



## A TENSÃO ENTRE O POVO<sup>1</sup> E O ESTADO: DA BIOPOLÍTICA AO GENOCÍDIO NA INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

### *THE TENSION BETWEEN THE PEOPLE AND THE STATE OF BIOPOLITICS TO GENOCIDE IN THE INTERNATIONALIZATION OF CRIMINAL LAW*

**Frederico Poles Borgonovi**

**Tatiana Boghourian**

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A Biopolítica na formação e ascensão do Estado. 3. Da Guerra ao Genocídio. 4. O Tribunal de Nuremberg e a Convenção contra o Genocídio. 5. A Perseguição Política Estatal e o Tribunal Penal Internacional. 6. Conclusão – Referências Bibliográficas.

*“Sabemos de onde viemos; as lembranças do mundo de fora povoam nossos sonhos e nossas vigílias; percebemos com assombro que não esquecemos nada; cada lembrança evocada renasce à nossa frente,*

---

<sup>1</sup> Será utilizado no texto o conceito de povo descrito por Fábio Konder Comparato no prefácio da tradução para o português da obra do alemão Friedrich Muller “Quem é o povo – a questão fundamental da Democracia”, nos seguintes termos “Na teoria política e constitucional, *povo* não é um conceito descritivo, mas claramente operacional. Não se trata de designar, com esse termo, uma realidade definida e inconfundível da vida social, para efeito de classificação sociológica, por exemplo, mas sim de encontrar, no universo jurídico-político, um sujeito para a atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas.” Assim, ao retirar o conteúdo conceitual do termo povo, o direito possibilita a associação do povo com outros dois elementos, nação e cidadão. Ao associar o povo à nação, acabamos relacionando-o com o território, população e com laços culturais, o que não seria suficiente para contemplar o multiculturalismo dentro de um mesmo território, ou uma identidade cultural sem território, e ainda a própria extraterritorialização da cidadania. Se associarmos o povo com o cidadão, no entanto, estaremos permitindo a exclusão social de parcela importante da população, ou da nação, permitindo o constante prolongamento da exceção dentro de um Estado de Direito, onde o termo povo já foi identificado com a plebe, tal qual na Revolução Francesa. Por essa razão, é necessária a preservação da operacionalidade do conceito, para não reduzi-lo de forma inapropriada que permita esvaziar seu conteúdo, ou imputar a um conceito a rigidez do formalismo. No presente trabalho muitas vezes o conceito de povo se associará ao de população, ainda que em outras vezes se relacione ao conceito de titular do poder constituinte originário, ou de cidadão.



*dolorosamente nítida. Não sabemos, porém, para onde vamos.” Primo Levi<sup>2</sup>*

## 1. Introdução

O presente artigo parte das razões que justificaram a criação do Estado no fim do feudalismo, principalmente da proteção ao povo, para analisar historicamente a tensão presente nessa relação, das políticas de policiamento aos massacres que se impuseram na I e na II Guerra Mundiais.

Nesse ponto, será analisada a repercussão jurídica da ofensiva estatal contra o povo, o início da responsabilização penal por crimes contra a humanidade, a Convenção contra o Genocídio e a constituição do Direito Penal Internacional, discutidas questões como a subjetividade penalizada em crimes cometidos a mando do próprio Estado e a legitimidade da desobediência civil no plano constitucional.

## 2. A Biopolítica na formação e ascensão do Estado

No século XVII, numa das obras que revolucionou a filosofia política e expôs as bases teóricas do contratualismo, Thomas Hobbes identificou a formação do Estado<sup>3</sup> com a necessidade de proteção dos homens contra as guerras por eles mesmos criadas, em um estágio natural caótico e desprovido do respeito a direitos, identificando a figura do Estado com a criatura mitológica do Leviatã.

Como destaca Carl Schmitt<sup>4</sup> “punto de partida de la construcción Del Estado em Hobbes es el miedo del estado de naturaleza; su meta y objetivo, la seguridad del estado civil político. En el estado de naturaleza puede cada uno matar a quien quiera. ‘Todos

---

<sup>2</sup> **É isto um homem?** Trad. Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988, p. 54.

<sup>3</sup> A criação dos Estados é identificada com a celebração da Paz de Westfália, acordo que pôs fim à Guerra dos Trinta Anos, em 1648, e marca o nascimento do Direito Internacional.

<sup>4</sup> SCHMITT, Carl. **El Leviathan en la Teoría del Estado de Tomas Hobbes**. Trad. Francisco Javier Conde. Granada: Editora Comares, S.L., 2004, pág. 25.



pueden llegar a este extremo'. Ante tamaña amenaza, todos son iguales; aquí, como parafrasea Hegel, 'todos' son débiles frente a los demás. Reina, por consiguiente, la 'democracia'. Todos saben que cada uno puede matar a los demás. De ahí que cada uno sea enemigo y contrincante del outro – el conocido *bellum omnium contra omnes* -. En el estado civil estatal todos los ciudadanos están seguros de su existência física; reina la tranquilidad, la seguridad y el orden.”

Schmitt então identifica o nascimento do Estado com o nascimento da polícia<sup>5</sup>, algo que Michel Foucault denominaria de “nascimento da biopolítica” já fazendo referência ao Estado Moderno, na qual o Estado passou a se fazer presente na vida das pessoas, numa relação em que o corpo do homem passou a ser objeto da exteriorização do poder estatal<sup>6</sup> e o direito passou a se desenvolver numa relação de combate a essa prática<sup>7</sup>.

Por essa razão, a efervescência política que tomava conta da França às vésperas da Revolução Francesa invocava dois argumentos jurídicos: a existência de direitos fundamentais oponíveis ao Estado, como o direito à vida, à locomoção e à propriedade; e a teoria do poder constituinte originário atribuído ao povo, desenvolvida por Emmanuel Sieyès.

Nesse ponto, a partir do momento em que a base construtiva do direito se relacionava ao conceito de povo, a identificação dessa coletividade passou a ser estudada

---

<sup>5</sup> Em sua origem, o termo polícia se relacionava a um poder local, misto de público e privado, responsável pela manutenção da ordem nas cidades. A nacionalização do aparato policial é atribuída a Napoleão, bem como a criação de uma polícia secreta e das prisões, no início de século XIX. Sobre o tema vide a obra do historiador israelense CREVELD, Martin van. **Ascensão de Declínio do Estado**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

<sup>6</sup> Sobre o tema, vide Giorgio Agamben, *Homo Sacer – O Poder Soberano e a Vida Nua*; Michel Foucault, *Nascimento da Biopolítica*.

<sup>7</sup> Na lição de Foucault “A prática judiciária havia sido o multiplicador do poder real durante toda a Idade Média. Ora, quando se desenvolver, a partir do século XVI e principalmente do início do século XVII, essa nova racionalidade governamental, o direito vai servir ao contrário como ponto de apoio para toda pessoa que quiser, de uma maneira ou de outra, limitar essa extensão indefinida de uma razão de Estado que toma corpo num Estado de polícia. A teoria do direito e as instituições judiciárias vão servir agora, não mais como multiplicadoras, mas ao contrário como subtratoras do poder real.(...)” – Foucault, Michel. **Nascimento da Biopolítica – Curso ministrado no Collège de France (1978-1979)**. Trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2008, pág. 11.



por um direito que não necessariamente a conceitua, embora dependa da sua identificação na maioria das vezes operacional para legitimar a sua própria existência.

Analisando esse aspecto da Revolução Francesa, Hannah Arendt<sup>8</sup> destaca que “A expressão *Le peuple* (o povo) é essencial para qualquer entendimento da Revolução Francesa, e suas conotações foram determinadas por aqueles que presenciavam o espetáculo dos sofrimentos do povo, sem partilhá-los pessoalmente. Pela primeira vez, a expressão passou a abranger não só os excluídos do governo, não só os cidadãos, mas a arraia-miúda. A própria definição do termo nasceu da compaixão e passou a ser sinônimo de desgraça e infelicidade – *Le peuple, les malheureux m’applaudissent* (o povo, os desgraçados me aplaudem), como gostava de dizer Robespierre, *Le peuple toujours malheureux* (o povo sempre desgraçado), como disse o próprio Sieyès, uma das figuras mais sóbrias e menos sentimentais da revolução. Com isso, a legitimidade pessoal dos que representavam o povo e acreditavam que todo o poder legítimo deve derivar do povo só podia residir em ce zèle compatissant (esse zelo compassivo), naquele “impulso imperioso que nos atrai para les hommes faibles”, em suma, na capacidade de sofrer com a “imensa classe dos pobre”, acompanhada pela vontade de elevar a compaixão à mais alta paixão política e à virtude política suprema.”

Mas a instabilidade da potencial identificação entre um grupo de pessoas e o povo titular do direito de constituir a ordem jurídica, verificada nos anos que se seguiram à Revolução, com a sangrenta alternância no poder de jacobinos e girondinos, levaram o próprio Sieyès a rever a teoria do poder constituinte originário e estabelecer a sua limitação pelo Estado Constitucional estabelecido, surgia o Constitucionalismo.<sup>9</sup>

Ainda que o Constitucionalismo restringisse a plena soberania popular, que se identificava com a teoria do poder constituinte originário, devolvendo ao Estado a defesa da Constituição e da ordem jurídica, permitiu como contrapartida o desenvolvimento e a positivação dos direitos fundamentais de primeira geração, o que posicionava a tensão

---

<sup>8</sup> ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, pág. 111/112.

<sup>9</sup> Sobre o tema, vide o livro de Gilberto Bercovici, **Soberania e Constituição – Para uma crítica do Constitucionalismo**, São Paulo: Quartier Latin, 2009.



entre Estado e povo a uma distância relativamente segura em que direito e política se tocavam e se desenvolviam.

O rompimento dessa distância mais tarde poderia ser atribuído, no entanto, à própria constitucionalização dos direitos fundamentais e à incorporação do normativismo positivista ao texto constitucional de países flagelados pela guerra.

### 3. Da Guerra ao Genocídio

Paralelamente a essa questão, os movimentos nacionalistas que eclodiram no continente europeu foram responsáveis pela criação de novos Estados e o enfraquecimento de antigos Impérios, demonstrando os reais efeitos políticos do liberalismo pós Revolução Industrial, a corrida por mercados de consumo e por fornecedores de matéria prima não estava limitada à Europa, e o Estado Nacional não se bastava por si só, ele tenderia a uma expansão política e econômica para além de suas fronteiras.

Além do surgimento da Alemanha como uma nova potência nesse cenário, a crise no Império Otomano provocada pelos turcos contribuiria não apenas para a primeira grande guerra, mas estenderia efeitos para diversas guerras e massacres ocorridos ao longo do século XX, como o massacre dos armênios, a Guerra dos Balcãs, a independência de Kosovo.<sup>10</sup>

Sobre o Império Otomano, o historiador americano Donald Qataert destaca que o regime dos Jovens Turcos não baseava suas ações pela manutenção do império num nacionalismo turco exacerbado, ou em diferenças raciais, mas sim no medo de

---

<sup>10</sup> “Além do surgimento da Alemanha como nova potência, outro fator que preparou o terreno para a Grande Guerra foi o declínio do Império Otomano, que vinha, desde o século anterior, enfrentando crises internas. Como consequência, territórios outrora seu controle acabaram formando estados semi-independentes, como nos Balcãs, ou caindo sob o domínio de outros países europeus – como o norte da África e o Oriente Médio, que passaram a gravitar na área de influência francesa e britânica.

Contudo, o que restava do antigo império dos turcos ainda representava uma força militar respeitável. Em 1908, uma revolução liderada pelo Comitê para a União e o Progresso, movimento mais conhecido como Jovens Turcos, tomou o poder e forçou o então sultão Abdul Hamid II a abdicar. Diante do atraso econômico do país e da ameaça a suas fronteiras, o novo governo otomano, de filosofia progressista e nacionalista, alinhou-se com a Alemanha.” Daniel John Furuno, 1ª Guerra Mundial – Um Genocídio que definiu o Destino da Humanidade. **Revista BBC História**, Ano 1, Edição nº 10, pág. 11.



movimentos separatistas, exercendo um poder centralizador que culminou com execuções em Damasco e com o massacre contra os armênios, em 1915, durante a I Guerra, que foi marcado pela deportação forçada de grande parte do povo armênio, por assassinatos em massa contra a população civil de determinadas cidades e pelo assassinato dos seus dirigentes.

Sobre o massacre dos armênios, destaca que “(...)o Estado não matou por questões raciais ou nacionalistas, mas por temer que se revoltassem ou que se tornassem potenciais rebeldes, procurando libertar-se do domínio otomano e aliando-se aos inimigos do governo. O Estado travou lutas contra os seus próprios súbditos; porém, não se tratou de uma guerra civil nacionalista entre grupos rivais.”<sup>11</sup>

Verifica-se, aqui, a inversão da lógica que buscou legitimar a criação do Estado com base na necessidade de proteção de uma população naturalmente autodestrutiva, pois o Estado abusou do poder que lhe fora atribuído pelo povo para promover um massacre contra parte desse povo.

Para o governo turco, o que houve foi uma diáspora do povo armênio, que abandonou em massa seu território, movimento que teria sido combatido pelo exército turco, ao custo da morte de grande parte da população civil.<sup>12</sup>

Em declaração publicada em 18 de maio de 1915, França, Grã-Bretanha e Rússia denunciaram o massacre armênio como “novos crimes da Turquia contra a humanidade e a civilização”<sup>13</sup>.

Mas o massacre armênio não é pacificamente reconhecido pelos países que lutaram na I Guerra ou pela comunidade internacional. Apenas no ano de 2007 o

---

<sup>11</sup> QUATAERT, Donald. **O Império Otomano – das origens ao século XX**. Trad. Marcelina Amaral. Lisboa: Edições 70, 2000, pág. 219.

<sup>12</sup> Historiadores estimam o número de mortos em aproximadamente 1,5 milhões, número contestado pelos turcos.

<sup>13</sup> BAZELAIRE, Jean-Paul, CRETIN, Thierry. **A Justiça Penal Internacional – sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia**. Trad. Luciana Pinto Venâncio. Barueri: Manole, 2004, pág. 13.





Congresso Americano aprovou uma resolução reconhecendo o genocídio na Armênia, com margem relativamente apertada de votos.<sup>14</sup>

Ao fim da I Guerra Mundial, o que era temido pelos turcos aconteceu, o Império Otomano teve grande parte de sua extensão repartida entre França e Grã-Bretanha, mantida uma parte ainda sob o domínio de turcos e árabes.

Mesmo com o grande golpe sofrido pelo império, Qataert destaca que “(...) a resistência otomana uniu forças, porém, incapaz de restaurar o império, resignou-se com a fundação de um Estado de menores dimensões no seu fragmento Anatólio, naquele que mais tarde viria a ser o Estado-nação da Turquia. Tanto nas regiões árabes como na Anatólia os movimentos nacionalistas mobilizaram-se para criar países os Estados que haviam surgido dos escombros otomanos: designadamente, a Turquia, a Síria, o Líbano, o Iraque, o Egito e o caso especial da Palestina.”<sup>15</sup>

No fim da I Guerra Mundial, a pretensa paz e a reconstrução da geopolítica mundial foram celebradas no Tratado de Versalhes, que previu no seu art. 227 a até então inédita possibilidade de responsabilização de dirigentes dos países vencidos pela prática de crimes contra a humanidade, nos seguintes termos:

“As potências aliadas e associadas acusam Guilherme II de Hohenzollern, ex-imperador da Alemanha, por ofensa suprema contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos tratados.

Um tribunal especial será formado para julgar o acusado, assegurando-lhe garantias essenciais do direito de defesa. Ele será composto por cinco juízes,

---

<sup>14</sup> “Não é com frequência que a Armênia chega às manchetes internacionais ao redor do globo, mas quando acontece, é normalmente por causa de um assunto que permanece intensamente debatido até os dias de hoje: o massacre e a deportação de cerca de 1,5 milhões de armênios do Império Otomano 1915-1917. 22 países reconheceram os eventos que aconteceram na reta final da I Guerra Mundial como genocídio, uma acusação que a República da Turquia dos dias de hoje se recusa a aceitar ainda que o termo tenha sido criado por Raphael Lemkin, em 1943, tendo em mente as experiências da Armênia e dos judeus.” KRIKORIAN, Onnik. **Resolução sobre o genocídio armênio no congresso americano – Consertando um erro histórico?** Traduzido para o português e disponível em [HTTP://pt.globalvoicesonline.org/2007/10/24](http://pt.globalvoicesonline.org/2007/10/24).

<sup>15</sup> QUATAERT, Donald. **Op. Cit.**, pág. 219.



nomeados por cada uma das potências, a saber: Estados Unidos da América, Grã-Bretanha, França, Itália e Japão.

O tribunal julgará com motivos inspirados nos princípios mais elevados da política entre as nações, com a preocupação de assegurar o respeito das obrigações solenes e dos engagements internacionais, assim como da moral internacional. Caberá a ele determinar a pena que estimar que deve ser aplicada.

As potências aliadas e associadas encaminharão ao governo dos Países Baixos uma petição solicitando a entrega do antigo imperador em suas mãos para que seja julgado.”

O artigo 227 do Tratado de Versalhes, no entanto, nunca foi aplicado, pois a Liga das Nações então criada, tinha como principal objetivo a cooperação internacional na manutenção da paz, e não efetivamente a responsabilização penal por crimes de guerra ou crimes contra a humanidade.<sup>16</sup>

A não aplicação do direito ao uso desmedido da força ainda não estava amadurecida na comunidade internacional, ainda que desde Hugo Grócio já houvesse a discussão sobre a guerra justa e a injusta, trabalhando com conceitos como força e justiça.

Como lembra Paulo Borba Casella<sup>17</sup>, após destacar a necessidade de se buscar alterar o passado do direito internacional baseado na força e se atribuir força à justiça, “A justiça é sujeita à disputa, a força é muito reconhecível e sem disputa. Desse modo, não se pôde dar força à justiça, porque a força contradisse a justiça e disse que esta era injusta

---

<sup>16</sup> A responsabilidade internacional do Estado só passou a ganhar força após a criação da ONU, após a II Guerra Mundial. Sobre o tema destacam Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella, que “A CDI, desde a sua primeira sessão, em 1949, colocou a temática da responsabilidade internacional do estado na relação dos (então catorze) problemas prioritários. Diversos (ilustres) relatores prepararam (numerosos) relatórios, a partir de 1955, para ressaltar a complexidade e a dificuldade de qualquer tentativa de codificação, abrangente e sistemática, da matéria.” **Manual de Direito Internacional Público**, 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 384.

<sup>17</sup> CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pág. 846.





e que ela era justa. E, desse modo, não podendo fazer que o justo fosse forte, fez-se que o forte fosse justo.(...)”

Ponto importante na criação da Liga das Nações, contudo, foi o reconhecimento da importância da limitação parcial da soberania dos Estados na busca de seus objetivos e a influência do direito humanitário no período em virtude das atrocidades da guerra, como destacado por Flavia Piovesan “A Convenção da Liga das Nações, de 1920, continha previsões genéricas relativas aos direitos humanos, destacando-se as voltadas ao *mandate system of the League*, ao sistema das minorias e aos parâmetros internacionais do direito ao trabalho – pelo qual os Estados se comprometiam a assegurar condições justas e dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças. Esses dispositivos representavam um limite à concepção de soberania estatal absoluta, na medida em que a Convenção da Liga estabelecia sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra os Estados que violassem suas obrigações. Redefinia-se, desse modo, a noção de soberania absoluta do Estado, que passava a incorporar em seu conceito compromissos e obrigações de alcance internacional no que diz respeito aos direitos humanos.”<sup>18</sup>

A nova configuração política mundial, aliada aos efeitos econômicos e políticos provocados pela derrota na I Guerra, contribuiu para a instabilidade interna que se estabeleceu na Alemanha no período da República de Weimar, simbolizada pela Constituição de 1919, um marco importante na positivação dos direitos sociais.

A Constituição de Weimar foi promulgada num período especialmente conturbado no qual a Alemanha enfrentava grave crise econômica e assistia à ascensão da Social Democracia, o que repercutiu no histórico texto constitucional, que elevou os direitos e garantias individuais, mormente os sociais, à categoria de norma constitucional.

A Constituição de Weimar era dividida em duas partes, a primeira tratava da estrutura e organização do Estado, reconhecida como materialmente constitucional por

---

<sup>18</sup> PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 116-117.



Carl Schmitt; já a segunda parte tratava dos direitos fundamentais, havendo normas que consagravam promessas sociais como a reforma agrária.

Os acirrados debates jurídicos da época travados por autores como Carl Schmitt e Hermann Heller, gravitavam em torno da natureza constitucional da segunda parte e da aplicação de um dispositivo, presente na primeira parte, que suspendia a aplicação da segunda parte da constituição em caso de exceção reconhecida pelo Congresso Nacional, situação que permitiria, ainda, a edição de normas pelo chefe do Poder Executivo.<sup>19</sup>

Prevaleceu, no entanto, o reconhecimento da legalidade da suspensão dos direitos fundamentais e da legislatura exercida pelo chefe do Executivo, com o reconhecimento da natureza formalmente constitucional da segunda parte da Constituição ao argumento de que cabe ao soberano a decisão tomada no estado de exceção<sup>20</sup>.

O mundo assistiu à propagação de leis que determinavam a perseguição e prisão do povo judeu em pleno território alemão, e que deram suporte jurídico a criação dos campos de concentração.

Estima-se que morreram na II Guerra Mundial mais de 70 milhões de pessoas, muitas delas em campos de concentração criados para segregar parte da população e estimular o racismo e a eugenia, vez que a doutrina nazista se baseava na busca por uma raça ariana suprema. Apenas no mais famoso campo de concentração, em Auschwitz, foram presas aproximadamente duas mil pessoas entre 1940 e 1945.

A atribuição ao positivismo do fardo de ter protegido aquilo que Hannah Arendt chamou de “banalidade do mal”, ainda que exagerada, não retira o fato de que a absorção da moral pelo direito e a ausência de valoração do direito posto não só permitem a usurpação do direito pela política, como também afasta o direito do ideal de justiça responsável pela sua razão de ser.

---

<sup>19</sup> Sobre o tema vide: Carl Schmitt. **Teoría de la Constitución**; Hermann Heller. **Teoría del Estado**; Giorgio Agamben. **Estado de Exceção**; Gilberto Bercovici. **Constituição e Estado de Exceção Permanente – a atualidade de Weimar**.

<sup>20</sup> Carl Schmitt. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.



Como destaca Hannah Arendt<sup>21</sup> “Na verdade o regime nazista anunciava um novo conjunto de valores e introduzia um sistema legal projetado de acordo com esses valores. Além disso, provava que ninguém tinha de ser nazista convicto para se adaptar e para esquecer da noite para o dia, por assim dizer, não o seu status social, mas as convicções morais que antes acompanhavam essa posição.”

#### 4. O Tribunal de Nuremberg e a Convenção contra o Genocídio

Após a II Guerra Mundial não apenas o mundo, mas também o direito passou por uma profunda transformação, com a retomada dos valores identificados outrora como direitos naturais, mas que passaram à categoria de direitos humanos universais, com a criação da Organização das Nações Unidas e a afirmação do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Além disso, o Direito Penal Internacional ganhou forma com a responsabilização e julgamento dos responsáveis por crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a paz, com a instituição dos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg<sup>22</sup> e Tóquio.

“A revelação feita à opinião pública sobre a amplitude dos crimes da Segunda Guerra Mundial, e muito particularmente o choque entre o genocídio dos judeus, a brutalidade da agressão japonesa contra a China em primeiro lugar, e os Estados Unidos em seguida, vão dessa vez ser determinantes para a implantação de tribunais internacionais. O testemunho dos sobreviventes dos campos, os depoimentos dos

---

<sup>21</sup> ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. Trad. Rosaura Eichnberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, pág. 117.

<sup>22</sup> “O Tribunal Militar Internacional não nasceu espontaneamente e subitamente no fim da Segunda Guerra Mundial. Na realidade, durante todo o conflito, os Aliados e os representantes dos governos da Europa no exílio encontraram-se diversas vezes para considerar a sorte que estaria reservada aos responsáveis nazistas após o conflito. A idéia de submeter à justiça os atos dos chefes nazistas não foi imediatamente evidente. Mas nas conferências de Moscou e de Teerã em 1943, de Yalta e de Potsdam em 1945, as três grandes potências, Estados Unidos, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e Grã-Bretanha, fazem um acordo para que sejam julgados e punidos os responsáveis pelos crimes de guerra. Em seguida, o tribunal militar internacional é criado pelos acordos de Londres em 8 de agosto de 1945 ocorridos entre as quatro grandes potências. Nesse meio tempo, a França juntou-se às três outras.”  
BAZELAIRE, Jean-Paul, CRETIN, Thierry, **op. Cit.** pág. 21.



militares aliados que efetuaram sua libertação, os documentos apreendidos e os indícios massacrantes descobertos mostram que os crimes perpetrados ultrapassam no horror, e de muito longe, o que se conhece até agora sobre a barbárie.”<sup>23</sup>

A comoção internacional, e a pressão política dos aliados para punir efetivamente os responsáveis pelos denominados crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a paz, superou a falta de adequada previsão legal anterior desses crimes em leis ou tratados internacionais<sup>24</sup>.

Como destacam Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella<sup>25</sup> “Quanto à competência do tribunal para tomar conhecimento dos crimes de violação das leis e usos de guerra, as Convenções existentes previam e condenavam os maus-tratos dados a prisioneiros, o assassinato de feridos, a destruição indiscriminada de centros urbanos, o fuzilamento de reféns e a deportação das populações civis para fins de trabalho escravo. A legislação internacional era contudo imperfeita: previa o crime, mas não a sua punição adequada.

A fim de que a história não pudesse criticar o julgamento, as potências vencedoras esmeraram-se em levar a cabo um processo no qual a culpabilidade dos incriminados ficasse cabalmente provada. O julgamento durou de 20 de novembro de 1945 a 1º de outubro de 1946, findo o qual onze dos acusados foram condenados à morte, quatro à prisão perpétua e três foram absolvidas. Em 16 de outubro as sentenças foram levadas a cabo, sendo que a pena de morte só foi aplicada àqueles que haviam agido com requintes de crueldade.”

---

<sup>23</sup> BAZELAIRE, Jean-Paul, CRETIN, Thierry. **Op. Cit.** pág. 19.

<sup>24</sup> “No Ato Constitutivo do Tribunal Militar Internacional está dito no art. 1º que é objetivo desta Corte: ‘julgar criminosos de guerra cujos crimes não tenham localização geográfica precisa, quer sejam eles acusados individualmente, quer a título de membro de organizações ou de grupos, quer a esse duplo título.’ In PEREIRA, Carlos Frederico Pereira de. **Direito Penal Internacional – A Responsabilidade de Comando no Estatuto de Roma e sua Implementação no Código Penal Militar**. Curitiba: Juruá, 2010, pág. 69.

<sup>25</sup> ACCIOLY, Hildebrando, SILVA, G. E. do Nascimento, CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**, 19ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 847.



A punição de alguns dos responsáveis por crimes que viriam a serem identificados como genocídio só foi possível no plano jurídico, em virtude da retomada da proteção aos direitos humanos, identificados como direitos naturais no pós-guerra, o que alterou os rumos do legalismo positivista que prevaleceu no período que antecedeu a guerra, e que conviveu com as atrocidades buscando legitimá-las.

Nesse contexto surgiu o termo genocídio, entendido como grave crime contra a humanidade, a máxima agressão aos direitos humanos fundamentais, pela prática de crimes como o extermínio, a segregação, a deportação, de determinada população, que viria a ser efetivamente tipificado na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Delito de Genocídio, aprovada pela ONU em 1948.

Mas como destaca Dalmo de Abreu Dallari<sup>26</sup> “A tipificação dos crimes contra a humanidade já foi estabelecida no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, em seu art. 6º. Naquele momento havia o objetivo imediato de punir práticas de extrema violência física, psíquica e moral praticadas contra seres humanos em circunstâncias de guerra ou de pré-guerra e por esse motivo tais circunstâncias são expressamente referidas. Mais tarde, ampliando essa conceituação, outros documentos internacionais reafirmaram a existência de crimes contra a humanidade, independentemente de conflito armado entre dois ou mais povos e mesmo nas relações entre pessoas vinculadas a um mesmo Estado.”

Ponto importante da Convenção contra o Genocídio é que a responsabilização pelos crimes contra a humanidade ocorre na esfera subjetiva, não havendo punição de Estados pela prática de crimes contra a humanidade, ainda que praticados a mando do Estado, como se fosse uma espécie de política pública.

---

<sup>26</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Genocídio Repensado**. in *Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas – estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*, org. L.O. BAPTISTA, H. M. HUCK e P. B. CASELLA, São Paulo: LTr, 1994, pág. 463.



Tal fato se deve não apenas a aspectos políticos discutidos durante a convenção, mas ainda à característica básica do direito penal, a subjetividade do agente, levada para a esfera do Direito Penal Internacional.<sup>27</sup>

Além disso, visa evitar que o agente que pratica o crime se esconda na personalidade jurídica do Estado, mesmo que o genocídio tenha sido praticado a mando do chefe de Estado.

Outro ponto importante, também citado por Dallari, é que “A forma como foi estabelecida a Convenção a exigência do elemento subjetivo, a intenção, para caracterizar o genocídio é excessivamente restritiva e permite que fiquem livres de responsabilidade pessoas que, na realidade, praticaram atos que possibilitaram a consumação do genocídio.”<sup>28</sup>

Assim, os facilitadores, aqueles que participaram de atos preparatórios ou forneceram meios para a realização do genocídio, não são punidos, uma vez que não participam do tipo penal descrito na convenção.

Ainda, a necessidade do elemento subjetivo dificulta a punição dos agentes executores dos crimes, pois em muitas ocasiões, a prática dos crimes contra a humanidade foi ordenada por oficiais de alta patente, ou até mesmo pelo chefe do executivo, numa espécie de política pública da barbárie, o que pode ser observado no holocausto dos judeus na II Guerra.

Em alguns casos estaríamos diante do que o direito penal chama de obediência hierárquica, que foi alegada por diversos acusados no Tribunal de Nuremberg, o que excluiria o elemento subjetivo do tipo, desde que a ordem emanada pelo superior hierárquico não fosse manifestamente ilegal.

Como lecionam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli “A ordem não deve ser manifestamente ilegal. Vale dizer que, dentro das atribuições de revisão e das

---

<sup>27</sup> Em que pesem as modernas teorias de responsabilização penal da pessoa jurídica, mormente nos casos de crimes ambientais e contra a ordem tributária, dentre outros.

<sup>28</sup> Op. Cit., pág. 464.





possibilidades de conhecimento do subordinado acerca de sua legalidade (e que, em cada caso, dependerão da natureza da atividade, da função que cumpre o subordinado, de sua preparação técnica e do acesso à informação necessária que a função possibilite), a ordem não lhe pareça ilegal. Por último, o cumprimento da ordem deve ser “estrito”, no sentido de que o subordinado se limite a cumpri-la, sem exceder, em nada, o seu conteúdo.”

Considerando a legalidade aparente da legislação alemã que ordenou a prisão e extermínio dos judeus num mundo em que a norma positivada não tinha questionado o seu conteúdo, pode-se reconhecer que o número de condenados em Nuremberg foi ínfimo.

## **5. A Perseguição Política Estatal e o Tribunal Penal Internacional**

Mas talvez o ponto mais discutível da Convenção contra o Genocídio é a falta de previsão da perseguição política de um grupo de pessoas como crime contra a humanidade, tratando da repressão apenas de crimes cometidos em razão de raça, religião, etnia ou nacionalidade.<sup>29</sup>

Essa restrição foi uma forma de buscar maior adesão de países em que o regime democrático não se fazia presente, e a perseguição política era extremamente comum e aceita no direito interno.

Nesse ponto, a Convenção permitiria considerar-se a legitimidade de ditaduras baseadas na apropriação da força do aparato estatal, pois consideraria genocídio apenas a perseguição de inimigos políticos se enquadrasse em alguns dos outros elementos caracterizadores.

---

<sup>29</sup> Art. 2º. Na presente Convenção, entende-se por genocídio os atos abaixo indicados, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como:

- a) Assassinato de membros do grupo;
- b) Atentado grave à integridade física e mental de membros do grupo;
- c) Submissão deliberada do grupo a condições de existência que acarretarão a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência forçada das crianças do grupo para outro grupo.



Essa é uma das razões que permitiram a aceitação pela comunidade internacional de crimes contra a humanidade não previstos na convenção no governo de Stalin, independentemente da quantidade de opositores mortos ou perseguidos, e mesmo na ditadura de Pinochet no Chile, da ditadura argentina e da brasileira.

Sobre a ditadura brasileira, a apuração de eventuais crimes contra a humanidade praticados pelos órgãos governamentais em nome da “segurança nacional” ficou obstada pelo pacto político que pôs fim ao regime sob o manto da anistia, do sigilo de documentos, e outras formas de se buscar esconder a história do direito.<sup>30</sup>

Essa questão se fez presente, ainda, na chamada “Primavera Árabe” na Líbia, Egito e Síria houveram ofensivas militares ordenadas pelo próprio governo contra a população civil que tomava as ruas como forma de protesto político legítimo.

A relação entre Estado e povo, portanto, é muito mais tensa do que poderia supor a idealização do Leviatã de Hobbes, a apropriação da força militar, da repressão policial e da justiça pelo Estado permitem a perpetuação do poder por meio do uso da força, a transformação do Estado de Direito em Estado de Exceção, como no caso de inúmeras ditaduras estabelecidas ao redor do mundo, algumas delas com roupagem pseudo-democrática.

Sobre o tema da desobediência civil destaca Celso Lafer<sup>31</sup> analisando a obra de Hannah Arendt “(...) o tratamento jurídico que dá à desobediência civil não foge às características da reflexão contemporânea sobre a resistência à opressão, que desloca a discussão do plano jurídico para o plano político. A sua originalidade reside na demonstração de que os meios violentos são inadequados porque destrutivos do poder da autoridade, e de que o caminho para se evitar esta destrutividade reside na própria ação política, da qual a desobediência civil é uma expressão possível em situações-limite.”.

---

<sup>30</sup> A constituição da Comissão da Verdade, por meio de lei recém sancionada, poderá elucidar melhor essa parte sombria da história, em que pesem as críticas dirigidas à forma de estruturação dessa comissão e diluição da investigação em virtude do vasto período investigado, de 1947 a 1988.

<sup>31</sup> LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 7ª. Reimpressão, 2009, pág. 235.



Essa questão, contudo, foi resolvida pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Roma, 1998), que assegurou a competência do Tribunal para o julgamento de crimes contra a humanidade, assim definidos no art. 7º “Para efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade” qualquer um dos seguintes atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque.”

Em que pesem as críticas que se colocam e se colocaram à Convenção, no entanto, é inegável sua importância como instrumento de defesa da humanidade, e de legitimação do Direito Penal Internacional.

Sobre esse ponto merece destaque, ainda, a previsão de julgamento do crime de genocídio por um Tribunal Penal Internacional<sup>32</sup> cuja jurisdição deveria ser aceita posteriormente pelos países contratantes, ou pelos tribunais internos<sup>33</sup>.

A dificuldade na obtenção do julgamento de um crime praticado por ordem do próprio Estado, como o genocídio, no entanto, dificulta o julgamento pelo Poder Judiciário interno, que acaba julgando os crimes praticados por grupos de extermínio, que se fazem presentes em alguns países, ou mesmo por um único agente, desde que incida na tipificação do crime.

Mas a importância da previsão do Tribunal Penal Internacional, que seria posteriormente criado pelo Estatuto de Roma, em 1998 (que entrou em vigor em 01/07/2002), permite o estabelecimento de um juízo natural, previamente constituído, para o julgamento de agentes acusados pela prática do crime, o que legitima o direito penal internacional, e acaba com as críticas que se colocavam contra os Tribunais “Ad Hoc”, formados após conflitos em que se verificava o cometimento de crimes contra a

---

<sup>32</sup> O Tribunal Penal Internacional tem competência para o julgamento de quatro tipos de crime: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão. (art. 5º do Estatuto de Roma)

<sup>33</sup> Art. 6º. As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros actos enumerados no artigo 3.º serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território o ato foi cometido ou pelo tribunal criminal internacional que tiver competência quanto às Partes Contratantes que tenham reconhecido a sua jurisdição.



humanidade, genocídio e crimes de guerra, criados pelo Conselho de Segurança da ONU<sup>34</sup>, como no caso da Ex-Iugoslávia e de Ruanda<sup>35</sup>.

Deve-se destacar, quanto ao Tribunal Penal Internacional, que sua competência para o julgamento pelo cometimento dos crimes mencionados é subsidiária, pois dependerá do não julgamento pelos Estados dos crimes cometidos em seu território.

É necessário destacar sobre esse ponto que existe uma diferença entre a jurisdição penal internacional exercida pelo TPI e pelos Tribunais “Ad Hoc”, e a jurisdição internacional dos direitos humanos, exercida pela Corte Internacional de Justiça e pelas Cortes Regionais.

## 6. Conclusão

Se a criação do Estado pode ser identificada com a necessidade de proteção do povo contra si mesmo, como defenderam os contratualistas, ou mesmo contra inimigos externos, a evolução do Estado não confirmou necessariamente essa necessidade, havendo constantes momentos de tensão entre Estado e povo ao longo da história.

---

<sup>34</sup> Sobre a inovação importante da medida, que representou uma evolução do papel do Conselho de Segurança da ONU, vide a obra de ACCIOLY, Hildebrando, SILVA, G. E. do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. **Manual(...), op. Cit.**

<sup>35</sup> “Recognizing that serious violations of humanitarian law were committed in Rwanda, and acting under Chapter VII of the United Nations Charter, the Security Council created the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) by resolution 955 of 8 November 1994. The purpose of this measure is to contribute to the process of national reconciliation in Rwanda and to the maintenance of peace in the region. The International Criminal Tribunal for Rwanda was established for the prosecution of persons responsible for genocide and other serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda between 1 January 1994 and 31 December 1994. It may also deal with the prosecution of Rwandan citizens responsible for genocide and other such violations of international law committed in the territory of neighbouring States during the same period.

The International Criminal Tribunal for Rwanda is governed by its Statute, which is annexed to Security Council Resolution 955. The Rules of Procedure and Evidence, which the Judges adopted in accordance with Article 14 of the Statute, establish the necessary framework for the functioning of the judicial system. The Tribunal consists of three organs: the Chambers and the Appeals Chamber; the Office of the Prosecutor, in charge of investigations and prosecutions; and the Registry, responsible for providing overall judicial and administrative support to the Chambers and the Prosecutor.” disponível em [www.icttr.org](http://www.icttr.org), acessado em 18 de Nov. de 2011.



Enquanto a morte de civis era apenas uma decorrência natural da guerra, uma espécie de efeito secundário desta, ainda se discutissem conceitos como guerra justa e injusta, mas a partir do momento em que o Estado se voltou contra seu próprio povo, como no massacre dos armênios pelos turcos no Império Otomano, a lógica da proteção passou a se inverter.

O holocausto nazista, então, marcou a internacionalização do massacre, com a criação de campos de concentração que se transformaram em fábricas de genocídio, sendo necessária a reestruturação do direito no pós-guerra e a responsabilização dos vencidos por crimes contra a humanidade para que o Direito Penal Internacional surgisse com a força necessária a frear essa banalização da violência do Estado contra o povo.

Nesse plano internacional foi celebrada a Convenção contra o Genocídio, que ainda que provida de diversas falhas que restringiram a responsabilização internacional por crimes contra a humanidade, teve o mérito de dar suporte jurídico material criminal ao desenvolvimento e à internacionalização da jurisdição penal internacional com os Tribunais “Ad Hoc” e posteriormente com o Tribunal Penal Internacional, passando a haver a prévia definição dos crimes puníveis pela comunidade internacional.

Destaque-se, contudo, que a positivação dos crimes não pode ser considerada mais importante que a força normativa dos direitos humanos que orientaram a criação da estrutura penal internacional, sob o risco de uma volta a um ciclo positivista que já fora vencido pela reinterpretação do direito, que nunca deveria ter permitido dentro do seu campo de atuação a banalização da violência e o cometimento de crimes contra a humanidade.

Apenas com o amadurecimento da responsabilidade internacional do estado será possível conter a deliberada e violenta repressão estatal contra seu próprio povo e contra a população civil de outros países.

Nesse sentido é inegável a importância histórica da convenção contra o genocídio e do desenvolvimento do direito penal internacional, pois a busca pela justiça se baseia na construção de uma sociedade em que os direitos humanos sejam respeitados pelo



aparelho estatal, ao qual se atribui responsabilidade, independente das fronteiras em que se encontre esse ser humano.

### **Referências Bibliográficas**

ACCIOLY, Hildebrando, SILVA, G. E. do Nascimento, CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**, 19<sup>a</sup>. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer – O Poder Soberano e a Vida Nua**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci Poletti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. Trad. Rosaura Eichnberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BAZELAIRE, Jean-Paul, CRETIN, Thierry. **A Justiça Penal Internacional – sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia**. Trad. Luciana Pinto Venâncio. Barueri: Manole, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente – a atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição – Para uma crítica do Constitucionalismo**, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CREVELD, Martin van. **Ascensão de Declínio do Estado**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.





DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Genocídio Repensado.** in *Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas – estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*, org. L.O. BAPTISTA, H. M. HUCK e P. B. CASELLA, São Paulo: LTr, 1994.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica – Curso ministrado no Collège de France (1978-1979).** Trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FURUNO, Daniel John. **1ª Guerra Mundial – Um Genocídio que definiu o Destino da Humanidade.** *Revista BBC História*, Ano 1, Edição nº 10.

HELLER, Hermann. **Teoría del Estado.** Trad. Luis Tobio. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

International Criminal Tribunal for Rwanda, disponível em [www.icttr.org](http://www.icttr.org), acessado em 18/11/2011.

KRIKORIAN, Onnik. **Resolução sobre o genocídio armênio no congresso americano – Consertando um erro histórico?** disponível em [HTTP://pt.globalvoicesonline.org/2007/10/24](http://pt.globalvoicesonline.org/2007/10/24).

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 7ª. Reimpressão, 2009.

LEVI, Primo. **É isto um homem?** Trad. Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.** Tradução de Peter Naumann, 5ª ed. São Paulo: RT, 2010.

PEREIRA, Carlos Frederico Pereira de. **Direito Penal Internacional – A Responsabilidade de Comando no Estatuto de Roma e sua Implementação no Código Penal Militar.** Curitiba: Juruá, 2010.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 11ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

QUATAERT, Donald. **O Império Otomano – das origens ao século XX.** Trad. Marcelina Amaral. Lisboa: Edições 70, 2000.



SCHMITT, Carl. **El Leviathan en la Teoría del Estado de Tomas Hobbes**. Trad. Francisco Javier Conde. Granada: Editora Comares, S.L., 2004.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Textos, 4ª reimpresión, 2003.

United Nations – International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, disponível em [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty), acessado em 18/11/2011.

**Recebido em 25.06.2020 – Aceito em 30.06.2020**