o Estado requisitado deve consultar, quando apropriado, o Estado solicitante para fornecê-lo ampla oportunidade para apresentar suas opiniões e fornecer informação relevante à sua alegação.

Artigo 14

Assistência jurídica mútua

1. Estados devem proporcionar um ao outro a medida mais ampla de assistência jurídica mútua em investigações, processos e procedimentos judiciais em relação às ofensas abordadas pelos presentes artigos em acordo com este artigo.

2. Em relação às ofensas para as quais uma pessoa jurídica pode ser responsabilizada conforme o artigo 6º, parágrafo 8, no Estado solicitante, a assistência jurídica mútua deve ser proporcionada na maior extensão possível sob relevantes leis,

tratados, acordos e disposições do Estado requisitado no que diz respeito a investigações, processos, procedimentos judiciais e outros.

3. A assistência jurídica mútua proporcionada em acordo com este artigo pode ser requisitada para quaisquer dos seguintes propósitos:

- a) identificar e localizar supostos infratores e, quando apropriado, vítimas, testemunhas ou outros;
- b) tomar evidência ou declarações de pessoas, inclusive por conferência de vídeo;
- c) notificar de documentos judiciais;
- d) executar buscas e apreensões;
- e) examinar objetos e locais, inclusive obtendo evidência forense;
- f) providenciar informação, provas e avaliações de especialistas;
- g) providenciar originais ou cópias de documentos relevantes e registros;
- h) identificar, delinear ou congelar produtos de crimes, propriedades, instrumentos ou outras coisas para propósitos de evidência ou outros;
- i) facilitar a apresentação voluntária de pessoas no Estado solicitante; ou
- j) qualquer outro tipo de assistência que não for contrária à legislação nacional do Estado requisitado.

4. Estados não devem negar a prestação de assistência jurídica mútua conforme este artigo por motivos de sigilo bancário.

5. Estados devem considerar, quando necessário, a possibilidade de concluir acordos bilaterais ou multilaterais que serviriam aos propósitos de, dariam efeitos práticos a, ou aumentariam as disposições de este artigo.

6. Sem prejuízo à sua legislação nacional, as autoridades competentes de um Estado podem, sem solicitação prévia, transmitir informação relacionada a crimes contra a humanidade para uma autoridade competente em outro Estado onde elas acreditam que tal informação poderia auxiliar a autoridade em iniciar, processar ou concluir com sucesso investigações, processos e procedimentos judiciais ou que poderia resultar em um pedido formulado feito por este último Estado, em conformidade com os presentes artigos.

7. As disposições deste artigo não devem afetar as obrigações sob qualquer outro tratado, bilateral ou multilateral, que determina ou vai determinar, em todo ou em parte, a assistência jurídica mútua entre os Estados em questão.

8. O anexo aos presentes artigos deve ser aplicado aos pedidos feitos em conformidade com este artigo se os Estados em questão não estão vinculados por um tratado de assistência jurídica mútua. Se esses Estados estão vinculados por um tratado dessa espécie, as disposições correspondentes daquele tratado devem ser aplicadas, a não ser que os Estados concordem em aplicar as disposições do anexo no lugar daquele existente. Os Estados são encorajados a aplicar o anexo se ele facilita a cooperação.

9. Os Estados devem considerar, quando apropriado, entrar em acordos com mecanismos internacionais que são estabelecidos pelas Nações Unidas ou por outras organizações internacionais e que tenham um mandato para coletar evidências a respeito de crimes contra a humanidade.

Artigo 15

Resolução de disputas

1. Os Estados devem se esforçar para resolver disputas relativas à interpretação ou aplicação dos presentes artigos através de negociações.

2. Qualquer disputa entre dois ou mais Estados relativas à interpretação ou aplicação dos presentes artigos que não é resolvida através de negociações deve, a pedido de um desses Estados, ser enviada à Corte Internacional de Justiça, a menos que esses Estados concordem em enviar a disputa à arbitragem.

3. Cada Estado pode declarar que não se considera vinculado ao parágrafo 2 deste artigo. Os outros Estados não devem ser vinculados ao parágrafo 2 deste artigo em relação a qualquer Estado que tenha feito tal declaração.

4. Qualquer Estado que tenha feito uma declaração de acordo com o parágrafo 3 deste artigo pode a qualquer tempo retirar aquela declaração.³⁴⁰ (tradução nossa)³⁴¹

³⁴⁰ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity**. Genebra: Nações Unidas, 2019, p. 2. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_7_2019.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

³⁴¹ N. do T.: Esta tradução foi baseada, bem como de outros tratados internacionais relevantes, *mutatis mutandis*, de: BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 24 jan. 2022.