

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

RUI DECIO MARTINS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Rui Decio Martins, Sébastien Kiwonghi Bizawu – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-166-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Internacional. 3. Direitos Humanos. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

Brexit, fluxo migratório na União Europeia, Atentados cometidos pelo Estado Islâmico, tentativa de golpe militar na Turquia e prisões arbitrárias ou justificadas e resoluções do Conselho de Segurança da ONU sobre a situação na Síria e no Sudão do Sul, prorrogação do Estado de urgência na França em detrimento de liberdades fundamentais em um Estado democrático de direito, são temas de atualidade que retratam os desafios do Direito Internacional dos direitos humanos em um mundo em transformação sujeito a violações sistemáticas de violações de direitos fundamentais que interpelam a consciência global.

O presente livro, tendo em vista os diversos artigos sobre direitos humanos, direitos dos refugiados, sistema interamericano de direitos humanos e a inclusão das pessoas com deficiência, apresenta uma profunda reflexão sobre a efetividade dos direitos humanos e o reconhecimento da dignidade humana como princípio basilar para a construção de uma sociedade justa, igualitária e solidária regida pelos princípios do direito internacional dos direitos humanos.

Sabe-se que o Direito internacional dos Direitos Humanos é o conjunto dos direitos internacionais contidos na Declaração Universal dos direitos humanos, bem como os tratados internacionais sobre os direitos humanos. Faz-se necessário apresentar, de maneira sucinta, as ideias essenciais de cada artigo, preservando-se a profundidade do conteúdo.

O primeiro trabalho da autoria de Jackson Passos Santos intitulado "A Lei brasileira de inclusão das pessoas com deficiência (Estatuto da Pessoa com deficiência) e seus impactos na Lei Nº 7.853/89, analisa as alterações impostas pelo artigo 98 da Lei Brasileira de

Inclusão da Pessoa com Deficiência, direcionando à alteração dos artigos 3º e 8º da Lei 7.853 /89. Trata-se de uma série de reflexões sobre a proteção dos interesses das pessoas com deficiência a fim de evitar atos discriminatórios, assegurando-lhes "a proteção dos direitos metaindividuais, sendo possível a utilização de todas as medidas judiciais, dentre as quais destacam-se: ações civis públicas, ações

penais, ações coletivas, ações individuais, inquéritos judiciais civis ou penais."

O segundo trabalho "A proteção à liberdade de expressão na Corte Interamericana de direitos humanos: uma análise a partir do Estado Chileno", de Flávia de Ávila e José Lucas Santos Carvalho, procura "estudar o tratamento dado à liberdade de expressão pelos principais documentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente no âmbito americano, e a compreensão sobre como a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode contribuir para a evolução do direito humano à liberdade de expressão, tendo como delimitação temática o estudo dos julgamentos no Estado chileno", partindo de casos concretos tais quais, " A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros vs. Chile), "Palamara Iribarne vs. Chile" e "Claude Reyes e outros vs. Chile".

Adriana Ferreira Serafim de Oliveira apresenta "A tutela dos direitos fundamentais dos povos islâmicos no sistema regional árabe de proteção dos direitos humanos" à luz da Carta Árabe dos Direitos Humanos e da Declaração do Cairo dos Direitos Humanos, reconhecendo, contudo, que ambos os textos acarretam "limitações, especialmente a ausência de referência às garantias individuais."

Felipe José Nunes Rocha , Monica Teresa Costa Sousa, em seu artigo, "As contribuições da teoria crítica dos direitos humanos de Herrera Flores para a compreensão dos obstáculos à eficácia do sistema interamericano de direitos humanos" incutem nos leitores a indagação sobre a a teoria crítica dos direitos humanos de Herrera Flores e, em que medida, ela pode contribuir para a compreensão dos empecilhos que comprometem a eficácia do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Quanto a Joyce Pacheco Santana , Izaura Rodrigues Nascimento, desenvolvendo "Os aspectos históricos internacionais e a concepção da infância", questionam "se, efetivamente, o conjunto de normas e medidas internacionais voltadas à proteção da criança são mecanismos hábeis quanto à conscientização da importância dessa etapa da vida do ser humano, já que, a ideia que se tem de infância é uma

construção social recente." Para os autores, faz-se necessário "analisar o resguardo dos direitos da criança, abordando aspectos históricos acerca da evolução da normativa internacional ligados à concepção da infância."

No artigo "Biografias não autorizadas: uma análise da ADI 4815/DF sob a prisma do direito internacional dos direitos humanos e do pensamento de Robert Alexy", Pablo Henrique Hubner de Lanna Costa e Carlos Alberto Simões de Tomaz analisam "as

razões e argumentos elencados pelos participantes da ação, bem como trazer o conflito à luz do pensamento de Robert Alexy, sobretudo com relação à ponderação de princípios" sem, para tanto, se olvidar de abordar o assunto sob a ótica do Direito Internacional.

Thiago Giovani Romero e Ana Cristina Alves de Paula, a seu turno, em "Breves considerações sobre a Direito dos Refugiados econômicos e o Instituto Internacional do asilo", partindo da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, destacam a existência de lacunas na legislação internacional e a necessidade de uma maior definição de regras para proteção e prestação de assistência a migrantes econômicos, considerados pessoas particularmente vulneráveis.

Leila Maria Da Juda Bijos discorre sobre as "Concepções acerca do sistema internacional de proteção dos direitos humanos", analisando o sistema internacional de proteção da pessoa humana mediante casos submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Natasha Karenina de Sousa Rego em "Considerações sobre o meio ambiente no sistema interamericano de direitos humanos", critica a inoperância dos mecanismos nacionais em reparar uma violação, suscetíveis de autorizar a procura do ofendido por alternativas de proteção internacional que permitam obrigar o Estado ao cumprimento de suas obrigações constitucionais e convencionais

assumidas por meio da ratificação de tratados internacionais. É nesse sentido que ela investiga sobre o recebimento do meio ambiente sadio no sistema interamericano de direitos humanos.

O tema de "Desigualdades e o direito internacional dos direitos humanos: a dignidade humana e os direitos humanos como processo na perspectiva da condição humana arendtiana", faz parte das preocupações de Carolina Ângelo Montolli , Carla Fernanda Da Cruz que se inspiraram na Condição Humana de Hannah Arendt e nos conceitos de dignidade humana e direitos humanos segundo Flávia Piovesan.

Aline Bastos Lomar Miguez, tratando de "Direitos Humanos: paradoxos e dualidades" milita a favor de aprofundamento de conceitos como guerra ao inimigo, intervenção humanitária, terrorismo midiático para melhor entendimento de seus efeitos no mundo, evitando-se o eufemismo e a abstração das noções solidificadas, bem como a argumentação retórica para violar os direitos humanos.

O trabalho de Mariana Lucena Sousa Santos e Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro intitulado "Empresas e direitos humanos: a busca de parâmetros para a responsabilidade internacional de atores não estatais em casos de violações de direitos humanos", analisa, a partir da responsabilização de empresas violadoras de direitos humanos, bem como os avanços e desafios da questão, especialmente em relação ao acesso das vítimas a formas eficazes e adequadas de reparação.

Matheus Fernando de Arruda e Silva e Rui Decio Martins, "Entre a razão e a emoção: abordagem acerca da conceituação sobre a legalidade do tribunal de nuremberg para a condenação dos nazistas e seus crimes contra a humanidade", numa linguagem de fácil compreensão, abordam a temática do Tribunal de Nuremberg para incutir nos leitores a necessidade de uma profunda reflexão sobre a "punição de crimes que a comunidade internacional considera intolerável, mesmo que para isso seja necessário um

tribunal de exceção", propiciando, para tanto, "uma base para que outras pesquisas possam ser realizadas, em caráter transdisciplinar" no intuito de "incentivar e valorizar a produção científica nacional".

Denunciando o trabalho infantil em "Exploração do trabalho doméstico infantil a vulnerabilidade da infância face á violação constitucional aos direitos humanos", Katia Cristina Santos Lelis, aborda a problemática questão da violação de direitos humanos, analisando a complexidade e a historicidade da infância, reconhecendo, todavia, que "o fenômeno da exploração do trabalho infantil das crianças e dos adolescentes decorre de vários fatores, socioeconômicos, estruturais e principalmente culturais, derivados de uma visão cultural que naturaliza a violência contra crianças e adolescente através da exploração da sua mão de obra, precoce e cruelmente."

A Hospitalidade e reconhecimento nos processos migratórios é o tema abordado por Márcia Letícia Gomes e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, destacando a questão dos migrantes econômicos (migrante bom ou ruim) e da abertura ou do fechamento das fronteiras.

"Interpretando a interpretação? uma análise da racionalidade jurídica das sentenças proferidas nos casos sobre propriedade comunal da corte interamericana de direitos humanos", de Rafaela Teixeira Sena Neves, analisa "a interpretação dada à Convenção Americana de Direitos Humanos pelos juízes da CorteIDH nas sentenças que se referem a casos sobre propriedade comunal" para melhor compreensão da racionalidade jurídica interpretativa dos juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Roberta Cerqueira Reis e Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva se destacam ao abordar o tema sobre "Memória e Reconstrução: uma breve reflexão sobre comissões da verdade e o caso brasileiro", questionando, contudo, o papel das Comissões na superação do trauma político através de uma narrativa pautada nos testemunhos de vítimas, sem olvidar de comentar sobre a Comissão Verdade no Brasil após a entrega do relatório final.

"O Caso Sétimo Garibaldi e as contradições do sistema de justiça frente a decisões do sistema interamericano de direitos humanos" apresentado por Luciana Silva Garcia, aponta as contradições do Sistema de Justiça brasileiro quanto as posturas omissivas do Estado perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos no tocante a casos de violações de direitos humanos identificados e que se alastram no ordenamento jurídico pátrio.

Em seu artigo, "O desenvolvimento das "capacidades" como viés emancipatório às mulheres na proposta de martha nussbaum", Cleidiane Martins Pinto, provoca "a reflexão acerca das complexas relações sociais entre homens e mulheres e seus impactos na sociedade, especialmente no que tange aos interesses contrapostos a fim de revelar nesse âmbito a efetivação dos direitos humanos no plano fático", destacando, para tanto, as contradições na questão de gênero e que devem ser enfrentados mediante ação política estatal.

"O dever de investigar, julgar e punir graves violações de direitos humanos em situações pós-conflito: a justiça de transição na colômbia à luz do sistema interamericano de direitos humanos" desenvolvido por Thaís Guedes Alcoforado De Moraes, é o retrato de uma sociedade que busca analisar os parâmetros desenvolvidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e a concessão de anistias e medidas similares de 'perdão em casos de transição entre regimes autoritários e democráticos, ou seja, "em casos de transição entre períodos de conflito armado interno e paz".

Adelita Aparecida Podadera Bechelani Bragato e Maite Cecilia Fabbri Moro abordam o tema "O papel da ética empresarial (e da responsabilidade social) na promoção dos direitos humanos nas empresas" demonstrando que os direitos humanos são uma forma de promoção da ética empresarial e responsabilidade social, destacando "a existência do Fórum Anual de Empresas e Direitos Humanos que, possui como finalidade evitar violações aos direitos humanos dentro do ambiente corporativo."

No texto "O poder judiciário brasileiro como voz cantante no controle de convencionalidade", da autoria do Bruno Barbosa Borges, faz-se questão de mencionar a inevitável interação entre o direito internacional e o direito constitucional. Apesar do "concerto musical" com complexas partituras, reconhece-se ser "dever do judiciário de

promover o Controle de Convencionalidade e garantir aos cidadãos o gozo dos direitos humanos em níveis cada vez mais alargados."

Fernanda Holanda Fernandes apresenta "os mecanismos de efetivação da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, indaga "se o caráter facultativo do protocolo que permite denúncias individuais ao Comitê e a ausência de indicação expressa de um mecanismo judicial são fatores que fragilizam a efetividade da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência."

Finalmente, Jorge Luis Mialhe e Karina Caetano Malheiro apresentam "Os Refugiados no Brasil e as Organizações Não Governamentais", frisando o papel pioneiro das ONGs de direitos humanos responsáveis por informar e apoiar os refugiados e, ao mesmo tempo, destacando a necessidade de o Brasil formular políticas públicas específicas para a inserção destes refugiados em seu território.

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu (ESDHC)

Prof. Dr. Rui Decio Martins (UNIMEP)

**ENTRE A RAZÃO E A EMOÇÃO: ABORDAGEM ACERCA DA CONCEITUAÇÃO
SOBRE A LEGALIDADE DO TRIBUNAL DE NUREMBERG PARA A
CONDENAÇÃO DOS NAZISTAS E SEUS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE**
**BETWEEN REASON AND EMOTION: APPROACH ABOUT THE LEGALITY OF
NUREMBERG TRIBUNAL FOR THE CONDEMNATION OF THE NAZIS AND
THEIR CRIMES AGAINST HUMANITY**

Matheus Fernando de Arruda e Silva ¹
Rui Decio Martins ²

Resumo

O artigo utiliza o Tribunal de Nuremberg, criado no pós-Segunda Guerra Mundial para julgar os nazistas e seus crimes barbáricos, enquanto estudo de caso que tem como objetivo permitir a reflexão sobre o aspecto da legalidade de um tribunal internacional do tipo ad hoc, mesmo que ele seja voltado para condenação de crimes da pior natureza e atue no sentido de valorização de direitos humanos. A metodologia empregada foi de inspiração crítica no sentido de analisar a legislação cabível ao caso e interpretá-la à luz da contextualização histórica.

Palavras-chave: Direitos humanos, Legalidade, Tribunal de nuremberg

Abstract/Resumen/Résumé

This article uses the Nuremberg Tribunal, created post-World War II to judge the Nazis and their barbaric crimes, as a case study that aims to allow a reflection about the aspect of the legality of an ad hoc international tribunal, even if it was to condemn crimes of the worst kind and act in a sense of preserving human rights. The methodology employed was of critical inspiration in a sense of examining the applicable legislation and interpreting it in the light of the historical contextualization.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Legality, Nuremberg tribunal

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba - Unimep. MBA em Gerência de Projetos pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo, 2015. Bacharel em Relações Internacionais pela FACAMP, 2013

² Coordenador e Professor Titular do Programa de Mestrado da UNIMEP. Doutor em Direito pela PUC/SP, 2003. Mestre em Direito pela USP, 1999. Graduado pela Faculdade de Direito da USP, 1982.

1 Introdução

Entre novembro de 1945 e outubro de 1946 ocorreram os julgamentos do Tribunal de Nuremberg para a condenação dos nazistas e seus crimes contra a humanidade. Esse artigo foi originalmente escrito em alusão aos 70 anos da ocorrência desses julgamentos. Nesse sentido, este trabalho traz consigo dois objetivos fundamentais: refletir sobre a punição de crimes que a comunidade internacional considera intolerável, mesmo que para isso seja necessário um tribunal de exceção, e, ainda, como objetivo secundário propiciar uma base para que outras pesquisas possam ser realizadas, em caráter transdisciplinar, o que visa incentivar e valorizar a produção científica nacional.

Observa-se que não se busca o esgotamento teórico sobre o tema, o que foi de modo proposital. Ao não se esgotar o tema, é o leitor poderá ir além no processo de construção do conhecimento, o que vai de encontro aos objetivos propostos. Além disso, foi utilizado vocabulário de modo a facilitar compreensão da temática inclusive para aqueles fora da área de Direito.

Em linhas gerais, a metodologia empregada foi de inspiração crítica no sentido de analisar a legislação cabível e interpretá-la à luz da contextualização histórica. Isso foi feito porque o Tribunal de Nuremberg se constituiu enquanto um estudo de caso para permitir a discussão sobre o aspecto da legalidade de um tribunal internacional do tipo *ad hoc*¹, mesmo que ele seja voltado para condenação de crimes da pior natureza e atue no sentido de valorização de direitos humanos.

No concernente ao conteúdo, esse artigo está estruturado da seguinte forma: considerações iniciais; linha evolutiva dos tribunais penais internacionais; a razão do Tribunal de Nuremberg; o porquê das condenações; os crimes tipificados no estatuto de Nuremberg e que foram cometidos durante a segunda guerra; o dilema da legalidade e da exceção; e, por fim, as considerações finais. Essa construção busca demonstrar o porquê do Tribunal de Nuremberg ser uma espécie de marco entre os tribunais internacionais, se justificando enquanto estudo de caso, e, além disso, permitir refletir sobre a linha tênue entre a legalidade e a exceção tendo em vista a valorização dos direitos humanos dentro do âmbito do direito internacional.

2 Considerações iniciais

¹ Veremos a importância disso mais adiante, na seção intitulada “o dilema da legalidade e da exceção: constitui Nuremberg um tribunal de exceção?”.

Durante a II Guerra Mundial ocorreram diversos crimes barbáricos e de motivação torpe, dentre os quais merecem destaque o genocídio, o qual foi aplicado a diversas minorias (ciganos, judeus, eslavos, testemunhas de Jeová, deficientes físicos e mentais, homossexuais, dentre outras)² em prol da consolidação da denominada “raça ariana” – a raça pura. Em relação a esse crime específico, ocorreu em Paris, em 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, a denominada Convenção Para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio.

É nesse contexto do pós-Guerra que surge o Tribunal Militar Internacional (TMI)³, o qual possui sede em Berlin, porém, conforme apontado por André de Carvalho Ramos (2014, p. 301), foram os julgamentos realizados na cidade de Nuremberg que o tornaram famoso, mais especificamente aqueles que ocorreram quando do julgamento de líderes do regime nazista de Adolf Hitler entre 20 de novembro de 1945 e 16 de outubro de 1946. Assim, por conta desses julgamentos, o TMI ficou popularmente conhecido como Tribunal de Nuremberg.

Não obstante, além da fama proporcionada pelos julgamentos ocorridos, o Tribunal de Nuremberg também se torna um marco dentro da linha evolutiva dos tribunais penais internacionais. Isso se deve por conta da observação de uma mudança de paradigma na sociedade internacional e que teve Nuremberg enquanto marco. Vejamos então essa questão a partir da afirmação de Celso Lafer (1988, p. 169), em sua obra intitulada “A Reconstrução dos Direitos Humanos”:

A concepção de um Direito Internacional Penal que Nuremberg ensejou parte do pressuposto de que existem certas exigências fundamentais da vida na sociedade internacional. Estas exigências configuram-se como sendo as da ordem pública internacional. Consequentemente, toda ação ou omissão contrária ao Direito Internacional Público, nociva à ordem pública internacional, precisaria ser tipificada em norma internacional geral como ilícito penal, pois o comportamento ilícito, concebido como gravíssimo atentado contra os próprios fundamentos da sociedade internacional, deveria acarretar não apenas a reparação civil interestatal do dano – vale dizer, a concepção clássica de responsabilidade do Direito das Gentes –, mas a responsabilidade penal individual dos governantes e daqueles que executam e cumprem as suas determinações.

Nesse sentido, é possível afirmar que a mudança de paradigma na sociedade internacional ocorrida é que agora se passa a admitir a existência de certos valores

² Para saber mais, é sugerido ao leitor, a visita ao *website* do Museu do Memorial do Holocausto nos Estados Unidos. Disponível em <https://www.ushmm.org>. Acesso em 10. Mar. 2016. Vale observar que as informações apresentadas estão disponíveis em outros idiomas além do inglês, incluindo o português, diminuindo as dificuldades que a língua estrangeira tem a oferecer.

³ Para saber mais sobre o processo de constituição do Tribunal Militar Internacional (TMI), confira Jankov (2009) e Martins (2010).

fundamentais, os quais devem ser postos em primeiro plano e que não se limitam a territórios específicos. Assim, a transgressão desses valores não se limita apenas ao Estado que o cometeu, mas diz respeito a toda sociedade internacional.

É ainda possível observar que a mera reparação civil interestatal do dano não seria mais considerada como suficiente já que agora os próprios governantes dos Estados e aqueles que cumprem suas determinações passariam a ter, também, responsabilidade penal. Em outras palavras, agora, tendo o Tribunal de Nuremberg enquanto marco, não seria mais possível aos indivíduos (governantes e os que executam e cumpre suas determinações) se esconderem sob a égide do Estado.

Vejamos agora a linha evolutiva dos Tribunais Penais Internacionais de modo a melhor compreender a dimensão do Tribunal de Nuremberg enquanto um marco para a sociedade internacional.

3 Linha evolutiva dos Tribunais Penais Internacionais

Desde a mais remota antiguidade histórica “os vencidos ficaram à mercê dos vencedores (...) simbolizando a prática da arbitrariedade dos vitoriosos, prática essa que não sofreu alterações na Idade Média” (BOSON, 1972, p. 101).

No período do Renascimento (Idade Moderna) com o surgimento e proliferação dos Estados Nacionais a concepção da guerra ganha um novo significado passando a fazer parte dos atos de soberania de um Estado. Com isso “foi desaparecendo a prática de qualquer sanção contra as pessoas das autoridades civis ou militares do país vencido” (BOSON, p. 102), ou seja, toda e qualquer imputação criminal deveria ser interposta contra o Estado e não contra seus governantes e agentes. Com isso o poder dado a esses governantes como que ficaram sem freios, permitindo-lhes as maiores arbitrariedades não apenas no plano interno como no internacional.

Todavia, como refere o já mencionado Prof. Boson (BOSON, 1972, p. 102): “O Estado é instrumento organizado para a realização da vida em comum e não para o acolhimento de criminosos e seus crimes”. O surgimento do Tribunal de Nuremberg viria a ser uma guinada nesse comportamento pois desconsiderava que aos Estados fosse imputada a responsabilidade pelo cometimento de atos criminosos. Ao contrário, com sua existência inaugurou-se a prática salutar de imputar ao indivíduo, súdito do Estado, a responsabilidade pelos crimes por eles perpetrados ainda que alegadamente assim o fizessem em nome e por conta do Estado.

Após a entrada em vigor do Tribunal de Nuremberg, como não poderia deixar de ser, a defesa dos acusados pretendeu desqualificá-lo, alegando que apenas os Estados eram sujeitos de direito e, portanto, não seria possível a uma entidade de Direito das Gentes responsabilizar criminalmente os acusados, todas pessoas físicas e súditos da Alemanha.

Ora, é por demais sabido que os Estados, por mais poderosos e complexos que possam ser, dependem das pessoas para a sua plena realização pois mesmo tornando-se uma “superpessoa... deve agir por intermédio dos indivíduos” (BOSON, 1972, p. 108).

Assim, punir estes à vista de decisões que tomam a propósito da guerra ou da paz seria destruir a própria noção de estado. Seria abandonar os princípios fundamentais do Direito Internacional geralmente aceitos. Se em virtude do Direito chegássemos a trazer perante um tribunal internacional penal os homens que participaram na direção, preparação, desencadeamento e conduta de uma guerra interdita pelo Direito internacional, as decisões acerca dos problemas que tocam os fundamentos do Estado estariam submetidas a um controle superestatal. Poder-se-ia evidentemente continuar a chamar os Estados de “Estados soberanos”, mas na verdade já não o seriam (BOSON, 1972, p. 108).

Pelo lado acusatório foi mostrado que não só os Estados eram sujeitos de Direito Internacional mencionando os atos de pirataria, espionagem e os crimes de guerra que são praticados por indivíduos e não por Estados, ainda que se pudesse dizer que estivessem nessas atividades em nome desses. Mais adiante a acusação “declarou não ser mais necessário afirmar que os direitos e deveres dos Estados são direitos e deveres dos homens e que se tais direitos e deveres não obrigam os indivíduos, realmente a nada mais obrigam” (BOSON, 1972, p. 109). É ainda Boson quem nos ensina que tanto os Estados como as pessoas físicas devem ser responsabilizadas por infrações ao *Ius Gens*, posto “que são homens e não entidades abstratas que cometem os crimes cuja repressão se impõe como sanção desse Direito” (BOSON, 1972, p. 110). Tanto é assim que ao indivíduo não é dada a escusa de que seu ato foi referendado pelo Estado.

Visto por esse ângulo a II Guerra Mundial pode ser considerada um marco na conquista de direitos humanos. Reflexo dos seus acontecimentos é a edição da Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de nove de dezembro de 1948 e, logo no dia seguinte, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH – 10 de dezembro de 1948).

Interessante notar que os dois instrumentos legais internacionais acima citados surgiram após a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, no âmbito da criação da OEA, a 30 de abril de 1948, acontecimento este pouco explorado pela doutrina do Direito das Gentes.

A partir desse tríduo instrumental de Direito Internacional de Direitos Humanos, pouco a pouco, mas de forma irreversível, tem surgido mais e mais documentos que atestam a preocupação do legislador internacional com a proteção dos Direitos Humanos. Nessa esteira podemos citar, mas sem esgotar o rol, surgem no âmbito global a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951 e seu Protocolo, de 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, com seu Protocolo Facultativo, do mesmo ano, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993.

Já no Sistema Regional Interamericano, importante salientar o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, criando a Corte Interamericana de Direitos humanos, com seu Estatuto editado em 1979.

Os Direitos Humanos, que foram positivados por tais instrumentos na sociedade internacional, vieram como forma de proteção aos indivíduos para que novas atrocidades, a exemplo das ocorridas durante a II Guerra, não viessem mais a ocorrer.

Propositadamente deixamos para o fim a menção à criação dos tribunais penais internacionais surgidos após o encerramento da II Grande Guerra, a qual, por sua vez, gerou dois precedentes judiciais, de natureza *ad hoc*, o Tribunal Militar Internacional, mais comumente conhecido como de Nuremberg (foco deste trabalho) e o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, o Tribunal de Tóquio⁴, pouco difundido no mundo ocidental. Este último tribunal julgou 25 pessoas acusadas dos mesmos crimes elencados para o Tribunal de Nuremberg.

Só muito tempo depois do término do conflito, em 1945, é que vêm à luz três novos tribunais penais internacionais: o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, sediado em Haia, Holanda, foi criado pelo Conselho de Segurança da ONU, pela Resolução 827, CS. 25/5/1993, para julgar os criminosos responsáveis por delitos de crimes de guerra, de agressão e crimes contra a humanidade, aí incluído o de genocídio “ocorridos na região europeia dos Balcãs, e praticados pela Sérvia no território da antiga Iugoslávia, desde o ano de 1991, e que tinha como objetivo implementar uma limpeza étnica contra populações muçulmanas que habitavam regiões das antigas repúblicas que compunham a Iugoslávia: Sérvia, Bósnia Herzegovina, Macedônia, Croácia, Montenegro e Eslovênia” (MARTINS, C; MARTINS, R., 2014, p. 96).

⁴ Faziam parte do Tribunal de Tóquio: Austrália, Canadá, China, Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha, Holanda, Índia, Nova Zelândia, e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

Originalmente, tal tribunal contava com duas câmaras de julgamento, com três juízes cada e uma câmara de apelação com cinco juízes. Pela Resolução CS 1.329/2000, seu corpo permanente aumentou para 16 juízes.

De maneira geral a competência desse tribunal, assentado no artigo 5º de seu Estatuto, assemelha-se à do Tribunal de Nuremberg, a ser estudado adiante, e cujo Estatuto em seu artigo 6º previa:

Assassínio, extermínio, sujeição à escravidão, deportação ou qualquer ato desumano cometido contra quaisquer populações civis, ou as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições forem cometidos na sequência de um crime contra a paz ou de um crime de guerra, ou em ligação com estes crimes.

Na verdade, pode-se dizer que “este foi o primeiro tribunal penal da história, uma vez que o de Nuremberg e o de Tóquio não foram propriamente tribunais, mas, sim, cortes militares estabelecidas pelos vencedores aos vencidos” (MARTINS, C; MARTINS, R., 2014, p. 97).

O segundo tribunal a ser mencionado é o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, criado pela Resolução 955 de 8 de novembro de 1994 do Conselho de Segurança da ONU, por solicitação expressa do próprio governo do país, e cuja competência prevista no Estatuto, o habilita para julgar os crimes contra a humanidade e de genocídio praticados por elementos da etnia hutu contra os membros da etnia tutsis e também hutus moderados:

artigo 2º, crimes de genocídio, artigo 3º, crimes de lesa humanidade graves violações ao Artigo 3º das Convenções de Genebra de 1949 e seu Protocolo Adicional de 8 de junho de 1977. O período estipulado para esses crimes vai de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 1994 e seu cometimento integrava o território de Ruanda e países vizinhos (MARTINS, C; MARTINS, R., 2014, p. 97).

Sua sede é na cidade de Arusha, capital da Tanzânia, e tem como particularidade ser formado totalmente por juízes e promotores originários de países africanos.

Finalmente, em dezessete de julho de 1998, na cidade de Roma, foi concluído o que veio a ser conhecido como Estatuto de Roma, ou seja, o Tribunal Penal Internacional e que entrou em vigor no plano internacional em primeiro de julho de 2002, com sede na cidade de Haia, Holanda.

Muito embora já houvesse dois tribunais penais internacionais, a comunidade internacional não se dava por segura, principalmente diante da suposta parcialidade do Conselho de Segurança da ONU, demonstrada em diversas ocasiões, em especial, quando atingiam interesses das potências com direito de veto (EUA, Inglaterra,

França, Rússia e China); ou seja, não mais era possível entregar o destino da humanidade a decisões eminentemente políticas oriundas daquele órgão (MARTINS, C; MARTINS, R., 2014, p. 98).

Em seu Estatuto, no Artigo 5º, vem elencada a competência para julgar os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra, de agressão.

4 Da razão do Tribunal de Nuremberg

O Tribunal de Nuremberg, foi criado por meio do Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945, com a participação dos governos dos Estados Unidos da América (EUA), França, Reino Unido e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) com o propósito de julgar e punir os grandes crimes de guerra no eixo europeu.

No Acordo de Londres foi levado em consideração o anseio das potências vencedoras da Segunda Guerra Mundial em julgar e punir os oficiais alemães e membros do partido nazista que foram responsáveis ou deram consentimento às atrocidades cometidas durante a guerra. Isso deve ao fato que nesse documento houve o reconhecimento da Conferência de Moscou, de 30 de outubro de 1943, na qual o Reino Unido, Estados Unidos e União Soviética, conscientes de tais atrocidades, manifestaram expressamente o anseio de julgar e punir aqueles que tomaram parte no conflito em prol do regime nazista (Cf. MOSCOW CONFERENCE, 1943).

Todavia, cabe observar que no documento original da conferência são apontadas duas características que merecem destaque em decorrência do seu conteúdo.

A primeira característica é que no documento de 1943, o julgamento e a punição dos oficiais alemães e membros do partido nazista iriam ocorrer conforme as leis do local em que eles cometeram as atrocidades, o que fica evidenciado com a seguinte passagem:

Oficiais alemães e homens e membros do partido Nazista que foram responsáveis ou tomarem parte concernente nas atrocidades mencionadas acima, massacres e execuções, serão enviados de volta aos países em que seus atos abomináveis foram feitos a fim de que eles possam ser julgados e punidos de acordo com as leis desses países que foram liberados e de governos livres⁵.

⁵ Conforme documento original em inglês “German officers and men and members of the Nazi party who have been responsible for or have taken a consenting part in the above atrocities, massacres and executions will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries and of free governments” (Cf. MOSCOW CONFERENCE, 1943).

Em outras palavras, a Declaração previa a admissibilidade de julgar e punir conforme os tribunais locais dos países diretamente afetados durante o conflito. No entanto, isso pressupõe a existência de relação causal específica que tenha como marco um local determinado, ou seja, uma ação que diz respeito unicamente a um só lugar.

Já a segunda característica é que o documento ora referido colocou de forma expressa que as três forças aliadas que o assinaram (EUA, Reino Unido e URSS) iriam entregar tais acusados a seus acusadores para que justiça fosse feita, conforme visto a partir da seguinte passagem:

Permita a aqueles que até agora não impregnaram suas mãos com sangue inocente alertas de que caso entrem nas fileiras de culpados tenham a certeza que os três poderes Aliados irão persegui-los até os confins da Terra e os entregarão ao seus acusadores para que a justiça possa ser feita⁶.

Essa segunda característica é, por si só, a base por trás de Nuremberg: garantir justiça. Todavia, essa “justiça” seria uma retaliação aos atos cometidos durante a guerra por parte daqueles que viriam a ser os eventuais vencedores.

É nessa característica que reside especial atenção, já que a mensagem a ser transmitida é a de que justiça seria feita. Portanto, a mensagem da Declaração de Moscou foi explícita no sentido de que a conduta a ser reprimida seria julgada e punida, e isso era de interesse dos Aliados.

Nessa acepção, a redação do Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945 foi no sentido de atender aos anseios dos países Aliados, os quais se tornaram os vencedores da Segunda Guerra Mundial. O Tribunal de Nuremberg foi criado a partir do interesse de um grupo específico. Por conta disso, é possível afirmar que a razão daquele tribunal era a razão do lado vencedor do conflito.

5 O porquê de condenar

Após a II Guerra Mundial, uma das lições da história que foi revista foi a do que se deve fazer ao país derrotado. Conforme ensina Eric Hobsbawm (Cf. 1995, p. 38), é justamente

⁶ Conforme o documento original em inglês “Let those who have hitherto not imbrued their hands with innocent blood beware lest they join the ranks of the guilty, for most assuredly the three Allied powers will pursue them to the uttermost ends of the earth and will deliver them to their accusers in order that justice may be done” (MOSCOW CONFERENCE, 1943).

pela falta de solução apropriada do término da I Guerra que se permitiu criar as condições necessárias para a ascensão do partido nazista ao poder na Alemanha e os acordos que permitiram a Hitler alcançar o poder. Nesse sentido, diferente do realizado no pós-I Guerra Mundial, isso é, exigir valores altíssimos de reparação de guerra, foi optado pela reconstrução do país.

Além disso, do ponto de vista ideológico, conforme afirmado por Paul Roland (2013, p. 20), foi vista a necessidade de construir a imagem de líderes derrotados como os responsáveis pela própria destruição da Alemanha. Se os líderes nazistas fossem sumariamente mortos, eles poderiam ter sido transformados em mártires, ou seja, os ideais nazistas continuariam enraizados na população e, conseqüentemente, uma reação a isso poderia vir a ocorrer no futuro, o que tornaria a vitória aliada apenas temporária.

Diante dos elementos apresentados, oferecer um julgamento aos réus acusados parecia mais apropriado para se conseguir uma justiça de fato do que a mera condenação arbitrária. O julgamento demonstraria a prevalência de uma moral superior e não a de um poder superior (ROLAND, 2013, p. 25). Em outras palavras, essa tática buscava reforçar o caráter de imagem dos condenados enquanto espécies de vilões e reafirmar o papel de herói dotado de clemência dos vencedores (os aliados).

É essa condenação, que buscou responsabilizar indivíduos, “os governantes e aqueles que executam e seguem suas determinações”, conforme ora apontado por Lafer (1998), penalmente, em uma corte internacional, a mudança de paradigma trazida por Nuremberg. Assim, era necessário um motivo, na forma de uma ou mais condutas que caracterizassem algum tipo penal, e que, de tal modo, viessem a justificar o porquê das condenações e, o que veio explicitado no próprio Estatuto de Nuremberg. Esses ilícitos penais não eram tidos como de acepção inteiramente novos, mas o que eles representaram dentro da razão do Tribunal de Nuremberg os fez ganhar uma nova significância para a sociedade internacional.

6 Dos crimes da II Guerra tipificados no Estatuto de Nuremberg

Conforme aponta Cláudia Perrone-Moisés (2003, p. 576), em Nuremberg os réus foram julgados por: crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade.

Recorda Celso Lafer (1988, p. 168) que crimes contra a paz e crimes de guerra para o Direito Internacional já eram considerados ilícitos desde antes da II Guerra Mundial, a exemplo da Convenção de Genebra de 1864, Sobre o Tratamento aos Feridos de Guerra, da Primeira Conferência de Paz de Haia de 1889, da Segunda Conferência de Paz, de 1907, do

Pacto de Paris de 1928, etc. Já crimes contra a humanidade podem ser compreendidos como algo novo porque não havia precedente específico no passado. Nesse sentido, explica Lafer (1988, p. 168) que o Estatuto do Tribunal de Nuremberg em seu art. 6º, “c”:

Representava um primeiro esforço de tipificar, como ilícito penal, o ineditismo da dominação totalitária, que pelas suas próprias características próprias – o assassinato, o extermínio, a redução à escravidão, a deportação, os atos desumanos cometidos durante a população civil, as perseguições por razões políticas, raciais e religiosas, para usar termos do art. 6º, ‘c’ do Estatuto acima mencionado – tinha uma especificidade que transcendia os crimes contra a paz e os crimes de Nuremberg.

Cabe agora compreender a definição de tais crimes, isso é, contra a paz, de guerra e contra a humanidade, na concepção do Estatuto de Nuremberg, os quais estão dispostos no ora referido art. 6º nas alíneas de a até c.

Os crimes contra a paz⁷, conforme disposto na alínea “a” do Estatuto, envolvem o planejamento, preparação, início ou estímulo de uma guerra de agressão, ou de uma guerra em violação a tratados internacionais, ou de convivência, apoio ou participação em um plano comum de conspiração para cometer qualquer um dos precedentes.

Já os crimes de guerra⁸, dispostos no art. 6, alínea “b”, são as violações das leis e dos costumes de guerra, as quais incluem, mas não se limitam a, assassinato, maus-tratos ou deportações para trabalho escravo ou para qualquer outro propósito da população civil de ou em território ocupado e ainda assassinato ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou de pessoas nos mares, assassinato de reféns, pilhagem de propriedades pública ou privada, destruição intencional de metrópoles, cidades e vilarejos ou devastação sem necessidade militar justificada.

Por fim, na alínea seguinte, “c”⁹, têm-se a definição de crimes contra a humanidade:

⁷ Conforme o disposto no documento original em inglês: “(a) Crimes against peace: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing” (CHARTER OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, 1945).

⁸ Conforme o disposto no documento original em inglês: “(b) war crimes: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity” (CHARTER OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, 1945).

⁹ Conforme o disposto no documento original em inglês: “(c) crimes against humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated” (CHARTER OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, 1945).

Assassinato, extermínio, escravização, deportação, ou outras ações desumanas cometidas contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições políticas, raciais ou religiosas na execução ou em conexão com qualquer crime dentro da jurisdição do Tribunal, de violação ou não das leis domésticas de um país onde perpetradas.

Tais crimes são de fato os mais horrendos e traumáticos pois “passa por eliminar qualquer referência metafísica, nomeadamente através da ideia de natureza humana. (...) ou seja, um crime contra a humanidade será a destruição daquilo que há de humano no homem” (GARAPON, 2002, p. 97-98). Poder-se-ia afirmar que os crimes contra a humanidade decorrem da violência gerada pela guerra. Mas, talvez, não seja bem assim, pois “se distingue radicalmente da mesma: a que se opõe, de um lado, um combatente super armado e, do outro, uma população civil inofensiva, isto é, não combatente” (GARAPON, 2002, p. 105).

Nos crimes contra a humanidade o que se observa é que as tropas regulares de uma nação atacam civis inocentes que não lhes oferecem nenhum perigo pois sequer os atacam. Claro, que por vezes, o massacre da população civil inocente é o próprio objetivo das tropas. Interessante, aqui, anotar o raciocínio exposto por Garapon, na obra citada, de que “o contrário de inocente não é ‘culpado’, mas, sim, ‘ofensivo’” (GARAPON, 2002, p. 105).

O normal durante um conflito armado é que o Estado fornece uma proteção mais efetiva às pessoas civis; porém, quando se está diante de um crime contra a humanidade, o que se observa é que um determinado Estado comete violências à população civil desprotegida e desarmada de um outro Estado. “É o massacre elevado ao nível de política, o modelo do não combate oposto ao do combate” (GARAPON, 2002, p. 106).

Além do mais, uma das mais funestas consequências dos crimes contra a humanidade reside na desumanização das pessoas vítimas, “pois não se alimenta da morte física, mas da ‘morte antes da morte’” (GARAPON, 2002, p. 109). Nesse quadro o que pode ocorrer é um “desinteresse” do opressor pela qualidade de vida da vítima, um descaso total, um abandono. A vítima vive a “experiência da não pertença absoluta ao mundo, uma das experiências mais radicais e desesperadas do homem” (ARENDT, 1972, p. 226 apud GARAPON, 2002, p. 109)¹⁰. Assim, a conta gotas, a vítima vai perdendo sua condição de ser humano para ser nada. E isso não abarca apenas os indivíduos; atinge a ideia de povo também.

Claro está que o cometimento de um crime contra a humanidade não pode ser feito por um indivíduo sozinho; é preciso o concurso de uma organização maior, não raro, um Estado. É por isso que no Tribunal de Nuremberg os acusados não foram apenas pessoas singulares, mas também diversas instituições do governo nazista da Alemanha (como

¹⁰ Cf. ARENDT, H. *Le Système Totalitaire*. Paris: Seuil, 1972

exemplo da condenação de membros do poder judiciário da Alemanha, isso é, dos juízes, operadores do direito por natureza – vide princípio do juiz natural – bem como membros das forças armadas). Mesmo assim, os infratores, enquanto indivíduos, não podem se escudar nessas instituições.

Vale observar que no próprio Estatuto de Nuremberg, vide arts. 6º e 7º, a posição dos acusados não influencia o julgamento de sua responsabilidade ou a redução da sentença. Isso significa dizer que não importa a hierarquia social do acusado, seja ele chefe de Estado ou funcionário de órgão do governo, caso ele tenha cometido qualquer um desses crimes tipificados ele seria punido. Isso reforça a mensagem de que existem valores na sociedade internacional que estão acima dos Estados, logo o ordenamento interno dos Estados não é suficiente para justificar a transgressão de tais valores.

Além desses três crimes explicitamente dispostos no Estatuto de Nuremberg, ainda no art. 6, aborda Roland (2013, p. 30), que uma outra acusação foi prevista: a de crime de conspiração¹¹. Isso significa que os “líderes, organizações, instigadores e cúmplices na formulação ou execução de um plano comum, ou uma conspiração para cometer qualquer dos seguintes crimes são responsáveis por todos os atos realizados na execução desse plano”. O benefício dessa acusação invalidava a “defesa covarde proposta pelos nazistas capturados para atenuar a acusação de seus crimes – de que eles obedeciam ordens superiores. Os prisioneiros seriam agora julgados por terem participado de um plano comum ou de uma conspiração” (ROLAND, 2013, p. 31). Assim, através desse mecanismo, se tornaria fácil provar em futuras condenações que os julgados possuíam uma responsabilidade coletiva.

7 O dilema da legalidade e da exceção: constitui Nuremberg um tribunal de exceção?

Conforme é possível observar a partir dos relatos acerca dos julgamentos dos nazistas no Tribunal de Nuremberg (Cf. ROLAND, 2013), uma das principais questões levantadas é a de que os réus agiram dentro da legalidade, isso é, a de que havia um respaldo jurídico-legal na Alemanha para as condutas que eles praticaram e, mais ainda, essas condutas por eles praticadas não eram consideradas crimes. Tal respaldo, à luz da atual ótica jurídica, parece sensato: se há autorização legal para a conduta praticada, a sua prática não enseja

¹¹ Conforme o disposto no documento original em inglês: “leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan” (CHARTER OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, 1945).

crime; ou seja, só é crime para aquilo que o Estado reconhece como tal (questão da tipicidade penal). Isso significa que, como os nazistas atuaram dentro dos limites da lei alemã, eles não poderiam ser condenados pelo fato de terem feito valer a própria lei alemã, o que, por sua vez, tornaria as suas eventuais condenações irregulares (ser punido por fazer aquilo que determina a lei).

De modo a compreender essa questão em maior profundidade, serão abordados dois conceitos: princípio da legalidade e tribunal de exceção.

O primeiro conceito, princípio da legalidade, segundo José Afonso da Silva (2015, p. 425), significa a “submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador”. Em outras palavras, é legal a conduta (ato ou omissão) que ocorre dentro dos limites da lei. Por conta disso, se a lei permite determinada conduta, logo essa conduta não é ilegal. Consequentemente, é lógico deduzir que a partir do momento que a lei estabelece aquilo que é ou não ilegal é dada ao indivíduo a certeza da segurança jurídica dentro do Estado, ou seja, a certeza de que ele não será punido já que sua conduta foi autorizada por lei.

A conduta dos condenados quando dos acontecimentos dos fatos remetia a sujeição que tais indivíduos tinham para com o Estado. Nesse sentido, a conduta dos condenados atendia ao princípio da legalidade dentro do ordenamento jurídico alemão vigente, uma vez que suas ações possuíam respaldo legal. Vale observar que, quando dos acontecimentos dos fatos, dentro do ordenamento jurídico alemão, não havia de se falar em crime, ou seja, é a ideia do *nullum crimen sine lege*. Por conta disso, vale mencionar o princípio da irretroatividade da lei penal, logo, caso uma conduta venha a ser praticada quando ainda não era tipificada como crime, a lei penal não poderá retroagir para punir quem a cometeu no passado.

Cabe então questionar não se os atos praticados à época pelos nazistas julgados e condenados estavam dentro do princípio da legalidade, mas se o próprio tribunal podia ser considerado legal. Segundo Ana Luiza Almeida Ferro (2002, p. 103 apud PEREIRA, p. 16) foi a falta de legalidade um dos principais argumentos da defesa pelos seguintes motivos:

- a) O castigo ex post facto é repudiado pelo Direito das nações civilizadas;
- b) nenhum poder soberano atribuíra à guerra de agressão a tipificação de crime antes da prática dos autos incriminados;
- c) nenhum estatuto a definira, nenhum documento internacional previra pena para a sua prática, assim como nenhum tribunal fora instituído para julgar e punir os infratores.

Diante então da mera questão da legalidade, em caráter *stricto*, é possível afirmar que, *de facto*, o Tribunal de Nuremberg era ilegal. Cabe então questionar se essa ilegalidade é suficiente para caracterizá-lo como um tribunal de exceção sendo que para tanto, é necessário conceituar o que vêm a ser um tribunal de exceção.

O conceito de tribunal de exceção, nas palavras de José Afonso da Silva (2014, p. 138) é aquele que “não integra o sistema judiciário preestabelecido, o que é criado *ad hoc*, isto é, apenas para o caso, e *post facto*, ou seja, depois da ocorrência do fato objeto do processo e do julgamento”. Em outras palavras, tribunal de exceção consiste em um tribunal criado especificamente para reger um caso depois da ocorrência do fato concreto que deu origem ao objeto sendo que este tribunal se encontra fora do sistema judiciário vigente. Consequentemente, é possível auferir que um tribunal de exceção no sistema internacional seria então um tribunal criado *ad hoc* dentro do plano internacional.

Em que pese parecer lógico afirmar, considerando a conceituação apresentada, que o Tribunal de Nuremberg é um Tribunal de Exceção, porque ele se constitui enquanto um tribunal *ad hoc*, existem argumentos contrários a essa ideia, porém, todos de argumentação frágil e claramente favoráveis à justificativa de se criar um tribunal específico para punir com base no ideal dos Aliados.

Os crimes tipificados no Estatuto de Nuremberg, crimes contra a paz, de guerra e contra a humanidade, com exceção desse último, já estavam previstos no Direito Internacional conforme visto anteriormente. Nesse sentido, o que realmente não havia era um tribunal internacional específico para a condenação desses crimes. Em outras palavras, independentemente de ser Nuremberg, já havia a tipificação diante do Direito Internacional que justificasse a eventual condenação dos réus. O problema dessa argumentação é que ela por si só é insuficiente para alegar a legalidade de Nuremberg já que ela apenas indica que se não fosse Nuremberg outro tribunal seria incumbido, ou seja, a condenação seria em qualquer outro tribunal responsável por julgar crimes contra a paz e crimes de guerra.

A segunda alegação é de que historicamente já estava previsto uma jurisdição penal internacional com base no Tratado de Versalhes, o qual abriu a possibilidade de submeter um criminoso de guerra a um Tribunal Internacional. Nesse tribunal seria posto a julgamento Guilherme II, ex-imperador da Alemanha, sobre a alegação de ofensas à moral internacional e à autoridade sagrada dos tratados. Além disso, havia a proposta de criação de uma corte penal internacional sob a tutela da Sociedade das Nações, mas a mesma não obteve o número de ratificações necessárias (PERRONE-MOISÉS, 2003, p. 575). Porém, essa argumentação peca

pelo fato de que independente da previsibilidade tal tribunal não foi criado no período adequado, ou seja, quem sabe antes da Segunda Guerra.

A terceira alegação é a de que no Estatuto do Tribunal de Nuremberg, no art. 16, é prevista uma série de direitos conferidos aos acusados, a exemplo do direito de ter ciência do motivo da acusação, direito de dar explicação relevante sobre a acusação que lhe é atribuída, julgamento traduzido em língua que o acusado tenha domínio, direito do acusado fazer sua própria defesa ou ter a ajuda de um advogado e direito de apresentar provas de defesa à sua acusação. No entanto, embora tenham sido concedidos todos esses direitos aos acusados, eles continuaram inseridos dentro da lógica de fazer o Tribunal de Nuremberg parecer justo. Além disso, somente o fato de conferir direitos não significa que a finalidade última do tribunal de exceção tenha deixado de ser cumprida.

Em outras palavras, os argumentos acima apresentados podem auferir a aparente ideia de que o Tribunal de Nuremberg não é estritamente um tribunal *ad hoc* e, conseqüentemente, um tribunal de exceção. No entanto, ao que parece, essas alegações se mostram frágeis. No entanto, ser ou não um Tribunal de Exceção não se tornou um obstáculo para que o Tribunal de Nuremberg tivesse êxito em deixar uma mensagem de justiça e valorização de Direitos Humanos ao mundo. Em verdade, o que se têm de forma clara, é que o referido tribunal se tornou uma espécie de marco histórico e daí a sua importância.

8 Considerações finais

Conforme apontado por Roland (2013, p. 203), os julgamentos de Nuremberg não foram suficientes para eliminar a injustiça, perseguição racial e religiosa, a escravidão, a tortura e o genocídio, mas permitiram caracterizar um precedente para processar e punir crimes que a comunidade internacional considera intolerável, o que é importante dado que os costumes é uma das fontes do direito internacional. Por conta disso, alegações de defesa para dizer que tais crimes foram cometidos sob coerção ou de que foi apenas para obedecer a ordens superiores não são mais admitidas.

É válido observar também que os julgamentos ocorridos em Nuremberg não se resumiram a uma mera vingança por parte dos países Aliados, pois para isso bastaria eliminar sumariamente os acusados. Por conta disso, a opção nos julgamentos em dar à parte acusada a forma de se defender, conforme visto no art. 16 do Estatuto de Nuremberg, se tornou um interessante contraponto, uma vez que forneceu um sentido humano às condenações e, ao mesmo tempo, amenizou o fato de Nuremberg ter se constituído enquanto um tribunal de

exceção. A condenação dos nazistas por meio de um processo jurídico em detrimento a uma mera execução fez valer os direitos humanos, já que até os nazistas tiveram tais direitos respeitados.

Entretanto, apesar desses dois aspectos positivos, que valorizam os direitos humanos, ainda sim Nuremberg não deixa de ser um tribunal de exceção em que pese a argumentação contrária apresentada. Ao que parece, o legado positivo de Nuremberg para a valorização dos Direitos Humanos se demonstrou justificado: a partir de Nuremberg crimes tais como os cometidos na II Guerra Mundial (crimes contra a paz, de guerra e contra a humanidade) não serão mais permitidos pela sociedade internacional.

É inegável que no caso de Nuremberg houve violações claras de princípios que não são admitidos dentro do ordenamento jurídico dos Estados Democráticos de Direito, a exemplo dos princípios da legalidade, irretroatividade da lei penal e banimento de tribunais *ad hoc*¹². Apesar disso, o Tribunal de Nuremberg foi capaz de, no benefício da dúvida, dar uma clara mensagem de que existem valores que devem ser respeitados por todo e qualquer Estado: os direitos humanos.

Diante do conteúdo exposto, é possível afirmar que Nuremberg se constituiu até os dias de hoje como um estudo de caso que permite a discussão e reflexão. Em momentos de dúvidas sobre a legalidade e a política, Nuremberg aparenta nos mostrar os efeitos das escolhas (trágicas, ou não) que foram realizadas. Por conta disso, o que se propõe agora é o leitor refletir sobre essa questão apresentada e, com isso, dar continuidade ao processo de construção do conhecimento. Nesse sentido, é certo afirmar que qualquer trabalho que venha a suscitar tal questão à luz da compreensão cá exposta terá feito atingir os objetivos propostos por esse artigo.

9 Referências bibliográficas

BOSON, G. B. M. **Internacionalização dos Direitos do Homem**. São Paulo: Sugestões literárias. 1972.

¹² Cabe mencionar o contentamento de tais elementos dentro do ordenamento jurídico brasileiro conforme dispostos na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988): princípio da legalidade (Art. 5º, II – Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei); princípio da irretroatividade da Lei Penal (Art. 5º, XL – A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu) e; vedação a juiz ou tribunal de exceção (Art. 5º, XXXVII – Não haverá juízo ou tribunal de exceção).

BRASIL. **Constituição Federal de 5 de outubro de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em 28. nov. 2015.

_____. **Decreto n. 38.822 de 6 de maio de 1952**. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em paris, a 09 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html> >. Acesso em 28. nov. 2015.

CHARTER OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. **8 agosto. 1945**. Disponível em < <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp> >. Acesso em 26. nov. 2015.

GARAPON, A. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. Por uma justiça internacional. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

HOBBSBAWM, E. **Era dos extremos: o breve século XX 1914-1991**. Trad. Marcos Santarrita. 2. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JANKOV, F. F. F. **Direito Internacional Penal**. Mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

LONDON AGREEMENT. **8 agosto 1945**. Disponível em: < <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp> >. Acesso em 26 nov. 2015.

MARTINS, R. D.; MARTINS, C. M. **Tribunais internacionais de Direitos Humanos. Quadro comparativo quanto ao número de juízes. Crítica ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. In Cadernos de Direito, vol. 14, nº 26 jan-jul. 2014. Piracicaba: UNIMEP, 2014, p. 87-103.

MARTINS, R.D. **Crimes contra a humanidade. Tribunais Penais Internacionais. Cinema. Um roteiro de curso**. In: Estado, jurisdição e novos atores internacionais. (Org. CECATO, M.A.B. MISAILIDIS, M.L. LEAL, M.C.H. MEZZAROBBA, O.) São Paulo: Conceito Editorial, 2010. p. 197-213.

MOSCOW CONFERENCE. 30 outubro de 1943. Disponível em < <http://avalon.law.yale.edu/wwii/moscow.asp> >. Acesso em 26 nov. 2015.

PEREIRA, I. A Desconstrução da legalidade no tribunal de Nuremberg: uma abertura para o Kairós do Perdão. **RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. n. 18 (2010). Disponível em < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1367/1157> >. Acesso em 29. nov. 2015.

PERRONE-MOISÉS, C. Antecedentes Históricos do Estabelecimento do Tribunal Penal Internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 98. 2003.

RAMOS, A. C. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROLAND, P. **Os julgamentos de Nuremberg: os nazistas e seus crimes contra a humanidade**. Trad. Marisa Rocha Motta. São Paulo: M.Books do Brasil Editora, 2013

SILVA, J. A. **Comentário Contextual à Constituição**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

WEIMAR. **WEIMAR CONSTITUTION**. Disponível em < http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php >. Acesso em 28 nov. 2015.