

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

VOLUME 21 • N. 1 • 2024
INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: 25 YEARS

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Nitish Monebhurrin

Harvey Mpoto Bombaka

Marcelo Dias Varella

Editora convidada:

Juliette Robichez

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 21	n. 1	p. 1-230	set	2024
--	----------	-------	------	----------	-----	------

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito
Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

A Revista de Direito Internacional (RDI) foi criada como instrumento de veiculação de trabalhos acadêmicos relacionados a temáticas tratadas pelo Direito Internacional Público e Privado. A revista é sucessora da Revista Prismas, que foi dividida em dois periódicos (junto com a Revista Brasileira de Políticas Públicas), em virtude do aumento do impacto e interesse dos autores em submeter artigos. Na busca pelo desenvolvimento e construção de visões críticas a respeito do Direito Internacional, a RDI possui sua linha editorial dividida em dois eixos:

1. Proteção internacional da pessoa humana: abrange questões referentes ao direito internacional ambiental, direito humanitário, internacionalização do direito, além de pesquisas sobre a evolução do direito dos tratados como forma de expansão do direito internacional contemporâneo.
2. Direito Internacional Econômico: abrange questões referentes aos sistemas regionais de integração, direito internacional econômico e financeiro e solução de controvérsias comerciais e financeiras. A RDI busca incentivar a pesquisa e divulgação de trabalhos relacionados às disciplinas voltadas para o estudo do Direito Internacional publicando artigos, resenhas e ensaios inéditos. A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas impulsionando a divulgação, o estudo e a prática do Direito Internacional.

Editor Gerente

Nitish Monebhurrn, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Comitê editorial

Alice Rocha da Silva, Centro Universitário de Brasília
Cláudia Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul
José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo
Julia Motte Baumvol, Université d'Evry Val d'Essonne
Nádia de Araújo, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Sandrine Maljean-Dubois, Universidade Aix-Marseille, França
Carolina Olarte Bacares, Universidade Javeriana, Colômbia

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

www.rdi.uniceub.br

Circulação

Acesso aberto e gratuito.

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 21, número 1 - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Quadrimestral.

ISSN 2237-1036

Disponível também on-line: <http://www.rdi.uniceub.br/>

Continuação de: Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

1. Direito Internacional. 2. Políticas Públicas. 3. Mundialização. I. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. II. Centro Universitário de Brasília.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Endereço para Permuta

Biblioteca Reitor João Herculino

SEPN 707/907 Campus do UniCEUB

Cep 70790-075 Brasília-DF

Fone: 61 3966-1349

E-mail: biblioteca@uniceub.br

Sumário

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: 25 YEARS 12

“URBICÍDIO” E PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL DA HUMANIDADE: SOLUÇÃO PARA ADAPTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO À URBANIZAÇÃO DA GUERRA? 14

Juliette Robichez

1 Introdução	15
2 Evolução histórica e definição do conceito “urbicídio”	18
3 Vantagens e vicissitudes do novo conceito “urbicídio”	22
3.1 Efeitos nocivos da inflação normativa	23
3.2 Comparação do crime de urbicídio com os crimes internacionais	24
4 Considerações finais	28
Referências	29

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI) 20 ANOS DA RATIFICAÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA PELO ESTADO BRASILEIRO: CRÍTICAS E REFLEXÕES 35

Miguel Anegelo Marques

1 Introdução	36
2 Precedentes históricos relevantes	37
3 O tratamento constitucional dispensado pelo Estado brasileiro	43
4 O princípio da complementaridade e o sistema jurídico nacional	45
5 Emendas de Kampala	48
6 Considerações finais	49
Referências	50

THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AT THE CROSSROADS: SELECTIVITY, POLITICS AND THE PROSECUTION OF INTERNATIONAL CRIMES IN A POST-WESTERN WORLD..... 54

Rui Carlo Dissenha e Derek Assenço Cruz

1 Introduction	55
2 The Ukrainian-Russian Conflict and the International Community’s Reaction(s).....	56
3 International Criminal Law’s Normative Framework and the Warrants of Arrest Against Putin and Lvova-Beleva	59
4 The Putin-Beleva warrants of arrest in the light of the ICC’s selectivity.....	64
5 The ICC’s selectivity as a historical (and unavoidable) international criminal justice issue	70

5.1 The historical selectivity of international criminal tribunals	70
5.2 Is there reason in seeking to eliminate selectivity?	74
6 Quid me vis facere?	76
7 Concluding remarks	78
References	79

RESPONSABILIZAÇÃO POR CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO CULTURAL: A IMPORTÂNCIA DO TIPO PENAL DO CRIME INTERNACIONAL 91

Alice Lopes Fabris

1 Introdução	92
2 A história dos crimes internacionais contra bens culturais	93
3 Crimes contra o patrimônio cultural em direito internacional	95
4 Tribunais internacionais e híbridos e o crime de guerra de destruição do monumentos históricos e obras de arte	97
5 Os crimes contra o patrimônio cultural no direito interno	99
6 Considerações finais	103
Referências	104

LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LOS TRIBUNALES PENALES MILITARES INTERNACIONALES, TRIBUNALES PENALES AD-HOC Y CORTE PENAL INTERNACIONAL 109

Cristina Montalvo e Cecilia Giovannetti

1 Introducción	110
2 El limitado rol de testigo de las víctimas en los Tribunales Penales Militares Internacionales	111
3 Rol de la víctima-testigo en los Tribunales Penales Ad-Hoc	112
4 Rol y participación de las víctimas en la Corte Penal Internacional	114
5 Retos de la CPI para efectos de la reparación integral de las víctimas	119
6 Discusión: tratamiento, participación y reparación de las víctimas en el derecho penal internacional	120
7 Conclusiones	122
Referencias	122
Agradecimientos	125

O SUBORNO TRANSNACIONAL COMO CRIME DE LESA HUMANIDADE: UMA ANÁLISE DA RESOLUÇÃO A/C.6/77/L.4 DA AGNU E A POSSÍVEL (IN) ADEQUAÇÃO AO ARTIGO 7º DO ESTATUTO DE ROMA 127

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro, João Glicério de Oliveira Filho e Leonardo Ribeiro Bacellar da Silva

1 Introdução	128
2 A corrupção como fenômeno e a criminalização de sua prática no âmbito internacional e doméstico	129

3 A corrupção como crime contra a humanidade e a Resolução A/C.6/77/L.4 da AGNU	133
4 A competência do Tribunal Penal Internacional para julgamento do suborno transnacional como crime de lesa humanidade e a tipificação do artigo 7º do Estatuto de Roma	137
4.1 A possível configuração do suborno transnacional como crime contra a humanidade	137
4.1.1 Os crimes contra a humanidade no Estatuto de Roma	137
4.1.2 Os limites da corrupção como lesa humanidade.....	138
4.2 A problemática envolvendo o domínio do fato e o elemento subjetivo no crime contra a humanidade: os antecedentes no caso Blaskic do Tribunal Penal da ex-Iugoslávia.....	139
5 Considerações finais	141
Referências.....	142

OUTROS ARTIGOS 146

O DISCURSO DA PAZ PERPÉTUA DO PADRE ANTÔNIO VIEIRA 148

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

1 Introdução.....	149
2 Do que se trata o Quinto Império?.....	150
3 Os justos títulos do poder político no Reino Consumado de Cristo.....	153
3.1 A realeza temporal de Cristo e o título da eleição universal na escolástica ibérica	156
4 A paz no Quinto Império.....	160
5 Considerações finais	166
Referências.....	167

TRANSPARENCIA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UNA REVISIÓN DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES..... 170

Lorayne Finol Romero e Ivette Esis Villarroel

1 Introduccion.....	171
2 La inteligencia artificial desde una perspectiva conceptual	173
2.1 Automatización de decisiones de la administración pública	176
2.2 Desafíos asociados a los sistemas de inteligencia artificial.....	179
3 Estándares soft law para la gobernanza con IA	181
3.1 Comparación de estándares de IA en el ámbito internacional.....	182
4 Una necesaria armonización de estándares	185
4.1 Contextualización de principios para la regulación de algoritmos de IA	187
5 Conclusiones	188
Referencias.....	189

**LEGAL IMPLICATIONS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN OUTER SPACE ACTIVITIES AND EXPLO-
RATIONS 195**

Ivneet Kaur Walia

1 Introduction	196
2 Notion of Artificial Intelligence as a ‘Legal Person’.....	197
3 Involvement, Interaction and Impact of Artificial Intelligence in Space Activities	197
4 Future use of Artificial Intelligence in Space Activities.....	198
5 Provisions under International Space Law.....	199
6 Notion of Liability	200
7 Notion of ‘Space Object’	200
8 Notion of Data Privacy and Human Rights	201
9 Need for International Legal Framework Converging Artificial Intelligence into Space Activities.....	201
10 A bottom-up approach for regulating AI based Space Activities	202
11 Forthcoming Domestic Discussions and Regulations about Artificial Intelligence.....	203
12 Conclusion.....	203
References.....	204

**DESAFIOS JURÍDICOS E CONTROVÉRSIAS EM TORNO DE NAUFRÁGIOS DE NAVIOS DE ESTADO: O CASO
DO GALEÃO SAN JOSÉ..... 207**

Alexandre Pereira da Silva

1 Introdução	208
2 O regime jurídico do patrimônio cultural subaquático na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e na Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático	209
2.1 A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e os “objetos de caráter arqueológico e históri- co”	209
2.2 A Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático	211
3 Naufrágios de navios de estado: imunidade de jurisdição e o vínculo entre o navio e sua carga ..	214
3.1 A imunidade de jurisdição de navios de estado na CNUDM e na CPPCS	214
3.2 Imunidade de jurisdição e os precedentes do La Galga, Juno e Nuestra Señora de las Mercedes	216
3.3 O vínculo entre o navio de estado naufragado e sua carga	217
4 O naufrágio do Galeão San José e os interesses dos estados e povos de origem cultural, histórica e arqueológica.....	219
4.1 O naufrágio do Galeão San José e a disputa entre a Colômbia e a Sea Search-Armada	219
4.2 A carga do Galeão San José e os interesses do Peru e da Bolívia: sucessão de estados.....	222
4.3 A carga do Galeão San José e os interesses dos povos originários Andinos	223
5 Considerações finais	225
Referências.....	226

NORMAS EDITORIAIS.....	230
Envio dos trabalhos:.....	231
www.rdi.uniceub.br.....	232

**INTERNATIONAL CRIMINAL COURT:
25 YEARS**

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

“Urbicídio” e preservação do patrimônio cultural da humanidade: solução para adaptação do Direito Internacional Humanitário à urbanização da guerra?

“Urbicide” and the preservation of the cultural heritage of humanity: a solution to adapt International Humanitarian Law to the urbanization of war?

Juliette Robichez

VOLUME 21 • N. 1 • 2024
INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: 25 YEARS

“Urbicídio” e preservação do patrimônio cultural da humanidade: solução para adaptação do Direito Internacional Humanitário à urbanização da guerra?*

“Urbicide” and the preservation of the cultural heritage of humanity: a solution to adapt International Humanitarian Law to the urbanization of war?

Juliette Robichez**

“Não contentes em atacar a Bélgica viva, vocês fazem guerra aos mortos... Vocês bombardeiam Mechelen, vocês queimam Rubens. Louvain nada mais é do que um monte de cinzas, – Louvain com os seus tesouros de arte e ciência, a cidade santa! É a herança da humanidade. Você é, como todos nós, seus guardiões”.

Romain Rolland.

Resumo

Há, atualmente, vários julgamentos de tribunais internacionais condenando carrascos por terem cometido crimes de lesa-patrimônio da humanidade. No entanto, segundo uma corrente doutrinária, precisa-se tornar a luta contra a devastação dos bens culturais uma prioridade diante do novo fenômeno que é a urbanização das guerras. Os conflitos armados atuais, em vários países, revitalizam um novo conceito, o de *urbicídio*, que apareceu nos anos 1990 com o conflito na ex-Iugoslávia. Neste artigo, inicia-se uma reflexão crítica sobre a proposta doutrinária de promover um novo crime, que consiste em destruir, deliberadamente, uma cidade e, conseqüentemente, seu patrimônio, ao patamar mais elevado das infrações internacionais, para oferecer uma tutela mais eficaz aos bens culturais. Na perspectiva de descobrir como o conceito “urbicídio” surgiu e de defini-lo, realizou-se uma pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental, com enfoque na literatura estrangeira e interdisciplinar, baseada em procedimentos metodológicos comparativos e históricos. Com base neste estudo preliminar, ressaltaram-se as vantagens do novo conceito em comparação com as outras infrações internacionais e destacadas as vicissitudes que criam potenciais obstáculos à sua posteridade, como novo crime no rol do Estatuto de Roma.

Palavras-chave: direito internacional humanitário; genocídio; patrimônio cultural da humanidade; Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais; UNESCO; urbanização da guerra; urbicídio.

* Recebido em 15/08/2024
Aprovado em 20/08/2024

** Francesa e residente permanente no Brasil desde 2000, fez toda sua formação acadêmica na Universidade Paris 1 Panthéon-Sorbonne (França): graduação mestrados e doutorado em Direito. Leciona atualmente na Bahia, em graduação e pós-graduação, as disciplinas Direito Internacional Público e Privado e Direitos Humanos. É presidente da Comissão de Direito Internacional do Instituto dos Advogados da Bahia (CDI-IAB) que organiza anualmente o Congresso Virtual de Direito Internacional e de Relações Internacionais (CODIRI). Um dos seus temas de predileção de pesquisa e publicação é, além da justiça penal internacional, a contribuição dos tribunais cidadãos ao Direito Internacional.

E-mail: julietterobichez@yahoo.fr

Abstract

There are currently several international court judgments convicting executioners of crimes against humanity’s heritage. However, according to one doctrinal school, the fight against the devastation of cultural assets must be made a priority in view of the new phenomenon of urbanization of wars. Current armed conflicts around the world are revitalizing a new concept, that of urbicide, which emerged in the 1990s with the conflict in the former Yugoslavia. This article aims to initiate a critical reflection on the doctrinal proposal to promote a new crime, which consists of deliberately destroying a city and consequently its heritage, to the highest level of international offenses, in order to offer more effective protection to cultural assets. In order to discover how the concept of “urbicide” emerged and to define it, a qualitative, bibliographical and documentary research was carried out, focusing on foreign and interdisciplinary literature, based on comparative and historical methodological procedures. Based on this preliminary study, the advantages of the new concept were highlighted in comparison with other international offences and the vicissitudes that create potential obstacles to its posterity, as a new crime in the list of the Rome Statute, were highlighted.

Keywords: cultural world heritage; genocide; international humanitarian law; Protocol Additional I to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts; UNESCO; urbanization of war; urbicide.

1 Introdução

Nos anos 2023 e 2024, as enchentes que assolaram várias cidades do Rio Grande do Sul, e em particular sua rica capital Porto Alegre, tiveram, além das perdas de vidas e das infraestruturas, consequências desastrosas para seu patrimônio cultural e arquitetônico. Essas “catástrofes culturais”, usando a expressão de uma professora especialista da história da arte¹, espantam e entristecem tanto os habitantes do local atingido quanto o planeta que assiste impotente, hoje ao vivo, ao arrasamento de uma cidade ou de uma parte dela. Esse sen-

timento de indignação na opinião pública se acentua e suscita uma comoção quando a destruição da cidade e de toda sua interface histórico-cultural é o fruto de um ato deliberado, como acontece nos tempos de guerras. Nesse contexto, os bens civis, nos quais os culturais, por definição únicos e insubstituíveis, em violação do Direito Internacional Humanitário, se tornam objetivo prioritário dos beligerantes. Guernica, durante a Guerra civil espanhola, Dresden e Varsóvia durante a Segunda Guerra Mundial ou, mais recentemente, Sarajevo, Grozny, Beirute, Homs, Aleppo, Mariupol, Bucha, Odessa e Gaza são exemplos de cidades cujos nomes ficaram, ficam e ficarão na posteridade, não por serem berços da humanidade, mas por, infelizmente, terem sido completamente destruídas durante um conflito armado, por terem sido “cidades martírio”². Local de concentração da população, nó logístico, centro industrial, econômico, político e cultural³, a *polis* se torna cada vez mais um alvo militar, o teatro e fulcro dos combates⁴.

Em março de 2022, uma foto foi tirada pelas autoridades ucranianas em Odessa, a “Pérola do Mar Negro”, em que a escultura de Czarina Ekaterina II, fundadora da cidade portuária, foi inteiramente coberta pela população local com sacos de areia para protegê-la em caso de um previsível ataque russo que ocorreria meses depois⁵. Os cinéfilos conhecem essa estátua: na película clássica de 1925, *O Encouraçado Potemkin* do diretor soviético Serguei Eisenstein, a obra de arte aparece no topo da majestosa escadaria onde foi gravada a cena icônica da queda interminável em câmera lenta do carrinho do bebê largado pela mãe atingida por uma bala durante a repressão do motim. Essa proteção irrisória e vã, diante da alta potência destruidora das bombas largadas pelo

² Expressão usada desde a 1ª Guerra Mundial. DETRY, Nicolas. Le patrimoine martyr, résurrection des monuments historiques en Europe après 1945. *Cahiers de la Recherche Architecturale et Urbaine*, Paris, n. 30/31, p. 67, 2014.

³ LUKE, Timothy W. Everyday technics as extraordinary threats: urban technostutures and non-places in terrorist actions. In: GRAHAM, Stephen (ed.). *Cities, war, and terrorism: towards urban geopolitics*. Victoria: Blackwell Publishing, 2004. p. 120.

⁴ COWARD, Martin. *Urbicide: the politics of urban destruction*. New York: Routledge, 2009. Disponível em: <https://urbanisticaeretica.wordpress.com/wp-content/uploads/2015/10/2009-urbicide-the-politics-of-urban-destruction-martin-coward.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2024.

⁵ UNESCO. *Odesa*: PUNESCO condamne fermement les attaques répétées contre le patrimoine culturel dont certains sites du patrimoine mondial. 2023. Disponível em: <https://www.unesco.org/fr/articles/odesa-lunesco-condamne-fermement-les-attaques-repetees-contre-le-patrimoine-culturel-dont-certains>. Acesso em: 26 jul. 2024.

¹ SARTRE-FAURIAT, Annie. Proche-Orient: patrimoines en grand danger. *Anabases*, Toulouse, n. 23, p. 139, 2016.

exército russo, demonstra, todavia, o quanto um povo é desesperadamente apegado ao que estampa a história, a memória, a cultura, a identidade da humanidade — em resumo, a sua dignidade: a cidade. Outra imagem emblemática do apego visceral da população a sua cidade e a seus monumentos é a do violoncelista Vedran Smailovic, tocando entre os escombros da arruinada biblioteca de Sarajevo, a Vijećnica, poucos dias após o incêndio criminoso de 1992, cometido pelas milícias sérvias.

Essa visão idealizada da cidade parece refletir a difundida por Thomas More, na sua obra *Utopia* (1516). O humanista inglês do Renascimento alojou, justamente, os habitantes, os utópicos, do “lugar inexistente” em cidades que ele inventou. Para ele, o espaço urbano é o lugar alto da cultura e da civilidade (tema caro ao amigo Erasmo), e deseja, ardentemente, que os utópicos se tornem cultos e, portanto, que tenham acesso a bibliotecas e salas de espetáculos ou conferências.

A sociedade internacional, em particular sua componente civil, vítima dos atos intencionais de tentativa de aniquilamento da sua cultura, mobiliza-se para despertar a consciência dos representantes dos Estados a respeito da gravidade da situação e refletir sobre como reagir de maneira eficaz para prevenir o desmoronamento do patrimônio, e sobretudo punir os que cometeram infrações contra a herança cultural do gênero humano. No novo fenômeno de urbanização da guerra, quando a cidade é alvo de bombardeios indiscriminados, esse patrimônio se torna ainda mais exposto e frágil. Já houve várias iniciativas no campo jurídico que merecem atenção. O Direito Internacional Humanitário (DIH), conjunto de regras que visa “humanizar” os conflitos armados e proteger as pessoas afetadas, foi pioneiro em criar um arsenal normativo rematado, visando preservar os bens culturais em tempo de guerra⁶. Todavia, além do artigo 51 do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais⁷, que proíbe

⁶ Ver evolução histórica do direito da proteção do patrimônio. In: ROBICHEZ, Juliette. A destruição do patrimônio cultural da humanidade como instrumento de aniquilamento da dignidade da pessoa humana: a gênese da proteção jurídica do patrimônio cultural da humanidade. *Diálogos possíveis*, Salvador, v. 14, p. 96, 2015. ROBICHEZ, Juliette. A proteção do patrimônio histórico-cultural da humanidade e a crise do direito internacional. In: MENEZES, Wagner; ANUNCIACÃO, Clodoaldo S. da; VIEIRA, Gustavo M. (org.). *Direito internacional em expansão*. Belo Horizonte, 2015. p. 122.

⁷ CICV. *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, 8 June 1977. 1978. Disponível em: <https://ihl-databases>.

considerar uma cidade como um objetivo militar único, não há normas específicas às áreas urbanas. O uso de armas explosivas nessas áreas, mesmo que não seja proibido, expressamente, é constantemente denunciado pela sociedade civil por provocar danos incomensuráveis⁸ e chocar com os dois princípios cardinais do “Direito de Genebra”: i) o da distinção que visa proteger as populações e os bens civis, interditando “ataques indiscriminados”, quer dizer “aqueles que empregam métodos ou meios de combate que não se podem dirigir contra um objetivo militar específico” (Art. 51, §4 do Protocolo I) e ii) o da proporcionalidade, que proíbe ataques cujos prejuízos esperados seriam excessivos em relação com a vantagem militar obtida (art. 51, §5b).

A fundação da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), depois da 2ª Guerra Mundial — evento histórico, um símbolo diante do vandalismo, a pilhagem e a destruição em grande escala de cidades históricas —, constituiu, também, um grande avanço para a concretização dos instrumentos internacionais existentes, a elaboração de novos diplomas legais e a extensão da proteção dos bens culturais e naturais. Essa organização de cunho universal elaborou, em 1972, por exemplo, a lista do patrimônio mundial, que está em constante atualização. Assim, foram inventariados, como “bens culturais” dignos de preservação, quer dizer “sítios excepcionais que comprovam a coexistência do ser humano e da terra, das interações entre os seres humanos, da coexistência cultural, da espiritualidade e da expressão criativa”, vários “centros históricos” ou “velhas cidades” e cidades inteiras, entendidas como “entidades geográficas e históricas”, como Paris, na França, ou Rio de Janeiro, no Bra-

[icrc.org/pt/ihl-treaties/api-1977](https://www.icrc.org/pt/ihl-treaties/api-1977).

⁸ CICR. *International humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts*. Genebra, 2011. p. 41. V. também: ACTIONS ON ARMED VIOLENCE. *Explosive truths: monitoring explosive violence in 2016*. Londres: Actions on Armed Violence, 2017. Disponível em: <https://aoav.org.uk/wp-content/uploads/2017/05/AOAV-Explosive-Monitor-2017v9.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2024. p. 17: os prejuízos causados em zonas densamente povoadas mata em média 28 pessoas, nas quais 90% de civis, contra somente três em zona não povoada. Adde EXPLOSIVE weapons with wide area effects and risk to civilians. *Article36 and Pax*, [S. l.], fev. 2020. Disponível em: <https://www.inew.org/wp-content/uploads/2020/02/Wide-area-effects-1.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2024. - KHATIB, Rasha; MCKEE, Martin; YUSUF, Salim. Counting the dead in Gaza: difficult but essential. *The Lancet*, [S. l.], 5 jul. 2024. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(24\)01169-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(24)01169-3/fulltext). Acesso em: 26 jul. 2024.

sil⁹. As jurisdições penais internacionais que surgiram depois da queda do Muro de Berlim — inspiradas pelos Tribunais *ad hoc* de Nuremberg e Tóquio de 1945, que julgaram os crimes nazistas e japoneses — efetivaram os diplomas internacionais que visavam à conservação dos bens culturais. Há, atualmente, vários julgamentos condenando carrascos por terem cometido crimes de guerra ou crimes contra a humanidade ao deliberadamente destruírem o patrimônio da humanidade¹⁰. No entanto, esses avanços merecem, segundo uma corrente doutrinária, ser aperfeiçoados para tornar a luta contra a devastação dos bens culturais uma prioridade diante do novo fenômeno que é a urbanização dos conflitos armados. Os conflitos atuais ao redor do mundo, em particular os que castigam a Ucrânia e a Palestina, revitalizam um novo conceito, o de *urbicídio*, que surgiu nos anos 1990 com o conflito na ex-Iugoslávia e que é cada dia mais citado na mídia nacional e internacional¹¹.

Composto pela raiz latina *urbs* (a cidade) e pelo sufixo *cide* (matar), o urbicídio não designa, apenas, a destruição material de uma cidade durante um conflito, mas também o assassinato daquilo que os geógrafos chamam de urbanidade, ou seja, a essência do urbano, o laço social. Essa essência é, muitas vezes, definida pela densidade (a cidade é o local de elevada concentração humana) e pelo cosmopolitismo (a cidade é o local de encontro de populações com identidades plurais). Consequentemente, derrubar a urbanidade significa atacar, metodicamente, o que permite ou simboliza a convivência específica do ambiente urbano.

⁹ UNESCO. *Stratégie globale*. 2015. Disponível em: <https://whc.unesco.org/fr/strategieglobale/>. Acesso em: 26 jul. 2024.

¹⁰ ROBICHEZ, Juliette. A destruição deliberada do patrimônio cultural da humanidade: “crime de guerra” ou “crime contra a humanidade”? *Revista de Direito Internacional*, Fortaleza, v. 17, n. 3, p. 357, 2020. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/6591>. Acesso em: 26 jul. 2024. Dossiê temático: Direito da arte e do patrimônio cultural, p. 357.

¹¹ Por exemplo, SALHANI, Justin. Genocide, urbicide, domicide: how to talk about Israel’s war on Gaza. *Aljazeera*, [S. l.], jul. 2024. Disponível em: <https://www.aljazeera.com/news/2024/7/3/genocide-urbicide-domicide-how-to-talk-about-israels-war-on-gaza>. Acesso em: 25 jul. 2024. Adde AL-DAFFAIE, Yousif. Destruição de prédios históricos em Gaza é “urbicídio”, afirma pesquisador. *Galileo*, [S. l.], fev. 2024. Disponível em: <https://revistagalileo.globo.com/sociedade/noticia/2024/02/destruicao-de-predios-historicos-em-gaza-e-urbicidio-afirma-pesquisador.ghtml>. Acesso em: 25 jul. 2024. LEVY, Albert. L’urbicide em Ukraine, um crime contre l’humanité? *Liberation*, Paris, abr. 2022. Disponível em: https://www.liberation.fr/idees-et-debats/tribunes/lurbicide-en-ukraine-un-crime-contre-lhumanite-20220425_WOZ5QSAVB5GTFJSTR2VSW4MUSY/. Acesso em: 26 jul. 2024.

O tema da destruição do espaço urbano físico e de toda sua interface cultural foi inicialmente explorado pelos arquitetos. Atualmente, no campo acadêmico, é essencialmente investigado pelos geógrafos que se apropriam do conceito de urbicídio como “um instrumento de análise da violência política, propagada no espaço urbano, com o objetivo de destruir as condições de existência e reprodução no espaço de um determinado grupo”¹².

O nosso vocabulário expande-se e adapta-se à medida que surgem questões políticas e sociais e novos desafios se impõem à ciência e à tecnologia. A tarefa do jurista é também de questionar a relevância de um novo crime no leque das infrações internacionais já existentes e listadas no Estatuto de Roma de 1998 que implantou o Tribunal Penal Internacional (TPI) permanente para compreender plenamente as nuances e as expectativas de um mundo em transformação.

Busca-se, neste artigo, iniciar uma reflexão sobre a proposta doutrinária de promover um novo crime, que consiste em destruir, deliberadamente, uma cidade e, conseqüentemente, seu patrimônio, ao patamar mais elevado das infrações internacionais, para oferecer uma tutela mais eficaz aos bens culturais. Alguns jurisinternacionalistas sugerem não mais se contentar em apenas incluir a ruína do patrimônio cultural como elemento de um dos crimes internacionais elencado no Estatuto de Roma; militam em prol da concepção de um crime *sui generis*, o “urbicídio”. Essa proposta merece ser apresentada e analisada de maneira crítica. Na perspectiva de descobrir como o conceito “urbicídio” surgiu e de defini-lo (cap. 1), realizou-se uma pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental, com enfoque na literatura estrangeira e interdisciplinar (arquitetura, geografia, sociologia e relações internacionais), baseada em procedimentos metodológicos comparativos e históricos. Com base nesse estudo preliminar, iniciou-se um exame crítico desse novo conceito sob o prisma jurídico: ressaltaram-se suas vantagens em comparação com as outras infrações internacionais e destacaram-se as vicissitudes que criam potenciais obstáculos à sua posteridade, como novo crime no rol do Estatuto de Roma (cap. 2).

¹² MENDONÇA, Márcio José. Urbicídio: uma aproximação temática e conceitual com o Brasil. *Espaço Aberto*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 167, 2020.

2 Evolução histórica e definição do conceito “urbicídio”

Na Idade Média e até o século XVIII, a Guerra de Sítio foi fundamental. Porém, na época de Clausewitz e de Napoleão, as modalidades dos conflitos mudaram: refletiram o tempo do “levante em massa”¹³, das batalhas-flashes (relâmpagos) e, posteriormente, das grandes lutas sociais. O exército foi responsável por manter a ordem nas cidades, mas preferiu utilizar seus armamentos cada dia mais industrializados em palco de operação que permitia seu desdobramento longe da população civil, no campo. Os estrategistas da Primeira Guerra Mundial evitaram os combates urbanos. Na Segunda, as cidades se tornaram alvos simbólicos da guerra, em particular na Rússia, como Leningrado¹⁴. As operações contra centros urbanos alemães e japoneses, ao término do conflito, instigam o questionamento se a “guerra para a cidade” não se transformou doravante em “guerra na cidade”. A partir dos anos 80, a guerra se “urbanizou”, segundo a expressão de Jean-Louis Dufour¹⁵. Ao comentar os acontecimentos das últimas décadas em Sarajevo durante a guerra na ex-Iugoslávia, atacada das alturas rurais circundantes; em Aleppo, a capital da Chechênia, aniquilada pelos russos; ou nos territórios palestinos ocupados e arrasados pelos israelenses, observam-se, na literatura, tanto científica quanto jornalística, as expressões “assassinato contra a cidade” e “urbicídio”.

Antes de definir o complexo conceito, em gestação, de urbicídio (b), é necessário entender em que contexto histórico ele surgiu (a).

a) Evolução histórica do conceito “urbicídio”

O primeiro uso registrado da expressão “urbicídio” foi realizado na obra do prolífico autor britânico de ficção científica Michael Moorcock, na novela “Elric:

Dead God’s Homecoming”, publicada em 1963¹⁶. Autores norte-americanos de obediência marxista utilizaram, a partir da década dos anos 60, esse conceito para se referirem à reestruturação (ou destruição) urbana, como o Bronx em Nova York, que tinha como efeito operar uma reconversão agressiva sobre a experiência social urbana¹⁷. Mas, após os acontecimentos de Sarajevo, na década 1990, o neologismo contemplou outra realidade.

Um grupo de historiadores da arte, arquitetos e jornalistas¹⁸ manifestaram sua aflição com uma nova dimensão dos problemas humanitários: o aniquilamento da identidade do inimigo pela destruição deliberada dos seus monumentos, no sentido etimológico de “aquilo que faz lembrar”, e lugares de culto que acompanham os assassinatos, a fome, os sofrimentos e os êxodos. Cinco arquitetos que assistiram à assolação planejada da capital “martírio” da Bósnia-Herzegovina, em 1991 e 1992, decidiram testemunhar e alertar o mundo sobre os acontecimentos com uma exposição itinerante que eles batizaram “Warchitecture¹⁹ – Urbicide Sarajevo”²⁰. Foi apresentada, por exemplo, no Museu de Arte Moderna Contemporânea de Paris, no Centre Georges Pompidou, em 1994. A ONG francesa *Groupe, Reportage*

¹⁶ MOORCOCK, Michael. Dead God’s homecoming. *Science Fantasia*, [S. l.], n. 59, 1963. *apud* URBICÍDIO. 2024. Disponível em: <https://es.wikipedia.org/wiki/Urbanicidio>. Acesso em: 08 jul. 2024. Nesta obra, o protagonista Elric, imperador de Melniboné, abandona seu trono para viajar e assiste impotente à destruição do seu mundo para deixar seu lugar ao nosso.

¹⁷ Por exemplo: MARSHALL, Berman. Falling towers: city life after urbicide. In: CROW, Dennis. *Geography and identity*. Washington: Ed. Mazonneuve Press, 1996. p. 172.

¹⁸ Colóquio sobre as cidades destruídas nas guerras recentes, 31 jan. 1995, École d’architecture de Paris-La Défense, sob a iniciativa da revista *Urbanisme et da Associação Patrimônio sem Fronteiras*. V. EDELMANN, Frédéric. Comment réconcilier les villes martyres et leur histoire. *Le Monde*, Paris, fev. 1995. Disponível em: http://www.lemonde.fr/archives/article/1995/02/11/comment-rec-oncilier-les-villes-martyres-et-leur-histoire_3836761_1819218.html#mQ8aDPHigO6hDpLU99. Acesso em: 26 jul. 2024.

¹⁹ Neologismo elaborado a partir da palavra “war”, guerra e “architecture”, arquitetura em inglês.

²⁰ URBICIDE à Sarajevo: cinq architectes témoignent. In: GREES. *Blog Immersion à Sarajevo*. [S. l.], 2009. Disponível em: <https://grees2009.wordpress.com/nos-recherches/urbanisme/urbicide-a-sarajevo/>. Acesso em: 26 jul. 2024. Fato interessante, o neologismo “urbicídio” não foi traduzido em inglês na mídia nova-iorquina, o outro “warchitecture-Sarajevo”, associando a palavra “guerra” e “arquitetura”, foi privilegiado para falar de uma cidade “ferida” (“*A Wounded City*”). V. STOREFRONT FOR ART AND ARCHITECTURE. *Warchitecture-Sarajevo: a wounded city*. 1995. Disponível em: <http://storefrontnews.org/programming/warchitecture-sarajevo-a-wounded-city/>. Acesso em: 26 jul. 2024.

¹³ Definido no artigo 4, A, §6 da Terceira Convenção de Genebra. Termo francês para o alistamento durante as Guerras Revolucionárias francesas, particularmente a de 23 de agosto de 1793.

¹⁴ DUFOUR, Jean-Louis. *La guerre, la ville et le soldat*. Paris: Odile Jacob, 2002.

¹⁵ DUFOUR, Jean-Louis. Villes et combats urbains au XXe siècle. *Guerres mondiales et conflits contemporains*, Paris, n. 206, p. 95, 2002. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-guerres-mondiales-et-conflits-contemporains-2002-2-page-95.htm>. Acesso em: 26 jul. 2024. Sobre o fenômeno de urbanização da guerra *adde* GRAHAM, Stephen (ed.). *Cities, war, and terrorism: towards urban geopolitics*. Victoria: Blackwell Publishing, 2004.

Etudiants, Environnement, Sociétés – GREES, associada ao projeto precitado dos arquitetos Midhat Cesovic, Borislav Curic, Nasif Hasanbegovic, Darko Serfic e Sabahundin Spilja, explica o uso do neologismo na época:

Porque se o assassinato de um povo é chamado de genocídio, a destruição de uma cidade e o que está acontecendo em Sarajevo pode sim ser chamado de urbicídio. [...] O urbicídio é óbvio, e é isso que estão tentando mostrar estes cinco arquitetos reunidos na associação multiétnica de arquitetos da Bósnia-Herzegovina e Sarajevo Das-Sabih. [...] Esta é uma das realidades da guerra na Bósnia e, mais geralmente, na ex-Iugoslávia. Claro que esta não é a única, mas esta guerra é marcada, entre outros crimes, pelo desejo de destruir as cidades e o que elas representam, para melhor aniquilar o inimigo. Osijek, Vukovar, Zadar, Mostar, Sarajevo... a lista é longa. Os sérvios querem matar a cidade porque ela encarna a civilização, a multietnicidade, as trocas. E Sarajevo entre as cidades do mundo goza de um lugar especial: “Com Jerusalém, Sarajevo é a única cidade do mundo que mistura tantas culturas e religiões diferentes”, explica Midhat Cesovic. Em Sarajevo, há uma catedral católica ao lado de uma sinagoga, de uma grande mesquita e de uma igreja ortodoxa. É o ponto tripla do encontro entre três grandes placas da civilização: o cristianismo ortodoxo grego, o catolicismo e o islamismo.²¹

Portanto, o urbicídio equivale, muitas vezes, a privar uma cidade da sua identidade, de modo a destruir qualquer vínculo, qualquer sentimento de pertencimento comum às diversas populações que a compõem. Esse novo conceito foi rapidamente difundido nos discursos políticos e midiáticos. Permite analisar os novos métodos de limpeza étnica utilizados em regimes autoritários, a fim de anexar ou aumentar o seu controle sobre um território. “A execução” da identidade de uma cidade, da sua história, é, frequentemente, integrada em políticas de aniquilamento étnico ou religioso, como as levadas a cabo pelo DAESH (acrônimo árabe do Grupo do Estado Islâmico) contra os cristãos ou xiitas em Mossul²²,

²¹ UNE EXPOSITION sur Sarajevo au Centre Pompidou: les ruines d'une ville assiégée. *Le Monde*, Paris, maio 1994. Disponível em: https://www.lemonde.fr/archives/article/1994/05/03/une-exposition-sur-sarajevo-au-centre-pompidou-les-ruines-d-une-ville-assiégée_3829085_1819218.html#0D7axomAHhyy4uf.99. Acesso em: 26 jul. 2024. Tradução nossa.

²² Ver o mapa confeccionado pelo cartógrafo Dario Ingusto e publicado no relatório da agência ONU-Habitat para explicar a frenesia da organização terrorista em apagar o patrimônio histórico e cultural da cidade: https://geoconfluences.ens-lyon.fr/geoconfluences/images/carte-a-la-une/ingiusto/mossoul-destruction-ONU-2016-hd.jpg/image_view_fullscreen. Acesso em: 26 jul. 2024. INGIUSTO, Dario. Carte à la une: Mossoul, le patrimoine détruit d'une ville en guerre. *Géconfluences*, [S. l.], abr. 2017. Disponível em: [pelos sérvios contra os muçulmanos na Bósnia, pelos russos contra os ucranianos em Odessa, ou pelos israelenses contra os palestinos em Gaza e Cisjordânia.](https://geoconfluences.ens-lyon.fr/informations-scientifiques/a-la-une/carte-</p>
</div>
<div data-bbox=)

O conceito do urbicídio começou a ganhar fama em particular na fala do arquiteto e professor Bogdan Bogdanovic²³, um dos maiores oponentes ao regime ultranacionalista de Milosovic, acusado pelo Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia e antigo prefeito de Belgrado. Assim, após a mutilação da futura capital da Bósnia-Herzegovina, e diante da vergonhosa capitulação da comunidade internacional, o jornal francês *Le Monde*, em maio de 1994, interpelou a opinião pública nesses termos: “O urbicídio, o memoricídio, a limpeza étnica ficarão impunes? Nenhum tribunal internacional jamais julgará os perpetradores desses crimes contra a humanidade?”²⁴. Atualmente, várias obras científicas²⁵ fizeram eco a esse conceito que necessita ser definido juridicamente.

b) Definição jurídica do conceito de urbicídio

A repetição dos fatos de vandalismo intencional pelos beligerantes, mas também por grupos jihadistas de obediência islâmica — fúria guerreira que sempre existiu na história da humanidade, porém fenômeno novo, acompanhada por uma divulgação em grande escala como meio de propaganda e de terrorismo²⁶ —, levou uma parte da doutrina a pensar em adaptar o direito penal internacional à evolução dos modos de conflitos armados. Assim, à luz da criação do *genocídio* pela Convenção sobre a Prevenção de Repressão do Genocídio de 1948, das tentativas doutrinárias de positivar o “*ecocídio*” nos anos 60²⁷, o “*urbicídio*” emergiu na literatura científica nos anos 90, período ilustrado pelas guerras que ocorreram na ex-Iugoslávia.

O conceito de urbicídio entrou na posteridade recentemente, mesmo se não consta, ainda, nos dicio-

a-la-une/carte-a-la-une-ingiusto. Acesso em: 26 jul. 2024.

²³ BOGDANOVIC, Bogdan. *Vukovar, Sarajevo: la guerre en ex-Yougoslavie*. Paris: Ed. Esprit, 1993.

²⁴ LE MONDE. Pourquoi Sarajevo. *Le Monde*, Paris, maio 1994. Disponível em: https://www.lemonde.fr/archives/article/1994/05/27/pourquoi-sarajevo_3831279_1819218.html#:rUgtrD2dZmqhOEYS.99. Acesso em: 26 jul. 2024. Tradução nossa.

²⁵ Por ex.: MAZZUCHELLI, Francesco. *Urbicídio: Il senso dei luoghi tra distruzioni e ricostruzioni nelle ex Jugoslavia*. Bolonha: Bononia University Press, 2010.

²⁶ No seu sentido próprio de aterrorizar a população.

²⁷ CABANES, Valérie. *Un nouveau droit pour la terre*. Pour en finir avec l'écocide. Paris: Seuil, 2016.

nários consultados. O “Microsoft Word”, tampouco, reconhece esse termo, pois o sublinha em vermelho cada vez que aparece no texto. Não há, ainda, textos normativos consagrando o crime específico de *urbicídio*. A ideia, no patamar internacional, como vimos acima, surgiu após o ataque direto de 1993 contra a ponte de Mostar na Ex-Iugoslávia, alvo de bombardeios, posto que não representava nenhum caráter militar, não abrigava munições, não tinha nenhum valor castrense estratégico²⁸. A explosão em 2001 pelos talibãs fanáticos, dos budas monumentais de Bamiyan, estátuas de 38 e 55 metros esculpidas na montanha no século V, provocou a adoção de uma ação pela IV Comissão da UNESCO²⁹. Abalada pelo desaparecimento total de obras, fruto de uma extraordinária fusão artística de várias culturas que testemunhavam a riqueza cultural afegã, a organização internacional, sediada em Paris, convidou os Estados membros do Conselho de Segurança da ONU a lutar de maneira mais eficaz contra a demolição proposital dos tesouros da humanidade. Uma das recomendações foi conceber um novo crime internacional, o “crime contra o patrimônio comum da humanidade”, para facilitar a condenação pelos tribunais internacionais dos responsáveis por ações predatórias.

Não há dúvida de que a inclusão de um quinto crime internacional no rol do Estatuto de Roma — por enquanto, as infrações internacionais são: genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra e crime de agressão — promoveria a tutela do patrimônio cultural como uma nova grande prioridade da sociedade internacional, mas, como se verá mais adiante, há um risco de banalização das infrações internacionais. Outra proposta para tornar mais eficaz a aplicação das normas seria, segundo o mesmo documento, dar mais poder ao Diretor Geral da Unesco para informar ao Secretário Geral das Nações Unidas quando o patrimônio comum da humanidade for ameaçado de destruição intencional, a fim de que ele possa, por exemplo, propor medidas necessárias para proteger os bens histórico-artísticos. Sabe-se que somente o Conselho de Segurança goza de

legitimidade para adotar medidas militares, além das de natureza diplomática, política, econômica, no âmbito internacional. Somente em dezembro de 2012, o principal órgão das Nações Unidas referiu-se ao patrimônio da humanidade, na sua Resolução 2085 de 2012. Ele condenou, no conflito maliano (guerra civil que começou em 2012 com a insurreição de grupos salafistas jihadistas e independentistas denominados Azawad), as violações dos direitos humanos pelos grupos islâmicos radicais, assim como “a pilhagem, o roubo ou a destruição dos sítios culturais e religiosos”. Com certeza, essas organizações internacionais foram influenciadas pelas ideias difundidas pela sociedade civil internacional (intelectuais, ONGs, juristas etc.), preocupada com a urgência de salvar o patrimônio histórico-cultural em perigo.

O termo “urbicídio” foi fabricado seguindo o modelo do conceito de “genocídio” idealizado por Raphael Lemkin em 1944³⁰. Sua etimologia é límpida: do latim *urbs*, cidade e *caedere*, destruir, matar; “urbicídio” significa então destruição da cidade. Esse novo conceito designa uma realidade antiga³¹, quer dizer, as violências que visam à destruição da cidade, não na condição de objetivo estratégico, mas na condição de identidade urbana. Para retomar a expressão bastante eficaz de Paul Virilio³² — urbanista, sociólogo e filósofo francês que viveu os bombardeios da cidade de Nantes na sua infância, em 1943 —, a estratégia da nova guerra é uma estratégia anticidade. O espaço urbano tornou-se alvo não apenas por motivos estratégicos, mas sobretudo pelos significados que ele incorpora: identidade, valores sociais e culturais. O conceito compartilha com o de “genocídio” a ideia de purificação, limpeza étnica, aniquilamento. Porém, o primeiro não centra sua atenção

²⁸ COWARD, Martin. *Urbicide: the politics of urban destruction*. New York: Routledge, 2009. Disponível em: <https://urbanisticaeretica.wordpress.com/wp-content/uploads/2015/10/2009-urbicide-the-politics-of-urban-destruction-martin-coward.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2024. p. 1 e s.

²⁹ UNESCO. *Quatorzième assemblée générale des États parties à la Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel*. Paris, 2003. Disponível em: <http://whc.unesco.org/archive/2003/whc03-14ga-inf01f.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2024. p. 2.

³⁰ LEMKIN, Raphael. Chapter IX: genocide. In: LEMKIN, Raphael. *Axis Rule in Occupied Europe: laws of occupation, analysis of government, proposals for redress*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944. p. 79-95. Disponível em: http://www.academia.edu/5846019/Raphael_Lemkin_-_Axis_Rule_in_Occupied_Europe_Laws_of_Occupation_-_Analysis_of_Government_-_Proposals_for_Redress_Chapter_IX_Genocide_. Acesso em: 26 jul. 2024.

³¹ Pensamos em Troia sitiada e devastada pelos Gregos (1240 a.C.); a tomada de Cartago, cidade sediada no norte da África, originariamente colônia fenícia pelos Romanos que se espalharam pela cidade e semearam as terras de sal para que nada mais repele, como diz a lenda (146 a.C.); a tomada de Tenochtitlán (antigo México), capital dos Astecas, pelos Espanhóis (1521).

³² VIRILIO, Paul. *Stratégie de la déception: à partir du conflit au Kosovo, réflexion sur la stratégie militaire du contrôle et de désinformation tous azimuts*. Paris: Ed. Galilée, 2000.

sobre o ser humano como objeto direto da destruição, como o segundo o faz. A cidade constitui o símbolo do que é detestado: a *polis* encarna o lugar de civilização, o centro de poder a ser derrubado, o epicentro de encontros, de trocas entre as populações. Esse acordo entre populações de diferentes comunidades que forjam um modo de morar baseado no multiculturalismo ou cosmopolitismo, em valores sociais e culturais, torna-se um alvo para os beligerantes que buscam promover uma única identidade da sua comunidade e aniquilar os “geosímbolos”³³ — como uma ponte — do encontro entre as populações. A ideia seria terminar com o “komsiluk”, que significa, em turco, a boa vizinhança³⁴.

O urbicídio é um crime complexo: além de uma grade de análise que se refere somente aos fatores étnicos, religiosos e linguísticos, demonstra que os conflitos são também o fruto de lutas entre urbanos e rurais, entre dois modos de morar opostos, que não se entendem³⁵. O apagamento da cidade do mapa não visa, exclusivamente, como foi o caso durante toda a história da humanidade, ganhar a batalha ou a guerra e desmoralizar o inimigo³⁶; objetiva instaurar uma supremacia, também, cultural sobre o inimigo, o “Outro”. Se, na cidade, se concentram os poderes econômicos, os centros de informação, os locais estratégicos, há uma densidade populacional que a torna vulnerável; nela também são sediados os monumentos que refletem uma identidade, uma história, uma cultura a serem apagadas da memó-

ria. Enquanto espaços de poder político e de diversidade étnica, as cidades foram consideradas responsáveis pelo colapso da Iugoslávia pelos nacionalistas sérvios. Herdeiros das populações comerciais e funcionários públicos da Era da Dominação Turca (até 1878), assimilados a uma nacionalidade por Tito, os muçulmanos encarnaram aos olhos dos nacionalistas sérvios essa odiada cultura urbana, particularmente encarnada por Sarajevo³⁷.

Para comprovar um urbicídio, e não um simples ataque estratégico, será necessário comprovar que alguns locais e monumentos específicos são visados pelos bombardeios ou explosivos. O geógrafo Rémi Baudouï sublinhou, assim, como o incêndio intencional da biblioteca nacional e universitária de Sarajevo, em agosto de 1992, testemunhou, no plano simbólico, da raiva que animava os militares sérvios que planejaram acabar com a “cultura do Outro”³⁸. A ponte de Mostar, que ligava dois bairros étnicos diferentes, um bósnico e um croata, tornou-se alvo privilegiado também dos bombardeios sérvios.

Em fevereiro de 2024, o Alto Comissariado das Nações Unidas dos Direitos Humanos³⁹ documentou destruições e demolições generalizadas realizadas pelo exército israelense. As infraestruturas culturais e educacionais foram severamente afetadas, incluindo o Museu Nacional de Arqueologia de Gaza, que abrigou 3.000 artefatos valiosos pilhados pelos soldados de ocupação. As sete universidades localizadas no território palestino foram alvo das ações militares, entre outras instituições. A ocupação da Universidade Al-Israa por 70 dias e sua transformação em base militar e centro de detenção temporária dos inimigos pela administração israelense (segundo sua própria página *Facebook*) dificultarão a comprovação da narrativa do Tsahal e do seu aliado americano. Eles alegam que a gigantesca explosão causada por centenas de minas terrestres colocadas embaixo do edifício, numa área onde não havia mais combates, se deveu a infiltrados do Hamas, o que tornaria o alvo militarmente legítimo e proporcional de acordo com o Direito de Genebra. Essa folia letal irracional, esse

³³ TRATNJEK, Bénédicte. Des ponts entre les hommes: les paradoxes de géosymboles dans les villes en guerre. *Cafés géographiques*, [S. l.], dez. 2009. Disponível em: https://halshs.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/440892/filename/Des_ponts_entre_les_hommes.pdf. Acesso em: 26 jul. 2024. ADDE TRATNJEK, Bénédicte. La notion d’urbicide: exemples en ex-Yougoslavie. In: TRATNJEK, Bénédicte. *Blog Géographie de la ville en guerre*. [S. l.], 2008. Disponível em: <https://geographie-ville-en-guerre.blogspot.com/2008/10/la-notion-durbicide-dimensions.html>. Acesso em: 26 jul. 2024.

³⁴ O termo “komsiluk”, de origem turca, designa as relações de vizinhança no seu conjunto. Na Bósnia-Herzegovina, no contexto pluricomunitário bósnico, o termo abrangia um sistema de coexistência cotidiana entre as diferentes comunidades. Expressava-se essencialmente no trabalho, na vida hodierna, na associação na comemoração de todos aos eventos religiosos e familiares. BOUGAREL, Xavier. *Bosnie: anatomie d’un conflit*. Paris: La Découverte, 1996. p. 81.

³⁵ TRATNJEK, Bénédicte. La notion d’urbicide: exemples en ex-Yougoslavie. In: TRATNJEK, Bénédicte. *Blog Géographie de la ville en guerre*. [S. l.], 2008. Disponível em: <https://geographie-ville-en-guerre.blogspot.com/2008/10/la-notion-durbicide-dimensions.html>. Acesso em: 26 jul. 2024.

³⁶ Pensamos nos bombardeios de Paris e Londres na Primeira Guerra Mundial, de Guernica durante a guerra civil na Espanha ou Hiroshima e Nagasaki durante a Segunda Guerra Mundial.

³⁷ CHASLIN, François. *Une haine monumentale: essai sur la destruction des villes en ex-Yougoslavie*. Paris: Descartes & Cie, 1997. p. 44.

³⁸ BAUDOUÏ, Rémi. De la menace atomique aux conflits de “faible intensité”. L’emprise croissante de la guerre sur la ville. *Annales de la recherche urbaine*. dossier “Villes et guerres”, [S. l.], n. 91, 2001. pp. 31-32.

³⁹ L’ONU dénonce la destruction généralisée d’infrastructures civiles par l’armée israélienne à Gaza. *ONU info*, [S. l.], fev. 2024.

“assassinato ritual das cidades”, caracteriza também as exações dos grupos como os talibãs, Al Qaeda no Magrebe Islâmico – AQMI, Ançar Eddine e o Grupo Estado Islâmico (ISIS, segundo o acrônimo inglês). Ponto comum que se pode salientar à leitura dos discursos dos líderes dos beligerantes, ultranacionalistas ou jihadistas, que rejeitam a identidade do inimigo, é a necessidade de apagar as cidades consideradas “impuras”.

Destaca-se que, nos séculos XX e XXI, os beligerantes privilegiam o ataque do patrimônio do inimigo aos alvos políticos, econômicos ou militares estratégicos. Em razão da facilidade de derrubar e surrupiar os bens culturais? Ou em razão do forte simbolismo que as estátuas, museus, sítios arqueológicos, mausoléus ou manuscritos representam? Segundo François Chaslin, no seu livro intitulado de maneira sagaz: *Une haine monumentale*⁴⁰, a resposta é óbvia: “o conflito na ex-Iugoslávia expressa um *ódio ao monumento*, uma vontade de destruir tudo que participa de uma história comum”, “como se a cidade fosse a inimiga por permitir a coabitação de populações diferentes e valorizar o cosmopolitismo”.

Por essas razões, muitas vezes, os traços deixados pelos eventos de guerra nos tecidos urbanos estão carregados de fortes valores simbólicos e a fase de reconstrução torna-se um momento de reescrever a paisagem da memória da cidade. Os projetos de intervenções de restauração, reconstrução ou demolição pós-guerra são, nessa perspectiva, a expressão de narrativas coletivas que estabelecem uma relação cada vez mais diferente entre a cidade, o evento de guerra e sua memória⁴¹.

Em resumo, adota-se a definição do urbicídio de Bénédicte Tratnjek segundo a qual trata-se de um conjunto de “violências que visam a destruição de uma cidade não como objetivo estratégico, mas como objetivo identitário”⁴², a fim de negar a cultura do Outro.

⁴⁰ CHASLIN, François. *Une haine monumentale: essai sur la destruction des villes en ex-Yougoslavie*. Paris: Descartes & Cie, 1997. Tradução nossa. – V. também TRATNJEK, Bénédicte. La notion d’urbicide: exemples en ex-Yougoslavie. In: TRATNJEK, Bénédicte. *Blog Géographie de la ville en guerre*. [S. l.], 2008. Disponível em: <https://geographie-ville-en-guerre.blogspot.com/2008/10/la-notion-durbicide-dimensions.html>. Acesso em: 26 jul. 2024.

⁴¹ Uma das primeiras medidas adotadas pela população vítima desses atos bárbaros, imediatamente após a guerra ou os ataques acabados, foi de reconstruir a ponte de Mostar ou os mausoléus de Tombuctu, por exemplo. Vide DETRY, Nicolas. Le patrimoine martyr, résurrection des monuments historiques en Europe après 1945. *Cahiers de la Recherche Architecturale et Urbaine*, Paris, n. 30/31, p. 67, 2014.

⁴² TRATNJEK, Bénédicte. La notion d’urbicide: exemples en ex-

Uma vez contextualizado e definido, resta analisar, de maneira crítica, a contribuição do novo crime à teoria do direito penal internacional.

3 Vantagens e vicissitudes do novo conceito “urbicídio”

Destaca-se que a ocorrência “urbicide”, em inglês e francês, é ausente do vocabulário do TPI, porém aparece oito vezes no site oficial do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia – TPII⁴³, em particular em dois casos. No caso “Procurador V. Radovan karadzic e Ratko Mladic”, o termo surge na transcrição de um testemunho ouvido no dia 1º de julho de 1996⁴⁴:

Pergunta. Você acha que alguma das metas iniciais selecionadas teve valor simbólico para a cidade e para os cidadãos?

Resposta. É claro que quando a biblioteca nacional pegou fogo foi um grande choque. Quando o pavilhão, o recinto interior e exterior dos Jogos Olímpicos e o estádio do Kosovo foram atingidos, estes tiveram um valor simbólico e real. Depois, novamente as instalações comerciais, as instalações do governo e da Assembleia da Bósnia-Herzegovina, estiveram entre os primeiros alvos dos bombardeamentos. Quando o Instituto de Estudos Orientais e, além da Biblioteca Nacional, vários monumentos de valor histórico de Sarajevo foram incendiados, foi então que se desenvolveu a *palavra “urbicídio”*, ou seja, matança de monumentos, uma derivação da palavra “genocídio”.

No caso Procurador V. Prlic *et alii*, o vocábulo em estudo foi empregado, várias vezes, para se referir ao valor probatório de um documento intitulado “Urbicide of the city of Mostar 92” que levantava os ataques a alguns monumentos da cidade medieval da Bósnia-Herzegovina. Mas a jurisdição *ad hoc* não analisou os crimes em tela à luz de um “assassinato ritual das cidades”.

Yougoslavie. In: TRATNJEK, Bénédicte. *Blog Géographie de la ville en guerre*. [S. l.], 2008. Disponível em: <https://geographie-ville-en-guerre.blogspot.com/2008/10/la-notion-durbicide-dimensions.html>. Acesso em: 26 jul. 2024. Tradução nossa.

⁴³ COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Trying individuals for genocide, war crimes, crimes against humanity, and aggression*. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/search?site_search_fulltext=milosevic&sort_bef_combine=field_date_received_DESC. Acesso em: 26 jul. 2024.

⁴⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Case No. IT-95-18-R61. No. IT-95-5-R61*. Jul. 1996. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/mladic/trans/en/960701IT.htm>. Acesso em: 26 jul. 2024, p. 336. Grifo nosso. Tradução nossa.

Uma reflexão sobre o risco do surgimento de um novo crime, na Teoria do Direito (2.1), precede uma comparação entre os crimes preexistentes e o novo crime de urbicídio (2.2).

3.1 Efeitos nocivos da inflação normativa

Entende-se a intenção dos defensores da adoção de um novo crime internacional suscetível de tornar o TPI competente: conscientizar a comunidade internacional da extrema gravidade da pulverização da identidade de uma população por meio de seu patrimônio; insistir, também, sobre o efeito proflático da consagração de um crime ao acentuar, dramatizar esse caráter grave de todos os atos predatórios para acabar com essas atrocidades. Porém, não se podem negar as vicissitudes próprias que surgem quando se forja um novo conceito. Como delimitar, precisamente, as fronteiras deste crime em gestação? Como atender melhor o Princípio de Legalidade? Esse crime pode, realmente, ser considerado um crime internacional capaz de fundar a competência da jurisdição criminal internacional? Não é redundante com os outros crimes internacionais? De modo geral, quais são os critérios para avaliar a relevância da constituição de novos crimes internacionais? Sem pretensão de exaustividade, podem-se citar as propostas recentes de criação de infrações relativas à proteção dos indivíduos e dos povos (escravidão, apartheid, discriminação racial, tortura, etnocídio, politicídio, classicídio⁴⁵...), as relativas aos espaços e ao meio ambiente (ecocídio, pirataria, poluição, espaciocídio⁴⁶...), as relativas à proteção do Estado, das organizações internacionais e de seus agentes (atos de terrorismo⁴⁷...) ou as relativas

⁴⁵ MANN, Michael. *Murderous ethnic cleansing*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

⁴⁶ HANAFI, Sari. Spatiocide, réfugiés, crise de l’Etat-nation. *Multitudes*, Paris, n. 18, p. 187, 2004. Disponível em: http://www.cairn.info/article_p.php?ID_ARTICLE=MULT_018_0187. Acesso em: 26 jul. 2024. – LEVY, Jacques. Topologie furtive. *Espacestems.net*, 2008. Disponível em: <http://www.espacestems.net/articles/topologie-furtive/>. Acesso em: 26 jul. 2024. Esses autores demonstram que o espaço é um recurso usado pelo Estado israelense para impedir a construção estatal palestina: as políticas de expropriações gerais das terras, deslocamento ou expulsão maciça dos habitantes; o assentamento consistente, exaustivo e definitivo por colonos visa a romper a continuidade territorial, a suprir a relação entre Palestino e seu território.

⁴⁷ ROBICHEZ, Juliette; SPÍNOLA, Luíza M. C. A complexa definição de ato terrorista como crime contra a humanidade. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 65, n. 2, p. 149, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/69797/41512>. Acesso em: 26 jul. 2024. V. Também:

às trocas internacionais (tráfico de entorpecentes, luta contra a corrupção internacional ou contra os paraísos fiscais...), as econômicas e financeiras⁴⁸ etc.⁴⁹. Recentemente, o bombardeio sistemático pelo exército israelense das universidades, bibliotecas e escolas, inclusive as da UNICEF, na Faixa de Gaza, foi denunciado por um grupo de 25 *experts* da ONU como um “scholacídio”, novo termo que visa à “obliteração sistêmica da educação por meio da prisão, detenção ou assassinato de professores, alunos e funcionários, e a destruição da infraestrutura educacional”, crime que tem a particularidade de derrubar “esperanças e sonhos”⁵⁰. Essas infrações legítimas e dignas de atenção não contribuem para inflação normativa criminal? Esse crescimento exagerado não tem o risco de banalizar o crime internacional, de diluir seu impacto e finalmente tornar a luta contra a impunidade ineficaz?

Ao acolher essas propostas, chega-se a uma hipótese de “non-droit”, quer dizer, a hipótese extrema da inefetividade do direito, que seria a “ausência de direito em um determinado número de relações humanas onde a lei tinha a vocação teórica de estar presente”⁵¹, descrita pelo renomado sociólogo de direito francês Jean Carbonnier, no meio do século passado. Tanto a escassez de direito quanto sua proliferação podem aniquilar ele mesmo, “como a serpente que se devora pela cauda. Em um imenso número de casos, ele devora fenômenos legais, neutraliza sua juricidade”⁵². Essa neutralização

MOLINS, François. *Actes de terrorisme: nouveaux crimes contre l’humanité ? 70 ans après Nuremberg. Juger le crime contre l’humanité*. Paris: Colloque à la Cour de cassation, 2016. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/IMG/F%20Molins%20-%20Actes%20de%20terrorisme%20-%20nouveaux%20crimes%20contre%20l%20humanit%C3%A9%20-%2070%20ans%20apr%C3%A8s%20Nuremberg%20-%20Juger%20le%20crime%20contre%20l%20humanit%C3%A9.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2024.

⁴⁸ MUNIZ, Lucas Maia Carvalho. *A tutela dos crimes contra o sistema financeiro nacional no Tribunal Penal Internacional*. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade Ruy Barbosa, Salvador, 2013..

⁴⁹ Para maiores desenvolvimentos V. ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit international pénal*. 2. ed. Paris: A. Pedone, 2012. p. 183 e s.

⁵⁰ ALTO COMISSARIADO DOS DIREITOS HUMANOS DA ONU. *UN experts deeply concerned over ‘scholasticide’ in Gaza*. 2024. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2024/04/un-experts-deeply-concerned-over-scholasticide-gaza>. Acesso em: 28 jul. 2024. Tradução nossa.

⁵¹ CARBONNIER, Jean. *Flexible droit*: pour une sociologie du droit sans rigueur. 7. ed. Paris: LGDJ, 1992. p. 23 e s. Tradução nossa.

⁵² CARBONNIER, Jean. *Flexible droit*: pour une sociologie du droit sans rigueur. 7. ed. Paris: LGDJ, 1992. p. 23 e s. Tradução nossa.

pela banalização⁵³ já foi debatida e denunciada a respeito da qualificação quase sistemática dos massacres de população em crime de genocídio (como foi feito para caracterizar os crimes na ex-Iugoslávia nos anos 90, no Darfur no Sudão, na Palestina desde os anos 2000 ou da juventude negra brasileira, atualmente).

Em resumo: positivar o crime de “urbicídio” seria o meio ruim para alcançar um bom objetivo? Precisa-se trivializar os crimes internacionais para “enobrecer” a destruição em massa do patrimônio da humanidade que assola atualmente várias cidades do mundo, vítimas da ação de grupos obscurantistas ou de Estados, visando nelas impor sua hegemonia? Essas questões merecem uma reflexão aprofundada para conciliar de maneira satisfatória a efetividade jurídica e a luta contra a impunidade.

Uma vez levantado o risco ligado à criação de um novo crime internacional, pode-se questionar a sua relevância em comparação com os crimes consagrados pelo Estatuto de Roma.

3.2 Comparação do crime de urbicídio com os crimes internacionais

O vandalismo dos bens religiosos e culturais do *inimigo* é tão antigo quanto as noções de guerra e invasão, como retratou Hugo Grotius, fundador do direito internacional, na sua obra monumental *De jure belli ac Pacis*, publicada no século XVII⁵⁴. Porém, ao longo dos tempos, as sociedades evoluíram e houve um movimento para humanizar, quer dizer, normatizar os conflitos armados. Assim, a noção de *guerra justa* foi criada para oferecer uma melhor proteção à população civil, aos prisioneiros, mas também ao patrimônio natural e cultural dos povos envolvidos. Vários instrumentos internacionais emergiram para limitar os direitos dos beligerantes em relação aos bens históricos, religiosos e/ou culturais⁵⁵. Mais recentemente, o crime contra o patrimônio

cultural da humanidade surgiu na jurisprudência das jurisdições internacionais e está ainda em processo de construção. Para os comportamentos gravemente atentatórios aos bens culturais, essa infração se situaria no ápice da hierarquia das incriminações penais. Do ponto de vista dos seus valores, sua aproximação com as infrações internacionais poderia ser explicada pelo vínculo da noção de patrimônio cultural comum à humanidade com a noção de proteção da dignidade da pessoa humana. Atualmente, há um consenso com o propósito de reconhecer que ataques contra os bens culturais do inimigo, à semelhança da dizimação da população, são perniciosos, pois ferem diretamente a essência da identidade da pessoa humana. Os atentados contra os bens culturais, não importando a que povo eles pertencem, são equiparados a atentados ao patrimônio da humanidade, já que cada povo presta contribuição à cultura mundial. Consequentemente, a conservação do patrimônio cultural apresenta uma grande importância para todas as civilizações do planeta e merece tutela, tanto no âmbito nacional quanto no internacional, das autoridades públicas⁵⁶. Esses crimes de “lesa civilização” que monopolizam atualmente os holofotes da mídia, desafiam as nações e a sociedade internacional que tentam reagir. Diante das tragédias que ocorreram recentemente — e ocorrem ainda —, a nova jurisdição penal transnacional tomou a medida da gravidade da situação.

A seguir examinam-se, em primeiro lugar, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade (a) e, em segundo lugar, “o crime dos crimes”, o genocídio (b).

ritiba, v. 14, n. 14, p. 196, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/381/338>. Acesso em: 16 ago. 2019. p. 196. ROBICHEZ, Juliette. A proteção do patrimônio histórico-cultural da humanidade e a crise do direito internacional. In: MENEZES, Wagner; ANUNCIACÃO, Clodoaldo S. da; VIEIRA, Gustavo M. (org.). *Direito internacional em expansão*, Belo Horizonte, 2015. p. 122.

⁵⁶ EAGEN, S. Preserving cultural property: our public duty: a look at how and why we must create international laws that support international action. *Pace Int'l L. Rev.*, [S. l.], v. 13, n. 2, p. 409, 2001. Disponível em: <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol13/iss2/7>. Acesso em: 26 jul. 2024. Adde MARTINEZ, Jean-Luc. *Cinquante propositions françaises pour protéger le patrimoine de l'humanité*. Rapport au président de la république sur la protection du patrimoine en situation de conflit armé. 2015. Disponível em: <http://www.culture.gouv.fr/Espace-documentation/Rapports/Cinquante-propositions-francaises-pour-protoger-le-patrimoine-de-l-humanite>. Acesso em: 26 jul. 2024. - ROBICHEZ, Juliette. A proteção do patrimônio histórico-cultural da humanidade e a crise do direito internacional. In: MENEZES, Wagner; ANUNCIACÃO, Clodoaldo S. da; VIEIRA, Gustavo M. (org.). *Direito internacional em expansão*, Belo Horizonte, 2015. p. 122.

⁵³ Exemplo: JARREAU, Patrick. Simone Veil s'inquiète de la banalisation du génocide des juifs. *Le Monde*, Paris, maio 2003. Disponível em: http://abonnes.lemonde.fr/une-abonnes/article/2003/05/15/simone-veil-s-inquiete-de-la-banalisation-du-genocide-des-juifs_320122_3207.html?xtmc=simone_veil_s_inquiete_de_la_banalisation_du_genocide&xtr=1. Acesso em: 21 jul. 2024.

⁵⁴ GROTIUS, H. *Hugonis Grotii de jure belli ac pacis libri três*. Washington: Carnegie Institution of Washington, 1925. p. 658.

⁵⁵ CARDOSO, Tatiana de Almeida F. R. Novos desafios ao direito internacional humanitário: a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Cu-

a) Crimes de guerra e crimes contra a humanidade e urbicídio

Na jurisprudência dos tribunais penais internacionais *ad hoc* e do TPI, a destruição deliberada dos bens culturais foi assimilada aos crimes contra a humanidade e aos crimes de guerra.

O urbicídio e os crimes contra a humanidade ou de guerra apresentam elementos comuns: visam aniquilar o inimigo e constituem atos de violência coletiva. Porém existem distinções profundas e intrínsecas. No crime contra a humanidade ou de guerra, os valores protegidos dos atos subjacentes visam, diretamente, à pessoa e, além disso, à espécie humana, como atentados à vida sob a forma de assassinato ou homicídio, atentados à integridade física e mental e à liberdade de deslocamento (sequestros e raptos). O urbicídio é, primeiramente, um crime contra o Estado, via suas infraestruturas. Mesmo se ele mira civis que sofrem, visa, de maneira colateral, aos símbolos do modelo combatido: a potência comercial e financeira, a supremacia militar, o poder político, o patrimônio cultural, através de um impacto simbólico e um grande choque midiático. Nota-se que o criminoso da humanidade ou de guerra, geralmente, busca eliminar os rastros das suas monstruosidades. Ao inverso, os responsáveis pelo urbicídio utilizam, plenamente, dos meios de comunicação para divulgar seus crimes. A violência contra o patrimônio, nesses últimos anos, foi teatralizada a fim de melhor difundir o terror diante das populações visadas, e a reivindicação torna-se um elemento necessário. Nesse sentido, os bens referem-se a interesses jurídicos protegidos por ambas as incriminações; o que é secundário, contudo, a respeito de crimes contra a humanidade ou crimes de guerra. O crime de urbicídio busca proteger tanto a pessoa humana quanto os bens da humanidade e dos Estados. Resumidamente, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra somente podem ser cometidos por um Estado, enquanto os atos de urbicídio podem ser perpetrados por indivíduos em benefício próprio⁵⁷.

⁵⁷ V. ausência de consenso sobre essa questão no debate na Comissão de Direito Internacional sobre o projeto de código dos crimes contra a paz e a segurança da humanidade. ACDI, 1986, vol. II, parte 2, p. 48, § 98. V. também ACDI, 1990, vol. II, 2 e parte, comentários do art. 16 *in fine*, p. 29. Contra: Resolução da AG/OEA, 30/06/70, equiparando os atos de terrorismo a crimes contra a humanidade. Mesma posição nas resoluções 863 de 1986, 1170 de 1991 e na recomendação 1644 de 2004 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. V. ROBICHEZ, Juliette; SPÍNOLA, Luíza M. C. A complexa definição de ato terrorista como crime contra a humanidade.

Essas diferenças poderiam justificar a razão de ser do novo crime. Porém, do ponto de vista pragmático, sua concretização traz mais perguntas do que soluções.

Com efeito, uma discussão a ser resolvida, por exemplo, é a de determinar quais seriam os elementos da sua definição a serem comprovados para punir o crime de urbicídio. As evoluções da jurisprudência do Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia – TPII corroboram a dificuldade quanto à qualificação do crime (crime de guerra ou crime contra a humanidade?) e quanto aos critérios exigidos para determinar se houve ou não um crime contra o patrimônio da humanidade⁵⁸. Em vários julgamentos, o TPII, de maneira solene, condenou os atos visando ao patrimônio cultural. No “caso Kordic”, julgado em 26 de fevereiro de 2001, o ato de demolição e degradação de edifícios consagrados à religião ou à educação, quando tal ato é perpetrado deliberadamente, foi equiparado a um ato de perseguição, posto que equivale a:

um ataque contra a identidade religiosa própria de um povo. Assim, o Tribunal exemplifica a noção de crime contra a humanidade, pois deste fato, é a humanidade no seu conjunto que é afetada pela destruição de uma cultura religiosa específica e dos objetos culturais vinculados⁵⁹.

No “caso Miodrag Jokic”, o julgamento de 18 de março de 2004 puniu, mais uma vez, esses atos bárbaros de hostilidades contra o patrimônio cultural nesses termos: “o bombardeio da velha cidade de Dubrovnik (classificada na lista da UNESCO) constituiu um ataque não somente contra a história e o patrimônio da região, mas também contra o patrimônio cultural da humanidade”⁶⁰. No julgamento de 3 de março de 2000⁶¹,

Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, v. 65, n. 2, p. 149, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/69797/41512>. Acesso em: 26 jul. 2024.

⁵⁸ ROBICHEZ, Juliette. A destruição do patrimônio cultural da humanidade como instrumento de aniquilamento da dignidade da pessoa humana: a gênese da proteção jurídica do patrimônio cultural da humanidade. *Diálogos possíveis*, Salvador, v. 14, p. 96, 2015.

⁵⁹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. Câmara de Primeira Instância. N° IT-95-14/2-T. Procurador v. Kordic & Cerkez. 27 fev. 2001. Disponível em: http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tjug/fr/kor-0102226f.pdf. Acesso em: 21 jul. 2024. Tradução livre.

⁶⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. Câmara de primeira instância I. N° IT-01-42/1-S. Procurador c. Miodrag Jokic. 18 mar. 2004. Disponível em: http://www.icty.org/x/cases/miodrag_jokic/tjug/fr/jok-sj040318f.pdf. Acesso em: 21 mar. 2024. p. 21 e s. Tradução livre.

⁶¹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. Câmara de Primeira Instância I. N° IT-95-14-T. Procurador c. Tihomir Blaskic. 03 mar. 2000. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/fr/bla-tj000303f.pdf>. Acesso em: 21 mar.

T. Blaskic foi acusado por ter atacado o patrimônio cultural do inimigo. No entanto, o tribunal *ad hoc* entendeu, de maneira restritiva, o artigo 3º al. d). Foi estabelecido que o dano ou a destruição precisam ser cometidos de maneira deliberada contra edifícios claramente identificados como consagrados à religião ou ao ensino e não usados, no momento dos fatos, para fins militares. Nesse “caso Blaskic”, o ataque contra os edifícios não caracterizou um dos quatro crimes internacionais, tornando o TPII competente, pois eles estavam localizados perto de objetivos militares, condição que legitima os bombardeios. No entanto, a jurisprudência da corte criminal evoluiu: no julgamento “Naticic e Martinovic” do 31 de março de 2003⁶², a definição do crime não contemplou mais o elemento de proximidade do edifício bombardeado com os objetivos militares. Mas os juízes internacionais requereram a prova da intenção do autor do delito de degradar o imóvel, prova sempre delicada a fornecer, como é para qualquer elemento subjetivo. Essas exigências são compreensíveis, pois se trata da definição dos crimes internacionais, quer dizer, os de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, justificando a competência excepcional dos tribunais penais internacionais e relativizando a soberania dos países beligerantes.

Finalmente, no caso “Procurador c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi”, do dia 27 de setembro de 2016⁶³, o TPI promoveu o crime de destruição do patrimônio cultural a um “crime de guerra” e condenou a nove anos de prisão o Tuaregue que destruiu intencionalmente os manuscritos e mausoléus de Tombuctu. Essa qualificação foi confirmada pela Resolução 2347 do Conselho de Segurança das Nações Unidas em 2017⁶⁴.

O terrorismo, que não é um crime internacional autônomo, compartilha várias semelhanças com o urbicídio, em particular a de propagar o terror e destruir,

não somente física, mas também moralmente, uma parte da população civil, e de focar em alvos simbólicos da identidade do inimigo. Vale lembrar os fracassos da sociedade internacional ao definir o primeiro para descartar o raciocínio analógico⁶⁵. Apesar de o terrorismo ser considerado uma das ameaças mais terríveis destas últimas décadas, não houve consenso internacional até hoje para circunscrever este conceito⁶⁶, o que não deixa pressagiar, pelo menos em curto prazo, novo conceito de urbicídio.

Conforme apresentado no primeiro capítulo, o urbicídio visa aniquilar a identidade de um grupo o que o aproxima do genocídio.

b) Genocídio e urbicídio

O crime de genocídio, “o crime dos crimes” para parafrasear a expressão do juiz internacional Laity Kama⁶⁷, nunca foi adotado, até hoje, pelos juízes internacionais para qualificar as infrações de lesa patrimônio. A Sexta Comissão da Assembleia Geral das NU⁶⁸ adotou uma resolução expressa para excluir o “genocídio cultural”, proposta pelos redatores da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Genocídio de 1948, limitando o alcance da definição ao genocídio “físico” e “biológico”. Essa posição é reiterada pela doutrina⁶⁹ e a jurisprudência majoritárias⁷⁰.

Mas para quem considera a destruição deliberada do patrimônio cultural da humanidade pelo vencedor um instrumento de aniquilamento da memória e da história

2024. p. 5 e s. p. 53-56. p. 63 e s. p. 144 e s.

⁶² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. Câmara de primeira instância. N° IT-98-34-6. Procurador v. Mladen Naletilic e Vinko Martinovic. 31 mar. 2003. Disponível em: http://www.icty.org/x/cases/naletilic_martinovic/tjug/fr/tj030331f.pdf. Acesso em: 21 mar. 2024. p. 230 e s. p. 274-275.

⁶³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Câmara de primeira instância. N° ICC-01/12-01/15. Situação na República do Mali. Procurador v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. 27 set. 2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_07244.PDF. Acesso em: 26 jul. 2024.

⁶⁴ NATIONS UNIES. Conseil de sécurité. *Résolution 2347 (2017)*. 2017. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n17/079/07/pdf/n1707907.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2024.

⁶⁵ ROBICHEZ, Juliette; SPÍNOLA, Luíza M. C. A complexa definição de ato terrorista como crime contra a humanidade. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 65, n. 2, p. 149, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/69797/41512>. Acesso em: 26 jul. 2024.

⁶⁶ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *Coleção para entender: o direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. – MALUF, Elisa L. *Terrorismo e prisão cautelar: eficiência e garantismo*. São Paulo: LiberArs, 2016.

⁶⁷ *Apud* SCHABAS, William. Le génocide. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit International Pénal*. 2. ed. Paris: Ed. Pedone, 2012. p. 130.

⁶⁸ UN Doc. A/C.6/SR.83. Disponível em: UN Doc. A/C.6/SR.83. Acesso em: 28 jul. 2024.

⁶⁹ O relatório da Comissão de Direito Internacional de 1996 (CDI, 1996, §12), interpretando a Convenção em tela, limitou o genocídio a uma destruição material de um grupo determinado por meios físicos e biológicos e rejeita a tentativa de abranger a definição à destruição da identidade nacional, linguística, religiosa e cultural.

⁷⁰ Uma corrente doutrinária minoritária considera que a destruição do patrimônio cultural participe da “intenção de destruir” (art. 2 da Convenção), da “limpeza étnica”. V. opinião dissidente do juiz Shahabuddeen no caso *Krstic*, IT-98-33-1, 19/04/2004.

do vencido, o conceito de urbicídio poderia ser considerado uma solução para burlar a resistência do direito internacional.

Autores como Martin Shaw consideram que o “urbicídio” pertence à família dos crimes de genocídio:

visar a urbanidade tem andado de mãos dadas com campanhas contra grupos étnicos e, na verdade, contra populações rurais e camponesas. [...] Argumento que o “urbicídio” (como o “etnocídio”, o “politicídio” e outros “cídiós” que foram identificados) não é um fenómeno separado do genocídio, mas uma das suas formas. A partir disto dou um passo final: o genocídio em si não está separado da guerra, mas é uma forma específica de guerra que deve ser entendida em conjunto com ela.⁷¹

Porém, o crime lesa cidade não se resumiria à erradicação étnica, definição comum da maior infração internacional. Os nacionalistas servos, de obediência ortodoxa, aniquilaram os croatas católicos, e os bosníacos muçulmanos, por razões religiosas. Assim, observa-se o mesmo motivo que justificou o Holocausto perpetrado contra os judeus pelos alemães nazistas. Mas a diferença entre essas duas tragédias é que, no conflito que ocasionou o desmantelamento da ex-Iugoslávia, a cidade se tornou alvo em si dos ataques por abrigar comunidades plurais e multiétnicas que ofendiam os ideais étnico-nacionais dos genocidas. Sarajevo, centro histórico onde coabitavam de maneira pacífica as maiores religiões, onde havia casamentos mistos, uma vida intelectual e artística, constituía anátemas para os nacionalistas tanto servos quanto croatas. O inimigo não se limitava a uma comunidade étnica, pois professores, intelectuais e artistas foram também as vítimas privilegiadas das deportações e assassinatos. Embora a guerra da Bósnia possa ser considerada uma guerra da cidade, no sentido de que a viabilidade de uma vida urbana plural e democrática era uma questão fundamental, também foi uma guerra dentro da cidade. Assim, o “urbicídio” pode ser um conceito mais abrangente que o genocídio, pois o artigo 2 da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, assinada em 1948, limita o crime de genocídio à “intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”.

O chamado “auto genocídio” cometido pelo Khmer Vermelho cambojano, nos anos 1970, inspirado pela

⁷¹ SHAW, Martin. New wars of the city: relationships of “urbicide” and “genocide”. In: GRAHAM, Stephen (ed.). *Cities, war, and terrorism: towards urban geopolitics*. Victoria: Blackwell Publishing, 2004. p. 154.

Revolução Cultural de Mao Tse Tung, ilustra, perfeitamente, esse sentimento antiurbanístico, não vinculado à nacionalidade, etnia, raça ou religião. A “Pérola da Ásia” foi bombardeada pelas tropas comunistas e esvaziada durante quase quatro anos. Em 1975, a nova Kampuchea Democrática evacuou pela força seus dois milhões de residentes para que estes trabalhassem nas fazendas rurais e se tornem o “novo povo”. Nesse massacre em massa, os carrascos dividiam a mesma origem, religião, cultura e idioma que suas vítimas. A totalidade dos moradores de cidades foi deportada e exterminada, pois estas estavam consideradas como fonte de poluição moral, e a única maneira de lutar contra essa decadência consistiu em “limpar” essa parte da população graças ao contato com os camponeses⁷².

Esse ódio do cosmopolitismo urbano é óbvio no que tange à cidade portuária ucraniana Odessa, chamada a rebelde, bombardeada pelos russos em 2022 e 2023⁷³, danificando a catedral da Transfiguração e o centro histórico. Mesmo que Vladimir Putin, presidente da Federação Russa, mire o leste da Ucrânia, a insubmissa cidade sofre assaltos do exército do grande vizinho desde o 2 de maio de 2014, quando eclodiu uma guerrilha entre militantes pró-russos munidos de armas de fogo e uma multidão que manifestava em prol de uma aproximação com a União Europeia e a OTAN, iniciando a revolução ucraniana. A protestação, violentamente reprimida e que causou mortes dos dois lados, foi usada para justificar a invasão do Donbass no mesmo ano. Odessa, ilustrando o esplendor do neoclassicismo e que foi poupada pela betoneira soviética, é a cidade cosmopolita por excelência. Cidade da península de Crimeia, fez parte, desde a Antiguidade até XIIIº século, do mundo grego que se tornou romano e depois bizantino, ao mesmo tempo que se abria a norte aos povos das estepes (citas, godos, mongóis, falando turco etc.) para se juntarem, no século XV, ao Império Otomano até o final do século XVIII. Fundada em 1794 pela Imperatriz Catarina II, a cidade seduziu um bando de aristocratas decadentes, malvistas em São-Petersburgo, então capital do império russo, como também oponentes políticos, tal o escritor

⁷² Ver a obra cinematográfica sobre este tema: *The killing fields*. Direção de Rolland JOFFE, Reino Unido, 1984 (138 min.).

⁷³ UNESCO. *Odesa*: PUNESCO condamne fermement les attaques répétées contre le patrimoine culturel dont certains sites du patrimoine mondial. 2023. Disponível em: <https://www.unesco.org/fr/articles/odesa-lunesco-condamne-fermement-les-attaques-repetees-contre-le-patrimoine-culturel-dont-certains>. Acesso em: 26 jul. 2024.

Alexandre Puchkin, mandado em “exílio interior” em 1823 e 1824. Houve poloneses oprimidos pelo czar e outras pessoas excêntricas amantes da liberdade. Presentes desde o período tártaro da Idade Média, os judeus encontraram em Odessa uma terra de asilo e de relativa liberdade. Desde 1820, Odessa, cidade miscigenada e multicultural que se içou ao nível de capital econômica do sul da Rússia, foi sublimada por Isaac Babel nos seus *Contos de Odessa* editados em 1924. Em 1954, a Crimeia foi incorporada na República Socialista Soviética da Ucrânia e, em 1991, com o desmantelamento da União Soviética, foi incorporada ao novo Estado da Ucrânia, que se tornou independente.

Os ataques do exército russo contra Odessa encontraram mais eco na opinião pública internacional e mais reação da sociedade interestatal — como a inscrição em urgência na Lista do Patrimônio Mundial em Perigo pela UNESCO⁷⁴ — que os sofridos, embora muito mais mortíferos, por cidades industriais e portuárias, como Mariupol⁷⁵, ou cidades de bacia de mineração, como Donetsk, na região do Donbass, no leste da Ucrânia, quase apagadas do mapa. Se a definição que propusemos do urbicídio (violências que visam a destruição de uma cidade não como objetivo estratégico, mas como objetivo identitário) prosperar na jurisprudência das jurisdições internacionais, o tratamento jurídico seria diferente? Os responsáveis de exações em Odessa poderiam ser sancionados mais severamente do que os que atuaram em Donetsk ou Mariupol, por exemplo?

A destruição de símbolos histórico-culturais representando a identidade e a memória de um povo pode ser considerada uma circunstância agravante? Quais serão os critérios usados para determinar essa fronteira entre cidades dignas de maior proteção e as outras? Será usada a lista do patrimônio mundial estabelecida pela UNESCO para medir a gravidade da tragédia em função do valor universal excepcional — ou não — do sítio que merece tutela da sociedade internacional? Desde já percebemos os limites deste critério.

⁷⁴ UNESCO. *Face aux menaces de destruction, Odesa inscrite au Patrimoine mondial de l'Unesco*. 2023. Disponível em: <https://www.unesco.org/fr/articles/face-aux-menaces-de-destruction-odesa-inscrite-au-patrimoine-mondial-de-lunesco#:~:text=Le%20Comit%C3%A9%20du%20patrimoine%20mondial,l'humanit%C3%A9%20le%20prot%C3%A9ger>. Acesso em: 26 jul. 2024.

⁷⁵ Para medir a tamanha devastação da cidade, ver o documentário que ganhou o Oscar em 2024: 20 DIAS em Mariupol. Dir. Mstyslav Tchernov. Produção: Associated Press. [S. l.: s. n.], 2023. 1 vídeo (93 min.).

Como destacado no artigo publicado em 2020 nessa revista, os julgamentos do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), criado em 1994 para julgar os autores do genocídio que ocorreu entre Tutsis e Hutus, não abordaram a questão da destruição do patrimônio. Uma das explicações é que a tragédia não impactou os bens culturais dos ruandeses. Nessa época não havia bem inscrito na Lista do Patrimônio Mundial da UNESCO. Em 2012, as autoridades do país sugeriram inscrever quatro sites memoriais, relativos ao genocídio de 1994. Ressalta-se que muitos países estão enfrentando crises econômicas, sociais, políticas graves, pouco propícias para confeccionar um dossiê consistente, a ser avaliado sob o prisma dos crivos exigentes da UNESCO. Outro problema que se percebe nos conflitos armados atuais são os eventuais efeitos perversos da inscrição de um edifício na lista, por ser um ato altamente político⁷⁶. Assim, no dia 9 de março de 2001, o Mollah Omar, então mestre do Afeganistão, como medida de retorsão contra a decisão da Unesco de não reconhecer o regime talibã como o interlocutor oficial do país, exigiu a explosão das duas esculturas gigantes de Bamiyan.

Outro risco de usar o critério da inscrição dos bens culturais na lista⁷⁷ (HARRISON, 2010) está ligado à concepção eurocêntrica do patrimônio que privilegia os objetos ou monumentos de valor em detrimento das práticas e experiências locais valorizadas pelas sociedades africanas, por exemplo. Somente em 2003, dez anos depois do genocídio em Ruanda, foi assinada em Paris a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial que toma em consideração a “diversidade cultural” e a “criatividade humana”.

4 Considerações finais

A discussão doutrinária sobre a qualificação jurídica aplicável às violações voluntárias às cidades tem o mérito de demonstrar as novas expectativas da sociedade internacional quanto à tutela do patrimônio da huma-

⁷⁶ ROBICHEZ, Juliette. A proteção do patrimônio histórico-cultural da humanidade e a crise do direito internacional. In: MENEZES, Wagner; ANUNCIACÃO, Clodoaldo S. da; VIEIRA, Gustavo M. (org.). *Direito internacional em expansão*, Belo Horizonte, 2015. p. 122.

⁷⁷ HARRISON, Rodney. What is heritage? In: HARRISON, Rodney. *Understanding the politics of heritage*. Manchester: Manchester University Press, 2010. p. 5. Disponível em: https://www.academia.edu/776638/What_is_Heritage. Acesso em: 26 jul. 2024.

nidade. Porém, por enquanto, parece mais conveniente conservar a principal caracterização de “crime de guerra” aplicada pelo TPI. Se a criação de um crime *sui generis* apresenta, intelectualmente, argumentos a favor, a mudança da terminologia poderia ser contraproducente. O governo francês, nas suas “50 proposições para proteger o patrimônio da humanidade” reveladas em 2015⁷⁸, propôs sistematizar o acionamento do TPI para responsabilizar, individualmente, os que perpetraram crimes de lesa patrimônio (proposição n.º 42) sem, no entanto, tentar modificar a qualificação de crimes de guerra privilegiada pela jurisdição criminal permanente para outro crime. Emendar o Estatuto de Roma no intuito de criar uma infração tem o risco de deixar entender, segundo Jean-Luc Martinez, redator das proposições, que as destruições das pedras podem permanecer no mesmo patamar que os massacres da população, o que é difícil de ser compreendido pela opinião pública.

Essa falta de legibilidade provocada pela alteração de jurisprudência seria contraditória com a preocupação de consolidar a efetividade das regras em germinação existentes. Ademais, o processo de reforma do Estatuto de Roma pode se revelar arriscado, pois a probabilidade de uma emenda entrar em vigor é fraca. A alteração das cláusulas do tratado de 1998 depende da aquiescência da maioria dos 2/3 dos Estados membros da jurisdição criminal internacional e vincularia somente os Estados que ratificaram a emenda. Como o TPI está hoje sofrendo uma fase de contestação, em particular pelos países africanos que contestaram sua legitimidade⁷⁹, pelo presidente russo Vladimir Putin, e pelo ex-presidente norte-americano e de novo candidato Donald Trump, é melhor não dar oportunidade aos Estados de denunciar ou enfraquecer o ato constitutivo dessa instituição judiciária, que demonstrou, recentemente, sua importante

contribuição na luta eficaz contra a destruição do patrimônio da humanidade.

O conceito de urbicídio apresenta características próprias em comparação com os três crimes do Estatuto, como a de não centrar sua atenção sobre o ser humano como objeto direto da destruição, como os outros fazem. A cidade é o símbolo do que é detestado: a *polis* encarna o lugar de civilização, o centro de poder a ser derrubado, o epicentro de encontros, de trocas entre as populações. Porém, sua aplicação traz mais dificuldades do que vantagens, e que sua adoção como quinto crime poderia ser uma oportunidade de desestabilizar o sistema criminal internacional atual. Todavia, por se aproximar mais do genocídio que do crime de guerra ou do crime contra a humanidade, desde que vise aniquilar, total ou parcialmente, um grupo odiado, seria interessante o Tribunal Penal Internacional ou a Corte Internacional de Justiça interpretar de maneira ampla o artigo 2 da Convenção de 1949 sobre o genocídio no intuito de adaptar o DIH ao novo fenômeno de urbanização da guerra.

A forte ressonância midiática do conceito de “urbicídio”, mesmo não positivado pelo direito internacional, permite mobilizar e chamar a atenção da comunidade internacional para tragédias que, por falta de palavras para as caracterizar, podem cair no esquecimento.

Encerramos essas reflexões sobre a destruição sistemática das cidades como empreendimento de conquista do poder pela força, com esse verso do poeta francês, Guillaume Appolinaire (1880-1918), contemporâneo do saque da cidade de Louvain pelas tropas do Império Alemão e do bombardeio da Catedral de Reims na França pela artilharia alemã em 1914: “Entends crier Louvain, vois Reims tordre ses bras”⁸⁰.

Referências

20 DIAS em Mariupol. Dir. Mstyslav Tchernov. Produção: Associated Press. [S. l.: s. n.], 2023. 1 vídeo (93 min.).

ACTIONS ON ARMED VIOLENCE. *Explosive truths: monitoring explosive violence in 2016*. Londres: Actions on Armed Violence, 2017. Disponível em:

⁸⁰ “Ouça o grito de Louvain, veja Reims torcendo seus braços” (trad. livre). Poema: A l’Italie, in *Alcools*.

⁷⁸ MARTINEZ, Jean-Luc. *Cinquante propositions françaises pour protéger le patrimoine de l’humanité*. Rapport au président de la république sur la protection du patrimoine en situation de conflit armé. 2015. Disponível em: <http://www.culture.gouv.fr/Espace-documentation/Rapports/Cinquante-propositions-francaises-pour-protéger-le-patrimoine-de-l-humanite>. Acesso em: 26 jul. 2024.

⁷⁹ Acusado de ser uma instituição “racista e neocolonial” pela União Africana, alguns Estados africanos manifestaram sua vontade de sair da organização internacional. A partir de 2015, a África do Sul, o Burundi e a Gâmbia introduziram um processo de denúncia do Tratado de Roma de 1998 que, até hoje, não surtiram efeito. Ver ROBICHEZ, Juliette. A justiça penal internacional e a África: análise crítica do “afrocentrismo” do Tribunal Penal Internacional. *Cientifico*, Salvador, p. 147, 2018.

- <https://aoav.org.uk/wp-content/uploads/2017/05/AOAV-Explosive-Monitor-2017v9.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2024.
- AL-DAFFAIE, Yousif. Destrução de prédios históricos em Gaza é “urbicídio”, afirma pesquisador. *Galileu*, [S. l.], fev. 2024. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/sociedade/noticia/2024/02/destruicao-de-predios-historicos-em-gaza-e-urbicidio-afirma-pesquisador.ghtml>. Acesso em: 25 jul. 2024.
- ALTO COMISSARIADO DOS DIREITOS HUMANOS DA ONU. *UN experts deeply concerned over ‘scholasticide’ in Gaza*. 2024. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2024/04/un-experts-deeply-concerned-over-scholasticide-gaza>. Acesso em: 28 jul. 2024.
- ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit international pénal*. 2. ed. Paris: A. Pedone, 2012.
- BAUDOUÏ, Rémi. De la menace atomique aux conflits de “faible intensité”. L’emprise croissante de la guerre sur la ville. *Annales de la recherche urbaine: dossier “Villes et guerres”*, [S. l.], n. 91, 2001.
- BOGDANOVIC, Bogdan. *Vukovar, Sarajevo: la guerre en ex-Yougoslavie*. Paris: Ed. Esprit, 1993.
- BOUGAREL, Xavier. *Bosnie: anatomie d’un conflit*. Paris: La Découverte, 1996.
- CABANES, Valérie. *Un nouveau droit pour la terre: pour en finir avec l’écocide*. Paris: Seuil, 2016.
- CARBONNIER, Jean. *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*. 7. ed. Paris: LGDJ, 1992.
- CARDOSO, Tatiana de Almeida F. R. Novos desafios ao direito internacional humanitário: a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 196, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://revistaelectronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/381/338>. Acesso em: 16 ago. 2019.
- CHASLIN, François. *Une haine monumentale: essai sur la destruction des villes en ex-Yougoslavie*. Paris: Descartes & Cie, 1997.
- CICR. *International humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts*. Genebra, 2011.
- CICV. *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977*. 1978. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/pt/ihl-treaties/api-1977>.
- COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Trying individuals for genocide, war crimes, crimes against humanity, and aggression*. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/search?site_search_fulltext=milosevic&sort_bef_combine=field_date_received_DESC. Acesso em: 26 jul. 2024.
- COWARD, Martin. Urbicide in Bosnia. In: GRAHAM, Stephen (ed.). *Cities, war, and terrorism: towards urban geopolitics*. Victoria: Blackwell Publishing, 2004. p. 154.
- COWARD, Martin. *Urbicide: the politics of urban destruction*. New York: Routledge, 2009. Disponível em: <https://urbanisticaeretica.wordpress.com/wp-content/uploads/2015/10/2009-urbicide-the-politics-of-urban-destruction-martin-coward.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2024.
- DUFOUR, Jean-Louis. *La guerre, la ville et le soldat*. Paris: Odile Jacob, 2002.
- DUFOUR, Jean-Louis. Villes et combats urbains au XXe siècle. *Guerres mondiales et conflits contemporains*, Paris, n. 206, p. 95, 2002. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-guerres-mondiales-et-conflits-contemporains-2002-2-page-95.htm>. Acesso em: 26 jul. 2024.
- EAGEN, S. Preserving cultural property: our public duty: a look at how and why we must create international laws that support international action. *Pace Int’l L. Rev.*, [S. l.], v. 13, n. 2, p. 409, 2001. Disponível em: <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol13/iss2/7>. Acesso em: 26 jul. 2024.
- EDELMANN, Frédéric. Comment réconcilier les villes martyres et leur histoire. *Le Monde*, Paris, fev. 1995. Disponível em: http://www.lemonde.fr/archives/article/1995/02/11/comment-reconcilier-les-villes-martyres-et-leur-histoire_3836761_1819218.html#mQ8aDPHigO6hDpLU99. Acesso em: 26 jul. 2024.
- EXPLOSIVE weapons with wide area effects and risk to civilians. *Article36 and Pax*, [S. l.], fev. 2020. Disponível em: <https://www.inew.org/wp-content/uploads/2020/02/Wide-area-effects-1.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2024.

- GRAHAM, Stephen (ed.). *Cities, war, and terrorism: towards urban geopolitics*. Victoria: Blackwell Publishing, 2004.
- GROTIUS, H. *Hugonis Grotii de jure belli ac pacis libri tres*. Washington: Carnegie Institution of Washington, 1925.
- HANAFI, Sari. Spatiocide, réfugiés, crise de l'Etat-nation. *Multitudes*, Paris, n. 18, p. 187, 2004. Disponível em: http://www.cairn.info/article_p.php?ID_ARTICLE=MULT_018_0187. Acesso em: 26 jul. 2024.
- HARRISON, Rodney. What is heritage? In: HARRISON, Rodney. *Understanding the politics of heritage*. Manchester: Manchester University Press, 2010. p. 5. Disponível em: https://www.academia.edu/776638/What_is_Heritage. Acesso em: 26 jul. 2024.
- INGIUSTO, Dario. Carte à la une: Mossoul, le patrimoine détruit d'une ville em guerre. *Géococonfluences*, [S. l.], abr. 2017. Disponível em: <https://geoconfluences.ens-lyon.fr/informations-scientifiques/a-la-une/carte-a-la-une/carte-a-la-une-ingiusto>. Acesso em: 26 jul. 2024.
- INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Case n. IT-95-18-R61. Case n. IT-95-5-R61*. Jul. 1996. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/mladic/trans/en/960701IT.htm>. Acesso em: 26 jul. 2024, p. 336.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *Coleção para entender: o direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- JARREAU, Patrick. Simone Veil s'inquiète de la banalisation du génocide des juifs. *Le Monde*, Paris, maio 2003. Disponível em: http://abonnes.lemonde.fr/une-abonnes/article/2003/05/15/simone-veil-s-inquiete-de-la-banalisation-du-genocide-des-juifs_320122_3207.html?xtmc=simone_veil_s_inquiete_de_la_banalisation_du_genocide&xtcr=1. Acesso em: 21 jul. 2024.
- KHATIB, Rasha; MCKEE, Martin; YUSUF, Salim. Counting the dead in Gaza: difficult but essential. *The Lancet*, [S. l.], 5 jul. 2024. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(24\)01169-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(24)01169-3/fulltext). Acesso em: 26 jul. 2024.
- LE MONDE. Pourquoi Sarajevo. *Le Monde*, Paris, maio 1994. Disponível em: https://www.lemonde.fr/archives/article/1994/05/27/pourquoi-sarajevo_3831279_1819218.html#rUgrD2dZmqhOEYS.99. Acesso em: 26 jul. 2024.
- LEMKIN, Raphael. Chapter IX: genocide. In: LEMKIN, Raphael. *Axis Rule in Occupied Europe: laws of occupation, analysis of government, proposals for redress*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944. p. 79-95. Disponível em: http://www.academia.edu/5846019/Raphael_Lemkin_-_Axis_Rule_in_Occupied_Europe_Laws_of_Occupation_-_Analysis_of_Government_-_Proposals_for_Redress_Chapter_IX_Genocide_. Acesso em: 26 jul. 2024.
- LEVY, Albert. L'urbicide em Ukraine, um crime contre l'humanité? *Liberation*, Paris, abr. 2022. Disponível em: https://www.liberation.fr/idees-et-debats/tribunes/lurbicide-en-ukraine-un-crime-contre-lhumanite-20220425_WOZ5QSAVB5GTFJSTR2VSW4MUSY/. Acesso em: 26 jul. 2024.
- LEVY, Jacques. Topologie furtive. *Espacestems.net*, 2008. Disponível em: <http://www.espacestems.net/articles/topologie-furtive/>. Acesso em: 26 jul. 2024.
- L'ONU dénonce la destruction généralisée d'infrastructures civiles par l'armée israélienne à Gaza. *ONU info*, [S. l.], fev. 2024.
- LUKE, Timothy W. Everyday technics as extraordinary threats: urban technostutures and non-places in terrorist actions. In: GRAHAM, Stephen (ed.). *Cities, war, and terrorism: towards urban geopolitics*. Victoria: Blackwell Publishing, 2004. p. 120.
- MALUF, Elisa L. *Terrorismo e prisão cautelar: eficiência e garantismo*. São Paulo: LiberArs, 2016.
- MANN, Michael. *Murderous ethnic cleansing*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- MARSHALL, Berman. Falling towers: city life after urbicide. In: CROW, Dennis. *Geography and identity*. Washington: Ed. Masionneuve Press, 1996. p. 172.
- MARTINEZ, Jean-Luc. *Cinquante propositions françaises pour protéger le patrimoine de l'humanité*. Rapport au président de la république sur la protection du patrimoine en situation de conflit armé. 2015. Disponível em: <http://www.culture.gouv.fr/Espace-documentation/Rapports/Cinquante-propositions-francaises-pour-proteger-le-patrimoine-de-l-humanite>. Acesso em: 26 jul. 2024.
- MAZZUCHELLI, Francesco. *Urbicidio: il senso dei luoghi tra distruzioni e ricostruzioni nelle ex Jugoslavia*. Bolonha: Bononia University Press, 2010.

- MENDONÇA, Márcio José. Urbicídio: uma aproximação temática e conceitual com o Brasil. *Espaço Aberto*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 167, 2020.
- MOLINS, François. *Actes de terrorisme: nouveaux crimes contre l'humanité ? 70 ans après Nuremberg. Juger le crime contre l'humanité*. Paris: Colloque à la Cour de cassation, 2016. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/IMG/F%20Molins%20-%20Actes%20de%20terrorisme%20-%20nouveaux%20crimes%20contre%20l%20humanit%C3%A9%20-%2070%20apr%C3%A8s%20Nuremberg%20-%20Juger%20le%20crime%20contre%20l%20humanit%C3%A9.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2024.
- MOORCOCK, Michael. Dead God's homecoming. *Science Fantas*, [S. l.], n. 59, 1963.
- MUNIZ, Lucas Maia Carvalho. *A tutela dos crimes contra o sistema financeiro nacional no Tribunal Penal Internacional*. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade Ruy Barbosa, Salvador, 2013.
- ATIONS UNIES. Conseil de sécurité. *Résolution 2347 (2017)*. 2017. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n17/079/07/pdf/n1707907.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2024.
- ROBICHEZ, Juliette. A destruição deliberada do patrimônio cultural da humanidade: “crime de guerra” ou “crime contra a humanidade”? *Revista de Direito Internacional*, Fortaleza, v. 17, n. 3, p. 357, 2020. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/6591>. Acesso em: 26 jul. 2024.
- ROBICHEZ, Juliette. A destruição do patrimônio cultural da humanidade como instrumento de aniquilamento da dignidade da pessoa humana: a gênese da proteção jurídica do patrimônio cultural da humanidade. *Diálogos possíveis*, Salvador, v. 14, p. 96, 2015.
- ROBICHEZ, Juliette. A justiça penal internacional e a África: análise crítica do “afrocentrismo” do Tribunal Penal Internacional. *Cientefico*, Salvador, p. 147, 2018.
- ROBICHEZ, Juliette. A proteção do patrimônio histórico-cultural da humanidade e a crise do direito internacional. In: MENEZES, Wagner; ANUNCIACÃO, Clodoaldo S. da; VIEIRA, Gustavo M. (org.). *Direito internacional em expansão*, Belo Horizonte, 2015. p. 122.
- ROBICHEZ, Juliette; SPÍNOLA, Luíza M. C. A complexa definição de ato terrorista como crime contra a humanidade. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 65, n. 2, p. 149, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/69797/41512>. Acesso em: 26 jul. 2024.
- ROLLAND, Romain. *Au-dessus de la mêlée: les précurseurs*. Paris: Ed. Albin Michel, 1953.
- SALHANI, Justin. Genocide, urbicide, domicile: how to talk about Israel's war on Gaza. *Aljazeera*, [S. l.], jul. 2024. Disponível em: <https://www.aljazeera.com/news/2024/7/3/genocide-urbicide-domicide-how-to-talk-about-israels-war-on-gaza>. Acesso em: 25 jul. 2024.
- SARTRE-FAURIAT, Annie. Proche-Orient: patrimoines en grand danger. *Anabases*, Toulouse, n. 23, p. 139, 2016.
- SCHABAS, William. Le génocide. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit International Pénal*. 2. ed. Paris: Ed. Pedone, 2012.
- SHAW, Martin. New wars of the city: relationships of “urbicide” and “genocide”. In: GRAHAM, Stephen (ed.). *Cities, war, and terrorism: towards urban geopolitics*. Victoria: Blackwell Publishing, 2004.
- STOREFRONT FOR ART AND ARCHITECTURE. *Warchitecture-Sarajevo: a wounded city*. 1995. Disponível em: <http://storefrontnews.org/programming/warchitecture-sarajevo-a-wounded-city/>. Acesso em: 26 jul. 2024.
- THE KILLING fields. Direção de Rolland Joffé. [S. l.: s. n.], 1984. 1 vídeo (138 min.).
- TRATNJEK, Bénédicte. Des ponts entre les hommes: les paradoxes de géosymboles dans les villes en guerre. *Cafés géographiques*, [S. l.], dez. 2009. Disponível em: https://halshs.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/440892/filename/Des_ponts_entre_les_hommes.pdf. Acesso em: 26 jul. 2024.
- TRATNJEK, Bénédicte. La notion d'urbicide: exemples en ex-Yougoslavie. In: TRATNJEK, Bénédicte. *Blog Géographie de la ville en guerre*. [S. l.], 2008. Disponível em: <https://geographie-ville-en-guerre.blogspot.com/2008/10/la-notion-durbicide-dimensions.html>. Acesso em: 26 jul. 2024.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-YUGOSLÁVIA. Câmara de Primeira Instância I. N° IT-95-14-T. Procurador c. Tihomir Blaskic. 03 mar. 2000. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/fr/bla-tj000303f.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2024.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. Câmara de Primeira Instância. N° IT-95-14/2-T. Procurador v. Kordic & Cerkez. 27 fev. 2001. Disponível em http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tjug/fr/kor-010226f.pdf. Acesso em: 21 jul. 2024.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. Câmara de primeira instância. N° IT-98-34-6. Procurador v. Mladen Naletilic e Vinko Martinovic. 31 mar. 2003. Disponível em: http://www.icty.org/x/cases/naletilic_martinovic/tjug/fr/tj030331f.pdf. Acesso em: 21 mar. 2024.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. Câmara de primeira instância I. N° IT-01-42/1-S. Procurador c. Miodrag Jokic. 18 mar. 2004. Disponível em: http://www.icty.org/x/cases/miodrag_jokic/tjug/fr/jok-sj040318f.pdf. Acesso em: 21 mar. 2024.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Câmara de primeira instância. N° ICC-01/12-01/15. Situação na República do Mali. Procurador v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. 27 set. 2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_07244.PDF. Acesso em: 26 jul. 2024.

UNE EXPOSITION sur Sarajevo au Centre Pompidou: les ruines d'une ville assiégée. *Le Monde*, Paris, maio 1994. Disponível em: https://www.lemonde.fr/archives/article/1994/05/03/une-exposition-sur-sarajevo-au-centre-pompidou-les-ruines-d-une-ville-assiegee_3829085_1819218.html#0D7axomAHhypp4uf.99. Acesso em: 26 jul. 2024.

UNESCO. *Face aux menaces de destruction, Odesa inscrite au Patrimoine mondial de l'Unesco*. 2023. Disponível em: <https://www.unesco.org/fr/articles/face-aux-menaces-de-destruction-odesa-inscrite-au-patrimoine-mondial-de-lunesco#:~:text=Le%20Comit%C3%A9%20du%20patrimoine%20mondial,l%27humanit%C3%A9%20de%20le%20prot%C3%A9ger>. Acesso em: 26 jul. 2024.

UNESCO. *Odesa: l'UNESCO condamne fermement les attaques répétées contre le patrimoine culturel dont certains sites du patrimoine mondial*. 2023. Disponível em: <https://www.unesco.org/fr/articles/odesa-lunesco-condamne-fermement-les-attaques-repetees-contre-le-patrimoine-culturel-dont-certains>. Acesso em: 26 jul. 2024.

UNESCO. *Quatorzième assemblée générale des États parties à la Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel*. Paris, 2003. Disponível em: <http://whc.unesco.org/archive/2003/whc03-14ga-inf01f.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2024.

UNESCO. *Stratégie globale*. 2015. Disponível em: <https://whc.unesco.org/fr/strategieglobale/>. Acesso em: 26 jul. 2024.

URBICIDE à Sarajevo: cinq architectes témoignent. In: GREES. *Blog Immersion à Sarajevo*. [S. l.], 2009. Disponível em: <https://grees2009.wordpress.com/nos-recherches/urbanisme/urbicide-a-sarajevo/>. Acesso em: 26 jul. 2024.

URBICÍDIO. 2024. Disponível em: <https://es.wikipedia.org/wiki/Urbicidio>. Acesso em: 08 jul. 2024.

VIRILIO, Paul. *Stratégie de la déception: à partir du conflit au Kosovo, réflexion sur la stratégie militaire du contrôle et de désinformation tous azimuts*. Paris: Ed. Galilée, 2000.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Tribunal Penal Internacional (TPI)
20 anos da ratificação do Estatuto
de Roma pelo estado brasileiro:
críticas e reflexões

The International Criminal Court
(ICC) 20 years of ratification of
the Rome Statute by the Brazilian
state: criticisms and reflections

Miguel Anegelo Marques

VOLUME 21 • N. 1 • 2024
INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: 25 YEARS

Tribunal Penal Internacional (TPI) 20 anos da ratificação do Estatuto de Roma pelo estado brasileiro: críticas e reflexões*

The International Criminal Court (ICC) 20 years of ratification of the Rome Statute by the brazilian state: criticisms and reflections

Miguel Anegelo Marques**

Resumo

Analisa-se, neste trabalho, se o Art. 5º, §4º da Constituição Federal (cuja redação estabelece que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão), está ou não sendo cumprido. Realizou-se a pesquisa mediante uma abordagem indutiva, por meio do entendimento de conceitos jurídicos e de ampla pesquisa bibliográfica, com objetivo exploratório e conclusivo. Concluiu-se que a demora do Congresso Nacional em aprovar o Projeto de Lei n.º 4.038/2008 (apensado ao Projeto de Lei n.º 301-A/2007), que “dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências”, assim como a inércia da República Federativa do Brasil de ratificar as Emendas de Kampala (2010), que regulamentaram o crime de agressão, violam o texto constitucional brasileiro. Trata-se de discussão de grande relevância, visto que chama atenção para a necessidade de sanar omissões importantes e, com isso, contribuir para a consolidação de um sistema internacional de justiça criminal, permanente e efetivo.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional; princípio da complementaridade; emendas de Kampala.

* Recebido em 17/05/2023
Aprovado em 09/11/2023

** Doutor e Mestre em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), com Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos (IGC/CDH), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (FDUC). Vice-Líder do Grupo de Pesquisa CNPq-PUC/SP, em Direito Internacional e Globalização Econômica (DIGE-PUC/SP). Membro Associado do Ramo Brasileiro da International Law Association (ILA) e da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI). Pesquisador e Professor de Direito Internacional e Direitos Humanos.
E-mail: miguelangelomarques@hotmail.com

Abstract

This paper aims to analyze whether Article 5, Paragraph 4 of the Federal Constitution (its wording establishes that Brazil submits itself to the jurisdiction of an International Criminal Court to whose creation it has expressed adherence), is being complied with or not. This is an inductive approach study, carried out through the understanding of legal concepts and extensive bibliographic research, with an exploratory and conclusive objective. The study concludes that the delay of the National Congress in approving the Bill n.º 4.038/2008 (attached to the Bill n.º 301-A/2007), which “regulates the crime of genocide, defines crimes against humanity, war crimes and cri-

mes against the administration of justice by the International Criminal Court, establishes specific procedural norms, regulates the cooperation with the International Criminal Court, and sets forth other provisions”, as well as the inertia of the Federative Republic of Brazil to ratify the Kampala Amendments (2010), which regulated the crime of aggression, infringe the Brazilian constitutional text. This is a highly relevant discussion, as it draws attention to the need to rectify critical omissions and, thereby, contribute to the consolidation of a permanent and effective international system of criminal justice.

Keywords: International Criminal Court; principle of complementarity; Kampala amendments.

1 Introdução

A ideia da igualdade entre os estados no direito internacional é peça central na atual organização das relações internacionais. Está presente como princípio no artigo 2.1 da Carta das Nações Unidas,¹ que consagra a igualdade de seus membros. Ser membro, na formulação do preceito, é ser igual. Contudo, a Carta não equacionou, completamente, a questão das condições para a afiliação, estabelecendo admissíveis na ONU “todos os Estados amantes da paz que aceitarem as obrigações contidas na presente Carta e que, a juízo da Organização, estiverem aptos e dispostos a cumprir tais obrigações”² (art. 4.1 da Carta). Resta posta, então, a questão do juízo acerca da aptidão para ser membro e como tal, gozar das prerrogativas conferidas pela igualdade.

Com pouco mais de duas décadas de existência, o atual Tribunal Penal Internacional (TPI) foi instituído com o objetivo de mitigar parte das críticas que recaíram sobre os Tribunais Penais Internacionais que o antecederam e consolidar o sistema universal de proteção à pessoa humana.

Até a sua efetiva criação pelo Estatuto de Roma (ER) de 1998, houve uma série de tentativas: algumas

frustradas, como a de Gustave Moynier (1872) e a dos vencedores da Primeira Guerra Mundial (1919); e outras, embora exitosas, como aquelas que possibilitaram a constituição de alguns Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* no século XX (como os de Nuremberg e Tóquio, para a Ex-Iugoslávia e Ruanda), ensejaram críticas importantes no meio acadêmico.

O Estatuto de Roma é, portanto, o resultado de um longo processo de construção rumo à consolidação de um sistema internacional de justiça criminal permanente e efetivo.

Do ponto de vista jusfilosófico, a instituição de uma Corte com essas características pode ser analisada, segundo Norberto Bobbio³ e Flávia Piovesan⁴, com base em três premissas básicas: promoção, controle e garantia:

[...] As atividades de promoção correspondem ao conjunto de ações destinadas ao fomento e ao aperfeiçoamento do regime de direitos humanos pelos Estados. Já as atividades de controle envolvem as que cobram dos Estados a observância das obrigações por eles contraídas internacionalmente. Por fim, a atividade de garantia só será criada quando uma jurisdição internacional se impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra estes e em defesa dos cidadãos.

Nesse sentido, pode-se concluir que, até a aprovação do Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, o sistema global de proteção só compreendia as atividades de promoção e controle dos direitos humanos, não dispondo de um aparato de garantia desses direitos⁵.

Com isso, é possível afirmar que o TPI é mais um instrumento inserto no campo da humanização do Direito Internacional (DI)⁶, já que tem por finalidade processar e julgar os indivíduos responsáveis pelos crimes

³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 38.

⁴ Vide PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 87.

⁵ Vide PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 87.

⁶ O TPI representa uma conquista concreta para a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos, em especial contra violações graves, a saber, os crimes de genocídio, de guerra, contra a paz e contra a humanidade. TIVERON, Raquel. *Ébano e Marfim: a justiça restaurativa e o TPI orquestrados para a paz sustentável em Uganda*, v. 9, n. 4, 2012.

¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Carta das Nações Unidas*. Rio de Janeiro: ONU, [1945]. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2022-05/Carta-ONU.pdf>. Acesso em: 31 Mar. 2023.

² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Carta das Nações Unidas*. Rio de Janeiro: ONU, [1945]. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2022-05/Carta-ONU.pdf>. Acesso em: 31 Mar. 2023.

internacionais de maior gravidade⁷ (denominados, por parcela da doutrina, como crimes de *jus cogens*⁸).

Dentro desse cenário, o Estado brasileiro, ao ratificar o instrumento internacional (2002)⁹ e estabelecer, por meio do Art. 5º, §4º do seu texto constitucional, “que se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”, assumiu, interna e internacionalmente, o compromisso de assegurar efetividade ao chamado Direito Internacional Penal.

O presente artigo tem por escopo analisar a discussão sobre eventual ofensa ao Princípio da Complementaridade (pela ausência de tipificação no ordenamento jurídico nacional, das condutas criminosas descritas nos Artigos 6º, 7º, 8º e 8º *bis*, do instrumento internacional¹⁰), bem como os efeitos da inércia da República Federativa do Brasil na ratificação às Emendas de Kampala de 2010 (que regulamentaram o crime de agressão).

2 Precedentes históricos relevantes

De acordo com parcela da doutrina¹¹, o primeiro TPI *ad hoc* (ou de exceção) de que se tem notícia teria sido estabelecido em 1474, em Breisach, Alemanha, com a finalidade de processar e julgar o seu então governador, Peter Von Hagenbach, pelas acusações de assassinatos, detenções arbitrárias, agressões, violações sexuais, cobrança de impostos abusivos etc.¹². Ao final do julgamento, a Corte Criminal (integrada por juízes da Áustria e cidades aliadas¹³) destituiu o réu do título de cavaleiro e o condenou à morte¹⁴.

Séculos depois, Gustave Moynier, um dos fundadores da Cruz Vermelha, em reação às crueldades cometidas na Guerra Franco-Prussiana (1870-1871), propôs, sem sucesso¹⁵, em 1872¹⁶, a criação de um TPI perma-

⁷ ER, Artigo 5º (Crimes da Competência do Tribunal), 1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; e d) O crime de agressão.

⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. p. 153; RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018; BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Direitos Humanos*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 335; LOPES, Rodolfo Soares Ribeiro. *Direito internacional público: à luz dos direitos humanos e jurisprudência internacional*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018. p. 220.

⁹ UNITED NATIONS - UN. *Rome Statute of the International Criminal Court*. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=en. Acesso em: 17 jul. 2021.

¹⁰ “Apesar de ter ratificado o Estatuto de Roma em 2002, e embora o genocídio já esteja criminalizado entre nós (Lei n. 2.889/1956), o Brasil ainda não aprovou a legislação necessária para tipificar internamente os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, nem ratificou as duas Emendas de Kampala, de 2010. Tampouco o País aprovou normas para reger a cooperação com o Tribunal, especialmente no tocante à entrega e à execução penal, nem se tornou parte da Convenção das Nações Unidas sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968. Para suprir tais lacunas, tramitam na Câmara dos Deputados o PL n. 4038/2008 e o PL n. 301/2007 [...]” ARAS, Vladimir. *Direito Internacional Público*. Leme, SP: Editora Mizuno, 2021. p. 259.

¹¹ Vide CRETELLA NETO, José. *Direito internacional público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 1041; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, v. 1. p. 154-193, 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33247.pdf>. Acesso em: 11 maio 2018; JARDIM, Tarciso Dal Maso. Experiências anteriores à Segunda Guerra Mundial: formação de paradigmas de justiça internacional penal. In: SALIBA, Aziz Tuffi; SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da; NASSER, Salem Hikmat (org.). *Tribunais Penais Internacionais e Híbridos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020. cap. 2. p. 39; GORDON, Gregory S. The Trial of Peter von Hagenbach. In: HELLER, Kevin; SIMPSON, Gerry (ed.). *The Hidden Histories of War Crimes Trials*. England: Pxford, 2014. cap. 2. Disponível em: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199671144.001.0001/acprof-9780199671144-chapter-2>. Acesso em: 18 out. 2020.

¹² Vide JARDIM, Tarciso Dal Maso. Experiências anteriores à Segunda Guerra Mundial: formação de paradigmas de justiça internacional penal. In: SALIBA, Aziz Tuffi; SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da; NASSER, Salem Hikmat (org.). *Tribunais Penais Internacionais e Híbridos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020. cap. 2. p. 38.

¹³ Vide MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 2. p. 972.

¹⁴ Vide JARDIM, Tarciso Dal Maso. Experiências anteriores à Segunda Guerra Mundial: formação de paradigmas de justiça internacional penal. In: SALIBA, Aziz Tuffi; SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da; NASSER, Salem Hikmat (org.). *Tribunais Penais Internacionais e Híbridos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020. cap. 2. p. 41-42.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. *Evolução da justiça penal internacional*. International US: Criminal Court, 2024. Disponível em: <https://www.aba-icc.org/about-the-icc/evolution-of-international-criminal-justice/>. Acesso em: 12 maio 2019.

¹⁶ Vide MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 2. p. 973; CRETELLA NETO, José. *Direito internacional público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 1041.

nente¹⁷ com competência para processar e julgar os chamados crimes de guerra¹⁸.

No início do século XX, o Tratado de Paz de Versalhes (1919)¹⁹, para além de formalizar o fim da Primeira Guerra Mundial, previu (em seu Art. 227²⁰) a criação de um TPI *ad hoc*²¹ para julgar o então Imperador da Alemanha, o Kaiser Guilherme II²². Foi a primeira vez que uma Convenção criou “um Tribunal Internacional para julgar um alto dirigente de um Estado por violação da moral e dos tratados internacionais”²³. Entretanto, a

¹⁷ Vide CRETELLA NETO, José. *Direito internacional público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 1041.

¹⁸ Vide MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 2. p. 973; CRETELLA NETO, José. *Direito internacional público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 973.

¹⁹ Vide YALE LAW SCHOOL. *Tratado de Versalhes*. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/imt/parti.asp>. Acesso em: 30 dez. 2022.

²⁰ “Art. 227. As Potências Aliadas e Associadas acusam publicamente Guilherme II de Hohenzollern, ex-imperador alemão, por ofensa suprema contra a moralidade internacional e a santidade dos tratados. Será constituído um tribunal especial para julgar o arguido, assegurando-lhe as garantias essenciais ao direito de defesa. Será composto por cinco juizes, um nomeado por cada uma das seguintes Potências: Estados Unidos da América, Grã-Bretanha, França, Itália e Japão. Em sua decisão, o tribunal será guiado pelos mais altos motivos da política internacional, com vistas a reivindicar as obrigações solenes dos compromissos internacionais e a validade da moralidade internacional. Será seu dever fixar a punição que julgar deva ser aplicada. As Potências Aliadas e Associadas dirigirão um pedido ao Governo dos Países Baixos para a entrega do ex-Imperador a fim de que possa ser levado a julgamento” (Tradução livre). A versão em inglês pode ser consultada no site Yale Law School, supracitado.

²¹ Vide PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, v. 1. p. 154-193, 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33247.pdf>. Acesso em: 12 maio 2019; RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 459; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 887; LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 45. p. 187-197, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v16n45/v16n45a12>. Acesso em: 04 jan. 2013.

²² Os Arts 228 e 229 do Tratado de Paz de Versalhes também previram a criação de tribunais militares para o julgamento dos criminosos de guerra alemães. Esses tribunais, entretanto, não chegaram a ser criadas, por isso “uma lei alemã de 18 de dezembro de 1919 concedeu à Corte Suprema Alemã, o *Reichsgericht* de Leipzig, competência excepcional para julgá-los”: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 67. Ao final, a Corte “absolveu alguns e condenou outros a poucos meses de prisão, e o único que foi condenado à pena de 4 anos fugiu da prisão”: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito Penal e Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 973.

²³ BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 555.

iniciativa fracassou, visto que o ex-Imperador fugiu e se asilou na Holanda, que não autorizou a sua extradição²⁴ (sob a justificativa de que o Kaiser Guilherme II estava amparado por “sua imunidade internacional de chefe de Estado, ao tempo da prática dos atos que lhe foram imputados”²⁵).

Alguns anos depois, em 1937, houve uma nova tentativa de criação de um TPI²⁶, agora sob os auspícios da antiga Sociedade ou Liga das Nações²⁷ (S/LdN). A iniciativa (uma reação aos assassinatos do então Chanceler francês, Louis Barthou, e do Rei da Iugoslávia, Alexandre I, no atentado de 1934, praticado por terroristas croatas²⁸, em Marseille) tinha como fundamento a Convenção para a Prevenção e Punição do Terrorismo²⁹. Contudo, com apenas uma ratificação, o tratado não entrou em vigor³⁰.

As primeiras iniciativas exitosas do século XX ocorreram logo após o término da Segunda Grande Guerra, com a criação dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* de Nuremberg e Tóquio.

²⁴ Vide CRETELLA NETO, José. *Direito internacional público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 1041; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, v. 1. p. 154-193, 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33247.pdf>. Acesso em: 12 maio 2019; RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 459; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 887; CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. N. *Manual de Direito Internacional Público*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 828.

²⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 900-901.

²⁶ Vide RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 459.

²⁷ Vide CRETELLA NETO, José. *Direito internacional público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 1064; MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 2. p. 974.

²⁸ Vide RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 459; CRETELLA NETO, José. *Direito internacional público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 1064.

²⁹ ONU. *Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism*. Geneva, 16 nov. 1937. Disponível em: <https://biblio-archiv.unog.ch/detail.aspx?ID=191131>. Acesso em: 06 set. 2021.

³⁰ Vide RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 459; CRETELLA NETO, José. *Direito internacional público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 1064; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, v. 1, p. 154-193, 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33247.pdf>. Acesso em: 12 maio 2019.

O Tribunal Militar³¹ Internacional (TMI), ou simplesmente Tribunal de Nuremberg³², foi constituído por meio do Acordo de Londres³³, de 8 de agosto de 1945, pela cúpula das potências vencedoras (Estados Unidos, Reino Unido, França e ex-União Soviética³⁴)³⁵. O Estatuto do Tribunal constituía um instrumento anexo do Ato Constitutivo³⁶.

Curiosamente, embora a Corte tenha se notabilizado como Tribunal de Nuremberg (cidade onde foram

realizados os julgamentos³⁷), sua sede estava localizada em Berlim³⁸.

Ao final de quase um ano de trabalho³⁹ (realizados entre 20 de novembro de 1945 e 1º de outubro de 1946⁴⁰), houve uma série de condenações (inclusive à morte⁴¹) de indivíduos pela prática de crimes de lesa-humanidade.

Talvez o maior legado desse julgamento tenha sido o reconhecimento, pela Organização das Nações Unidas (ONU), dos chamados **princípios de Nuremberg**⁴² (por meio das Resoluções A/RES/95(I), de 11 de dezembro de 1946⁴³, e A/RES/177(II), de 21 de novembro de 1947⁴⁴) como um conjunto de sete importantes vetores que passaram a integrar a base do Direito Internacional Penal: I) todo aquele que praticar um ato que constitui crime perante o DI será passível de punição; II) a lei interna/nacional que não constituir como crime a conduta regulada como criminosa pelo DI é irrelevante; III) as imunidades pessoais das altas autoridades internas dos Estados (como os Chefes de Estado e os

³¹ De acordo com Celso de A. Mello “a palavra ‘Militar’ na denominação do Tribunal está errada, vez que o único militar era o juiz soviético, bem como o processo não era tão rápido quanto o de uma corte marcial. Alegou-se que a palavra ‘Militar’ foi usada por ele julgar crimes praticados durante a guerra. Entretanto, tudo indica que foi para evitar a submissão ao Congresso dos EUA a criação de uma nova jurisdição, vez que as jurisdições militares são da competência do presidente dos EUA”. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 2. p. 974.

³² Vide LIBRARY OF CONGRESS. *International Military Tribunal at Nuremberg*. Disponível em: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf. Acesso em: 12 maio 2019; YALE LAW SCHOOL. *O Tribunal Militar Internacional da Alemanha*. Conteúdo da coleção dos julgamentos de Nuremberg. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/subject_menus/imt.asp. Acesso em: 12 maio 2019.

³³ Vide PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 78; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017. p. 195; SILVA, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público*. 5. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 544; GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 536; BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 556; MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 2. p. 974.

³⁴ Vide MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 884; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. *Evolução da justiça penal internacional*. International US: Criminal Court, 2024. Disponível em: <https://www.aba-icc.org/about-the-icc/evolution-of-international-criminal-justice/>. Acesso em: 12 maio 2019.; BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 556-557.

³⁵ Vide MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 884; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. *Evolução da justiça penal internacional*. International US: Criminal Court, 2024. Disponível em: <https://www.aba-icc.org/about-the-icc/evolution-of-international-criminal-justice/>. Acesso em: 12 maio 2019.; RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 459; CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. N. *Manual de Direito Internacional Público*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 827.

³⁶ JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 24.

³⁷ “O julgamento foi realizado em Nuremberg por ter sido esta a cidade do nazismo, onde, por exemplo, eram promulgadas as leis raciais.” MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito Penal e Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 210.

³⁸ Vide RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 459; GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmática-crítica*. Portugal: Edições Almedina, 2015. p. 113.

³⁹ Vide HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 335.

⁴⁰ Vide CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. N. *Manual de Direito Internacional Público*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 828.

⁴¹ Vide RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 460; GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmática-crítica*. Portugal: Edições Almedina, 2015. p. 114.

⁴² Vide CRETELLA NETO, José. *Direito internacional público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 1069; RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 460; GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 536; MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2013. p. 451; GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmática-crítica*. Portugal: Edições Almedina, 2015. p. 119.

⁴³ Vide UNITED NATIONS - UN. *Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal General Assembly resolution 95 (I)*. New York, 11 dec. 1946. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/209872?ln=en>. Acesso em: 29 dez. 2022.

⁴⁴ Vide UNITED NATIONS - UN. *Formulation of the principles recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgement of the Tribunal*. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/210004?ln=en>. Acesso em: 18 out. 2021.

Chefes de Governo) não afastam a eventual responsabilidade nos termos do DI; IV) a alegação de obediência às ordens superiores não isenta o autor do fato de eventual responsabilidade nos termos do DI se o agente teve a possibilidade moral de escolha; V) a todo acusado de crime, de acordo com o DI, será assegurado o devido processo legal; VI) os crimes contra a paz, de guerra e contra a humanidade (elencados no Art. 6º do Acordo de Londres de 1945 e julgados em Nuremberg) são considerados crimes internacionais; VII) a cumplicidade na prática de um dos crimes enunciados no VI Princípio (crimes contra a paz, de guerra e contra a humanidade) é passível de responsabilização nos termos do DI⁴⁵.

Nuremberg, portanto, marca o início do chamado Direito Internacional Penal⁴⁶, que pode ser definido como o ramo do Direito Internacional Público (pelo fato de suas normas emanarem das fontes de DI) e que tem por escopo responsabilizar certos indivíduos pela prática dos crimes mais graves, denominados por parcela da doutrina como crimes de *jus cogens* ou crimes internacionais (em contraposição aos crimes transnacionais).

O Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, popularmente conhecido como Tribunal de Tóquio⁴⁷, por sua vez, foi constituído em 19 de janeiro de 1946⁴⁸, por ato unilateral dos EUA⁴⁹, para julgar os

integrantes do núcleo militar e civil do governo japonês (com exceção do então Imperador Hirohito e de sua família, anistiados pelas potências que ocuparam o país asiático⁵⁰) pelos crimes cometidos durante a Segunda Grande Guerra⁵¹. Ao final do julgamento⁵², houve sete condenações à pena de morte, executadas em 1948 por enforcamento, assim como penas de prisão perpétua⁵³.

Essas duas Cortes constituídas ao término da Segunda Guerra Mundial, entretanto, foram objeto de críticas importantes. Com efeito, eram Tribunais temporários, constituídos *ex post facto*, sem grau de recurso e organizados pelos vencedores para julgar apenas os derrotados⁵⁴. Não houve, como se sabe, nenhuma preocupação em se responsabilizar os norte-americanos pela incineração das cidades de Hiroshima e Nagasaki ou os “comandantes, militares e policiais soviéticos culpados de violências sistemáticas contra os prisioneiros e as populações civis das potências derrotadas, tampouco os responsáveis pela retenção por longos anos de milhares de prisioneiros de guerra utilizados em trabalhos forçados”⁵⁵.

⁴⁵ Tradução livre. A versão em espanhol pode ser consultada no site do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA - CICR. *Princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto e pelas sentenças do Tribunal de Nuremberg*. Nuremberg: CICR, 31 dec. 1950. Disponível em: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>. Acesso em: 23 ago. 2021.

⁴⁶ Embora semelhantes, as expressões “Direito Internacional Penal” e “Direito Penal Internacional” não se confundem. Este pode ser conceituado como o ramo do direito interno (dos Estados) que regula os casos de extraterritorialidade da lei penal, assim como os mecanismos de cooperação internacional (como extradição, carta rogatória, transferência de pena etc.).

⁴⁷ Vide UNITED NATIONS - UN. *International Military Tribunal for the Far East*. Disponível em: https://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/CHARTER_OF_THE_INTERNATIONAL_MILITARY_Tribunal_FOR_THE_FAR_EAST.pdf. Acesso em: 12 maio 2019.

⁴⁸ “No dia 19 de janeiro de 1946, com a modificação de 19 de abril seguinte, com base no ato de renúncia assinado em 2 de setembro de 1945, MacArthur instituiu o Tribunal Militar Internacional para o Extremo-Oriente. [...] O Regulamento do Tribunal de Tóquio data de 25 de abril de 1946. O Tribunal iniciou suas atividades em 29 de abril de 1946 e as encerrou em 12 de novembro de 1948”. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 77.

⁴⁹ Vide MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4. ed. Portugal: Coimbra Edi-

tora, 2013. p. 450; RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 460; CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. N. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 850; ARAS, Vladimir. *Direito Internacional Público*. Leme, SP: Editora Mizuno, 2021. p. 254.

⁵⁰ Vide RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 460; IMPERADOR japonês é condenado em julgamento simbólico. *Jornal Folha de São Paulo*, 12 dez. 2000. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u14756.shtml>. Acesso em: 15 out. 2021.

⁵¹ Vide RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 460.

⁵² “O julgamento se deu, por razões simbólicas, no prédio que abrigara o Ministério da Guerra japonês, e durou de maio de 1946 até novembro de 1948.” JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 78.

⁵³ Vide RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 460; CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. N. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 850.

⁵⁴ Vide PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, v. 1. p. 154-193, 2012. p. 157. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33247.pdf>. Acesso em: 12 maio 2019; CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. N. *Manual de Direito Internacional Público*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 827; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 79.

⁵⁵ CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. N. *Manual de Direito Internacional Público*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 827.

Ainda na década de 1990, criaram-se, no âmbito da Organização das Nações Unidas⁵⁶ (ONU), mais dois Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*: o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (TPII) e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).

O primeiro — TPII —, de 1993⁵⁷, cuja sede estava localizada em Haia, na Holanda, foi instituído pela Resolução n.º 808, de 22/02/1993, do Conselho de Segurança da ONU (CS/ONU)⁵⁸, visando processar e julgar os responsáveis pelos crimes de lesa-humanidade (em especial, violações ao direito humanitário⁵⁹) praticados na antiga Iugoslávia desde 1991⁶⁰. A Corte exerceu suas funções por 24 anos, encerrando oficialmente suas atividades em 21 de dezembro de 2017⁶¹.

Quanto ao segundo — o TPIR —, de 1994⁶², com sede em Arusha, Tanzânia, foi instituído pela Resolução

n.º 955, de 08/11/94, do CS/ONU⁶³, a fim de julgar graves violações do DI⁶⁴ (em especial, o crime de genocídio ocorrido em Ruanda e países vizinhos em 1994⁶⁵), decorrentes dos conflitos étnicos entre Hutus e Tutsis. A Corte exerceu suas funções por 21 anos, encerrando, oficialmente, suas atividades em 31 de dezembro de 2015⁶⁶.

Não obstante a resposta firme das Nações Unidas aos graves crimes cometidos em Ruanda e na antiga Iugoslávia, as duas Cortes não ficaram imunes às críticas. Com efeito, continuavam sendo Tribunais *ad hoc* e instituídos com violação ao Princípio do Juiz Natural. Além disso, constituíram-se por Resoluções do Conselho de Segurança da ONU (com amparo no Capítulo VII da Carta de São Francisco⁶⁷), e não por tratados multilaterais estabelecidos pela comunidade internacional como um todo⁶⁸.

⁵⁶ Vide MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2013. p. 453.

⁵⁷ Vide UNITED NATIONS - UN. *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. Disponível em: <http://www.icty.org/>. Acesso em: 10 maio 2017.

⁵⁸ “Decide que será estabelecido um tribunal internacional para o julgamento de pessoas responsáveis por graves violações do direito internacional humanitário cometidas no território da ex-Iugoslávia desde 1991; solicita ao Secretário-Geral que submeta à consideração do Conselho o mais cedo possível, e se possível não mais de 60 dias após a adoção da presente resolução, um relatório sobre todos os aspectos deste assunto, incluindo propostas específicas e, quando apropriado, opções para a implementação eficaz e expedita da decisão contida no parágrafo 1 acima, levando em consideração as sugestões apresentadas a esse respeito pelos Estados Membros.” UNITED NATIONS. Digital Library. *Resolution 827 (1993)*. [Adopted by the Security Council at its 3217th meeting]. 25 may 1993. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/243008>. Acesso em: 17 fev. 2020; HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 336; AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 292.

⁵⁹ Vide RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 461; AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 292; MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 2. p. 977.

⁶⁰ Vide GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmática-crítica*. Portugal: Edições Almedina, 2015. p. 123.

⁶¹ UNITED NATIONS - UN. *ICTY Closing Ceremony - 21 December 2017, The Hague*. [Cerimônia de encerramento do ICTY - 21 de dezembro de 2017]. Disponível em: <https://www.icty.org/en/features/icty-legacy-dialogues/icty-closing-ceremony-21-december-2017-the-hague>. Acesso em: 18 out. 2020.

⁶² Vide UNITED NATIONS - UN. *Legacy website of the International Criminal Tribunal for Rwanda*. Disponível em: <http://unictcr.unmict.org/en/tribunal>. Acesso em: 10 maio 2017.

⁶³ Vide UNITED NATIONS - UN. Digital Library. *Resolution 955 (1994)*. [Adopted by the Security Council at its 3453rd meeting, on 8 November 1994]. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/198038>. Acesso em: 17 fev. 2020; HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 336; AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 293; JO, Hee Moon. *Introdução ao Direito Internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 378.

⁶⁴ “No Tribunal para Ruanda não se fala em crimes de guerra porque se trata de guerra interna, mas em ‘violações graves do DI’, e inclui o Protocolo II de 1977; assim são, por exemplo, violações graves: punições coletivas, terrorismo, tomada de reféns, pilhagem, etc. Ele julga os crimes praticados no ano de 1994.” MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 2. p. 978.

⁶⁵ Vide RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 461.

⁶⁶ Vide UNITED NATIONS - UN. *Legacy website of the International Criminal Tribunal for Rwanda*. Disponível em: <http://unictcr.unmict.org/en/tribunal>. Acesso em: 18 out. 2020; O TRIBUNAL da ONU sobre o genocídio em Ruanda fecha formalmente - papel importante na luta contra a impunidade. *UN news*, 31 dez. 2015. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2015/12/519212-un-tribunal-rwanda-genocide-formally-closes-major-role-fight-against-impunity>. Acesso em: 18 out. 2020.

⁶⁷ Vide MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 886; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 86; AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 296; CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. *Direito Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 113; MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2013. p. 453.

⁶⁸ Vide MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 886.

Visando eliminar boa parte das críticas aqui apontadas, aprovou-se, finalmente, na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um TPI (realizada em Roma, Itália, no período de 15 de junho a 17 de julho de 1998⁶⁹), um tratado multilateral instituindo o primeiro⁷⁰ TPI permanente e independente do mundo. Trata-se, em verdade, de uma Organização Internacional⁷¹ independentemente⁷² (diferenciando-se, portanto, da Corte Internacional de Justiça, que é o principal órgão judiciário da ONU), desvinculada de um contexto de guerra, com a importante missão de processar e julgar as pessoas responsáveis pelos crimes internacionais de maior gravidade que afetam a comunidade internacional no seu conjunto: o

crime de genocídio⁷³; os crimes contra a humanidade⁷⁴; os crimes de guerra⁷⁵; e o crime de agressão⁷⁶.

O instrumento, entretanto, somente entrou em vigor em 1º de julho de 2002⁷⁷, quando atingiu o número mínimo de vinculações internacionais (ratificações e/ou adesões) exigidas pelo Artigo 126 do Tratado⁷⁸.

Contudo, apesar do avanço, ainda há problemas. Na prática, a atuação da Corte tem se revelado pouco ou nada efetiva em relação aos membros permanentes do CS/ONU que não ratificaram o Estatuto de Roma (como China, Rússia e EUA) em razão do exercício da prerrogativa do poder de veto. Ademais, é importante enfatizar que, nos termos do Art. 16 do ER, o Conselho de Segurança, por meio de Resolução, também poderá impedir o início das investigações ou, inclusive, suspender o inquérito em curso, por um período de 12 meses, que poderá ser renovado pelo órgão nas mesmas

⁶⁹ Vide UNITED NATIONS - UN. *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*. Rome, 15 jun./17 jul. 1998. Disponível em: https://legal.un.org/diplomaticconferences/1998_icc/. Acesso em: 20 jan. 2023.

⁷⁰ Vide INTERNATIONAL CRIMINAL COURT - ICC. *Home page*. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/about>. Acesso em: 13 maio 2019; PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 571; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 888; VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 504.

⁷¹ Vide REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 194; ARAS, Vladimir. *Direito Internacional Público*. Leme, SP: Editora Mizuno, 2021. p. 257; BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 581 e 608; PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 572; VOLPINI SILVA, Carla Ribeiro; LIMA, Renata Mantovani de. Uma análise da proteção dos direitos humanos pela Constituição brasileira após a emenda constitucional n. 45/2004: o caso TPI. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 1. p. 127, 2012.

⁷² Vide RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 462; AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 298; JO, Hee Moon. *Introdução ao Direito Internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 382.

⁷³ O crime de genocídio, em sua essência, é um crime contra a humanidade. Contudo, por sua relevância, foi destacado dessa categoria de ilícitos para que pudesse receber tratamento específico: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 25. Além disto, não se pode olvidar que, no estatuto de Nuremberg, o genocídio foi capitulado nos crimes contra a humanidade sem qualquer “*nomen juris*” próprio: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito Penal e Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 122.

⁷⁴ Designam graves violações ao direito internacional dos direitos humanos (como a escravidão, a esterilização forçada, o *apartheid* etc.). Diferenciam-se do genocídio pela ausência do dolo específico (de destruir, no todo ou em parte, um grupo determinado de pessoas, por razões étnicas, religiosas, raciais etc.) e dos crimes de guerra porque podem ser praticados fora de um conflito armado internacional.

⁷⁵ São ilícitos associados ao chamado Direito Internacional Humanitário (DIH) e regulados pelas Convenções de Genebra de 1949 (e seus Protocolos adicionais, de 1977), assim como pelo costume internacional.

⁷⁶ Em essência, é um crime contra a paz (e, portanto, um crime internacional, por força do princípio VI de Nuremberg), já que está associado ao ataque armado de um Estado contra o outro.

⁷⁷ UNITED NATIONS - UN. *Rome Statute of the International Criminal Court*. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&cmdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=en. Acesso em: 17 jul. 2021.

⁷⁸ Logo, nenhum crime cometido antes da entrada em vigor internacional do Estatuto de Roma, na data de 01/07/2002, poderá ser julgado pelo TPI, ainda que se trate da situação excepcional, autorizada pelo artigo 13, “b”, do Estatuto, que permite ao Conselho de Segurança da ONU, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, o encaminhamento ao Tribunal de casos que envolvam a prática de crimes sob a jurisdição deste último. LIMA, Renata Mantovani de; SILVA, Filipe Augusto. Competência do TPI no caso do ataque ao hospital de Kunduz: uma análise envolvendo a jurisdição do TPI em relação a nacionais de Estados não-Parte do Estatuto de Roma. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, p. 349-368, 2017.

condições⁷⁹, deixando claro que “motivações políticas repercutem, assim, muitas vezes desfavoravelmente, nas atividades ordinárias do Tribunal”⁸⁰. Por fim, não se pode olvidar que não houve a tipificação do crime de terrorismo no Estatuto de Roma.

Embora haja críticas, a instituição do TPI representou um avanço no processo de construção e reconstrução do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, talvez, por isso, Ruth Wedgwood⁸¹ (Professora de DI na Universidade de Yale e que atuou como *amicus curiae* no TPI para Ruanda) tenha considerado a aprovação do Estatuto de Roma (no ano da comemoração do 50º aniversário da Declaração Universal de Direitos Humanos⁸²) como o evento do milênio⁸³.

3 O tratamento constitucional dispensado pelo Estado brasileiro

A Conferência de Roma (1998) é o resultado de um processo que possibilitou a consolidação do atual sistema internacional de justiça criminal por meio da aprovação de um tratado multilateral, negociado sob os auspícios da ONU, em cuja raiz encontra-se a Resolução 48/31, de 09/12/1993, da Assembleia Geral das Nações Unidas⁸⁴.

⁷⁹ Vide MEIRA MATTOS, Adherbal. *Direito Internacional Público*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 280.

⁸⁰ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 299.

⁸¹ WEDGWOOD, Ruth. The International Criminal Court: an American view. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 1, 1999, p. 93-107. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/10/1/93/600889?login=false>. Acesso em: 07 jul. 2022.

⁸² RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 462.

⁸³ Vide BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 611.

⁸⁴ “A tarefa de elaborar um projeto de estatuto para um tribunal penal internacional foi inicialmente atribuída à CDI. Pela resolução 48/31, de 09/12/1993, a Assembleia Geral, ao considerar o relatório da CDI sobre os trabalhos efetuados a respeito do Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade e o possível estabelecimento de uma jurisdição penal internacional, encomendou à CDI a elaboração, com caráter prioritário, de um projeto de estatuto para tal Corte, a ser concluído, se possível, em 1994, o que efetivamente ocorreu. Ao examinar o projeto de estatuto submetido pela CDI em 1994, a Assembleia Geral, através da resolução 49/53, de 09/12/1994, decidiu criar um Comitê, aberto a todos os membros da ONU, para estudar todos os aspectos relativos ao estabelecimento de um tribunal penal internacional e, à luz desse exame, propor medidas relativas à convocação de uma conferência de plenipotenciários. Em 1995, a AGNU estabeleceu o Comitê Preparatório sobre

A República Federativa do Brasil, ciosa da sua responsabilidade, participou desse processo desde o início, por meio de uma delegação integrada por diplomatas, representantes do Ministério da Justiça, da Secretaria Nacional de Direitos Humanos e da Procuradoria Geral da República⁸⁵.

Após a conclusão dos trabalhos, o instrumento foi aberto à assinatura dos Estados em 17 de julho de 1998. O Estado brasileiro assinou o texto principal do ER em 7 de dezembro de 2000; ratificou-o em 20 de junho de 2002⁸⁶; e incorporou-o ao seu ordenamento jurídico interno por meio do decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002⁸⁷, “habilitando o Brasil como um dos membros fundadores do TPI, uma vez que o Estatuto de Roma entrou em vigor em 1º de julho de 2002”⁸⁸.

o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, que levou adiante as negociações até a realização da Conferência de Roma em 1998. O projeto apresentado pela CDI foi urna das principais fontes de elaboração utilizadas pelo Comitê Preparatório, mas muitos de seus aspectos fundamentais foram alterados para dar lugar a concepções mais arrojadas em relação à projetada Corte. Basta mencionar algumas características do projeto oriundo da CDI, como a jurisdição facultativa, a maior dependência do Conselho de Segurança, a inexistência de poder de iniciativa do Promotor e a tipificação indireta (através de referência às convenções internacionais relativas aos crimes cominados: genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra). Com relação ao crime de agressão, o projeto da CDI condicionava o exame de urna queixa à predeterminação, pelo Conselho, da condição de agressor do Estado contra o qual a queixa se dirige (art. 23, §2º).” SABOIA, Gilberto Vergne. A conferência de Roma sobre a criação do Tribunal Penal Internacional. In: STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p. 73-94. p. 79-80.

⁸⁵ SABOIA, Gilberto Vergne. A conferência de Roma sobre a criação do Tribunal Penal Internacional. In: STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p. 73-94. p. 81.

⁸⁶ Vide UNITED NATIONS - UN. *Rome Statute of the International Criminal Court*. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en. Acesso em: 31 ago. 2021; RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 462; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 889.

⁸⁷ Vide BRASIL. Presidência da República. *Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 13 maio 2019.

⁸⁸ SABOIA, Gilberto Vergne. A conferência de Roma sobre a criação do Tribunal Penal Internacional. In: STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p. 73-94. p. 90.

Posteriormente (2004), o Constituinte derivado, no bojo da “Reforma do Poder Judiciário”, inseriu o §4º no Art. 5º da Constituição Federal (CF), por meio do qual estabeleceu que o “Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Apesar das críticas que recaem sobre a redação do dispositivo constitucional (notadamente sobre algumas imprecisões terminológicas⁸⁹) e abstraindo a clássica discussão sobre o conflito aparente de disposições do

ER com a Constituição Federal⁹⁰, destaca-se a divergência doutrinária sobre a natureza jurídica da norma, uma vez que a regra jurídica, embora faça alusão a uma Corte, não foi inserida no Capítulo III do Título IV da Constituição, referente ao Poder Judiciário, mas sim no Título II do texto constitucional, que regula os direitos e garantias fundamentais.

Para parcela da doutrina, trata-se de uma cláusula pétre⁹¹, já que o Constituinte derivado, durante a reforma

⁸⁹ “Imprecisões terminológicas [...] A par da dubiedade causada pela utilização da expressão ‘de tribunal penal internacional’ ao invés de ‘do Tribunal Penal Internacional’, logo no início do parágrafo já se identificam duas impropriedades formais que, embora não prejudiquem o seu entendimento, não seriam esperadas em um texto constitucional. A primeira é a palavra *Brasil*, a segunda é o verbo *submeter*. O ‘*Brasil se submete*’, assim se inicia o parágrafo. Ora, quem se apresenta como Estado, nos termos do art. 1º da nossa Carta Constitucional, e que tem como meta atingir os objetivos elencados no seu art. 3º, é a *República Federativa do Brasil*. Esse, ademais, por ter como fundamento a soberania, não se ‘submete’ a nenhum outro ente externo. O art. 4º da Constituição brasileira estabelece que as relações internacionais se regem pelos princípios *da independência nacional (I)*, e *da igualdade entre os Estados (V)*. A utilização da palavra sugere uma subordinação hierárquica entre dois entes ou pessoas, no caso, a República Federativa do Brasil e o TPI, o que sinaliza uma verticalização das relações internacionais brasileiras, incompatível com o princípio da soberania. Vale ressaltar, ademais, que a utilização da palavra *submissão* não se harmoniza nem sequer com o espírito do Estatuto de Roma, que criou o TPI. O estabelecimento do Tribunal Penal Internacional tem como fundamento o princípio da *complementariedade*, segundo o qual a jurisdição do tribunal é complementar à dos Estados-partes, que têm a competência e a jurisdição primeira para analisar os crimes ali previstos. Somente quando o Estado-parte não pode ou não tem meios para processar e julgar tais crimes, é que a jurisdição do TPI se impõe. Ela é, na verdade, *complementar* à jurisdição dos seus Estados-membros e, portanto, à jurisdição brasileira. No preâmbulo do estatuto já vem inscrita a diretriz de que os Estados-partes têm o *dever de exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes e que “o TPI, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais”*. Essa disposição é ainda reiterada no art. 1º, onde se lê que [...] o Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. Pode-se dizer, portanto, que nem mesmo na hipótese de a jurisdição brasileira se negar ou não ser apta a julgar determinado crime de competência do TPI, caso em que o princípio da complementariedade imporá a jurisdição daquela corte internacional, pode-se falar em submissão do Estado brasileiro. Antes, e mais propriamente, pode-se dizer que a República Federativa do Brasil reconhece e aceita a jurisdição do TPI, nos casos previstos no Tratado de Roma, ao qual voluntariamente aderiu e se tornou, pela sua ratificação, Estado-parte”. SIFUENTES, Mônica. A inclusão do parágrafo 4º no art. 5º da Constituição Federal: o Brasil e o Tribunal Penal Internacional. *Revista do Trib. Reg. Fed. 1ª Região*, Brasília, DF, ano 33, n. 1, 2021.

⁹⁰ Vide SILVA, Alice Rocha da; LINO, Clarice Nader Pereira. A constitucionalidade da pena de prisão perpétua no TPI frente ao ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, p. 120, 2012.

⁹¹ “Outra considerável alteração foi a adição, ao mesmo artigo 5º da Lei Maior, de um dispositivo relacionado à submissão do Estado brasileiro à jurisdição de Tribunal Penal Internacional, a cuja criação tenha aderido. Em uma primeira análise pode-se concluir, inicialmente, que seria uma desnecessária reafirmação do princípio constitucional da prevalência dos Direitos Humanos. Sem dizer na clara e anterior alusão de um Tribunal de Direitos Humanos propugnado pelo art. 7º do ADCT. Dado as características e a competência material do TPI, outro não seria o aludido Tribunal. Além disso, à época da publicação da Emenda Constitucional, o Estatuto de Roma já se encontrava devidamente incorporado ao ordenamento pátrio. Nessa perspectiva, a previsão constitucional, posterior à inserção deste ao direito interno, seria, tão somente, mera redundância normativa, dado que não teria o condão de alcançar e muito menos convalidar atos jurídicos perfeitos. Contudo, a interpretação a esse dispositivo não pode ser realizada de maneira tão superficial. Seu sentido e efeitos são de profunda complexidade. O que se pretende, em verdade, é afastar quaisquer discussões quanto à constitucionalidade das previsões estatutárias do Tribunal Penal Internacional. Para tanto, o § 4º, do artigo 5º da Constituição promoveu uma extensão da jurisdição brasileira ao claramente se submeter à jurisdição de Tribunal Penal Internacional, a cuja criação manifeste sua aderência, isto é, acabou por equiparar um Tribunal desse gênero aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro. Vê-se, portanto, que o intuito de tal dispositivo não é de declarar, na esfera constitucional, a adesão ao Tribunal Penal Internacional, mas reconhecer qualquer instituição dessa espécie como jurisdição nacional. No entanto, pode-se formular a seguinte indagação: se a intenção do dito parágrafo era a de estender o poder jurisdicional interno, por qual motivo não o inseriu dentre as disposições constantes do Capítulo III, do Título IV da Constituição? Para responder esse questionamento devem-se considerar alguns aspectos. Em primeiro lugar, ressalta-se que o diploma constitucional não obsta a ampliação da jurisdição nacional. Em segundo lugar, observa-se que, embora disponha sobre os órgãos jurisdicionais em um Capítulo específico, nada dispõe no sentido de impedir seu tratamento em domínio constitucional diverso. Aliás, assim o fez por mera questão organizacional e metodológica. Dito isso, é forçoso concluir que a opção do constituinte derivado em expandir o rol dos órgãos jurisdicionais no Título destinado aos direitos e garantias fundamentais foi deliberada, intencional. Isso porque, procedendo dessa maneira, erigiu-o como norma de caráter fundamental, acobertando-o pelo manto da cláusula pétre^a.” VOLPINI SILVA, Carla Ribeiro; LIMA, Renata Mantovani de. Uma análise da proteção dos direitos humanos pela Constituição brasileira após a emenda constitucional n. 45/2004: o caso TPI. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 1, p. 127-147, 2012.

do Poder Judiciário, optou pela inserção de um novo dispositivo no Art. 5º da Constituição, petrificando, com isso, a regra que assegura a submissão complementar do Estado brasileiro a um TPI, a cuja criação tenha manifestado adesão, evitando-se no futuro qualquer possibilidade de conflito com outras normas e, sobretudo, sua exclusão do sistema jurídico nacional.

Para outros⁹², entretanto, o dispositivo está deslocado no contexto do Art. 5º da CF, visto que não diz respeito a um direito, dever ou garantia. Trata-se, em verdade, de um princípio que rege a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais, já que a norma regula a relação do Estado brasileiro com uma instituição de Direito Internacional Público, razão pela qual deveria constar como um dos parágrafos do Art. 4º da Constituição.

Surge, então, uma questão: se há uma inadequação topográfica da regra jurídica no texto constitucional, qual teria sido a justificativa do Constituinte derivado para inseri-la como um parágrafo do Art. 5º da CF? Curiosamente, não há nenhuma menção à necessidade de submissão do Estado brasileiro a um TPI na versão original da exposição de motivos da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004⁹³. Mônica Sifuentes⁹⁴, ao examinar o processo legislativo que, entre outras coisas, culminou com a aprovação do § 4º, no art. 5º da CF, levanta um fato importante:

a questão da submissão do Brasil ao TPI surgiu [...] no relatório final da PEC 29/2000, encaminhada ao Senado Federal pela Câmara dos Deputados, como um apêndice (§ 6º) ao art. 109 da Constituição Federal, que trata da competência da Justiça Federal. Parecia fazer sentido aos autores da proposta, à época, que tendo sido acrescentado à competência dos juízes federais o julgamento dos crimes relativos aos direitos humanos, se esclarecesse, no parágrafo seguinte, que o Brasil se submetia à jurisdição dos Tribunais Penais Internacionais, em geral, sem especificar quais tribunais seriam esses.

[...] E, apesar da relevância da inserção efetuada no corpo da Constituição Federal, não se introduziu nenhuma justificativa adicional à conveniência ou

⁹² Vide SIFUENTES, Mônica. A inclusão do parágrafo 4º no art. 5º da Constituição Federal: o Brasil e o Tribunal Penal Internacional. *Revista do Trib. Reg. Fed. 1ª Região*, Brasília, DF, ano 33, n. 1, 2021.

⁹³ BRASIL. Legislação Informatizada. *Emenda Constitucional n.º 45, de 2004*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emendacon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-exposicao-demotivos-149264-pl.html>. Acesso em: 03 fev. 2023.

⁹⁴ Vide SIFUENTES, Mônica. A inclusão do parágrafo 4º no art. 5º da Constituição Federal: o Brasil e o Tribunal Penal Internacional. *Revista do Trib. Reg. Fed. 1ª Região*, Brasília, ano 33, n. 1, 2021.

necessidade de se incluir uma suposta “submissão” do Brasil aos tribunais penais internacionais no texto constitucional.

Essa proposta seguiu inalterada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ, em primeiro turno, quando foi então realizada a transferência do dispositivo em tela para o art. 5º. Não houve, e isso é um tanto inusitado, qualquer menção ou destaque que justificasse a mudança do então § 6º do art. 109 para o art. 5º, § 4º, da Constituição Federal.

[...]

Inexistiu, portanto, justificativa, destaque ou discussão. A inclusão do § 4º ao art. 5º da Constituição Federal surgiu no texto final da PEC. Parece o jabuti em cima do poste. Não se sabe como ele chegou lá, mas lá ele está.

Fica, então, o registro dessa discussão que há anos vem sendo ignorada pela doutrina brasileira.

4 O princípio da complementaridade e o sistema jurídico nacional

Nos termos do preâmbulo do ER, a jurisdição do TPI “será complementar às jurisdições penais nacionais”, pois “é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais”⁹⁵.

A partir dessa premissa, conclui-se que o Princípio da Complementaridade (ou da subsidiariedade), cujo fundamento decorre da previsão contida no Art. 1º do ER⁹⁶, representa a pedra angular da Corte⁹⁷, visto que “cabe primeiramente aos Estados proceder à investigação e à persecução penal dos crimes elencados no

⁹⁵ “[...] A ideia da complementaridade remonta a uma proposta constante do projeto da CDI de que o futuro órgão permanente deveria ser complementar aos sistemas judiciais dos Estados nos casos em que os procedimentos nacionais estivessem indisponíveis ou fossem ineficazes. Ao longo das negociações, entendeu-se que o princípio deveria criar sólida presunção a favor das jurisdições nacionais, sobretudo em função das vantagens intrínsecas dos tribunais nacionais”. CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações* para o Brasil. Brasília: FUNAG, 2012. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/986-Tribunal_Penal_Internacional_CONCEITOS.pdf. Acesso em: 13 jul. 2022.

⁹⁶ ER, Artigo 1º – “[...] O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais [...]”.

⁹⁷ Vide BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 603.

Estatuto e, somente se e quando se quedarem inertes, legitimada a Corte Internacional a agir”⁹⁸.

Dito isso, a Corte Internacional Criminal da Haia, nos termos do Artigo 17 do ER, atuará, basicamente, quando o Estado não demonstrar *vontade de agir* (*unwillingness*⁹⁹) ou *incapacidade* (*inability*)¹⁰⁰ — caso, por exemplo, da guerra que se desenvolve no território de um dos Estados beligerantes)¹⁰¹ para investigar, processar e julgar os crimes internacionais contidos no Tratado.

Resta claro, portanto, que a responsabilidade primária para apuração e julgamento dos indivíduos, acusados dos crimes tipificados no ER, é do Estado parte.

Nesse contexto, discute-se, em sede de doutrina, a importância da tipificação específica no ordenamento jurídico nacional, por força do princípio da complementaridade, dos crimes previstos no ER. Dessa discussão, emanam algumas questões importantes: o Estatuto de Roma (incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo decreto n.º 4.388/2002) ampliou o rol dos crimes previstos no sistema jurídico nacional? O Ministério Público brasileiro poderia oferecer uma denúncia com base apenas no decreto? Uma eventual condenação penal, nesse caso, seria válida? Poderíamos afirmar que existe uma norma penal vigente no Brasil que não foi elaborada pelo Congresso Nacional? O Princípio da Legalidade para efeitos penais abrangeria também as regras jurídicas decorrentes de tratados ratificados pela República Federativa do Brasil e incorporados ao sistema normativo nacional?

Se a resposta para qualquer dessas indagações for negativa, o Estado brasileiro estaria em mora com o instrumento internacional, razão pela qual seria então necessária a elaboração de uma lei ordinária específica introduzindo as mesmas condutas caracterizadoras dos crimes previstos no ER no ordenamento jurídico nacional, em atenção ao comando constitucional inserto no

Art. 5º, §4º, que determina que o Brasil se submete à jurisdição de TPI.

Não há, entretanto, consenso doutrinário sobre essa discussão¹⁰².

De acordo com parcela da doutrina, o ER não impõe expressamente reformas legislativas nos Estados partes¹⁰³. No caso do Brasil, essa linha de pensamento, de certa forma, vai ao encontro do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 80.004/SE, de 1977¹⁰⁴, visto que o Tratado, após a sua promulgação, passa a produzir efeitos no sistema jurídico nacional em paridade normativa com a legislação ordinária federal. Vale dizer, no mesmo patamar hierárquico do Código Penal, afastando com isso, qualquer possibilidade de alegação de ofensa aos princípios da legalidade e da anterioridade. Do mesmo modo, o II Princípio de Nuremberg estabelece que “a lei interna/nacional que não constituir como crime a conduta regulada como criminosa pelo direito internacional é irrelevante”. Por conseguinte, os indivíduos não estão isentos de responsabilidade internacional, em razão da ausência de tipicidade (específica) na legislação interna dos seus Estados, especialmente porque, em Nuremberg, “afirmou-se claramente que a violação das ‘leis da humanidade’, conceito introduzido pela Comissão de Paris em 1919, depois da I Guerra Mundial, constitui uma violação do direito internacional consuetudinário”¹⁰⁵.

¹⁰² Vide “Um tema que gerou muitas interpretações diz respeito à possibilidade de o Estatuto de Roma estabelecer, ou não, uma obrigação legal de implementação. Sobre o assunto, não há consenso, [...]”. VARDÁ, Francesca. A implantação do Estatuto de Roma no continente americano: um olhar sobre alguns esforços, avanços e desafios. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, p. 194-2011, 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33248.pdf>. Acesso em: 29 out. 2021.

¹⁰³ “O Tribunal Penal Internacional (este, de caráter permanente) funciona em obediência ao *princípio da complementaridade*, apenas julgando quando as justiças nacionais não querem ou não podem julgar adequadamente os acusados (exceto nos casos em que a jurisdição é exercida quando da comunicação de uma situação, por parte do Conselho de Segurança [Artigo 13. b]). Por isso, o Estatuto do TPI não obriga expressamente os Estados a proceder a reformas para facilitar a repressão pelas legislações nacionais, embora se possa validamente afirmar que esse seja o espírito do Estatuto.” CRETELLA NETO, José. *Direito internacional público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 1056.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. RE 80004/SE. Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias [...]. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Brasília, 01 de junho de 1977. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14614120>. Acesso em: 29 out. 2021.

¹⁰⁵ MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do paradigma*

⁹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF (Plenário). *Petição 4.625 - República do Sudão*. Repte.(s) Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma). Reqdo.: Presidente do Sudão. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgado em 22 de junho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343576063&text=.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2022.

⁹⁹ Vide BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 606.

¹⁰⁰ BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 606.

¹⁰¹ Vide RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 464; ARAS, Vladimir. *Direito Internacional Público*. Leme, SP: Editora Mizuno, 2021. p. 258.

O problema, entretanto, refere-se ao fato de que a aplicação integral do ER pela autoridade judiciária brasileira enfrentaria dificuldades, dadas as especificidades do Tratado. Com isso, para outros autores¹⁰⁶, haveria a necessidade de implementação, no ordenamento jurídico nacional, dos tipos penais previstos no ER que ainda não estejam previstos na legislação brasileira (caso dos crimes contra a humanidade, de guerra e de agressão). O fundamento para tanto decorre da previsão contida no Art. 70, 4, “a” do ER¹⁰⁷, assim como do parágrafo 33 da Resolução (ICC-ASP/5 Res. 3, aprovada pela Assembleia dos Estados Partes do Estatuto de Roma, na sétima sessão plenária de 1º de dezembro de 2006¹⁰⁸) que, de forma expressa, insta os Estados (com base no princípio fundamental da complementaridade) a tipificarem, em sua legislação nacional, como delitos puní-

veis, os crimes enumerados nos Artigos 6º, 7º e 8º do Estatuto de Roma¹⁰⁹.

A necessidade de aprovação de lei específica no Brasil foi enfatizada na exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 4.038/2008¹¹⁰, de iniciativa do Poder Execu-

clássico ao pós-11 de setembro. 4. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2013. p. 451-452.

¹⁰⁶ “Não se pode deixar de lamentar que, apesar do apoio que o Brasil empresta ao TPI e à luta contra a impunidade nos casos de graves crimes de transcendência internacional, até agora continua pendente de aprovação no Congresso Nacional Projeto de Lei que incorpora ao sistema jurídico nacional figuras penais e outras normas indispensáveis para a adequada cooperação entre nosso País e o TPI. O projeto, elaborado por um Grupo de Trabalho interministerial que contou com o apoio de representante do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, parece conter os elementos necessários para o bom funcionamento dessa cooperação. Nada justifica essa falta de andamento do projeto, uma vez que seus eventuais defeitos podem ser corrigidos durante a tramitação.” SABOIA, Gilberto Vergne. A conferência de Roma sobre a criação do Tribunal Penal Internacional. In: STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p. 73-94. p. 91. Em sentido semelhante: FREITAS, Christiana Galvão Ferreira. A internalização do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional no ordenamento jurídico brasileiro: desafios à jurisdição constitucional interna. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 1, p. 1-16, 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/448/289>. Acesso em: 18 dez. 2022; SOUSA, Mônica Teresa Costa; GOLTZMAN, Elder Maia; TRAJANO, Izabela de Oliveira. A incorporação do Estatuto de Roma no Direito brasileiro e o aparente conflito com as normas constitucionais: da prisão perpétua e entrega de nacionais. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 40, p. 101-126, 2021.

¹⁰⁷ ER, Art. 70, 4. a) Cada Estado Parte tornará extensivas as normas penais de direito interno que punem as infrações contra a realização da justiça às infrações contra a administração da justiça a que se faz referência no presente artigo, e que sejam cometidas no seu território ou por um dos seus nacionais.

¹⁰⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT - ICC. Assembly of States Parties to the Rome Statute. ICC - 2006/2007 - 5th Session – Resolutions. Disponível em: <https://asp.icc-cpi.int/resolutions/sessions/2006-5th-session>. Acesso em: 17 dez. 2022.

¹⁰⁹ “33. Insta os Estados, especialmente levando em conta o princípio fundamental da complementaridade, a tipificarem em sua legislação nacional como delitos puníveis os crimes enumerados nos artigos 6.º, 7.º e 8.º do Estatuto de Roma e assegurem o cumprimento efetivo dessa legislação” (Tradução livre). Versão oficial: “33. Insta a los Estados a que, en especial teniendo en cuenta el principio fundamental de la complementariedad, tipifiquen en su legislación nacional como delitos punibles los crímenes enumerados en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma y aseguren el cumplimiento efectivo de esa legislación”. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT - ICC. *Resolución ICC-ASP/5 Res.3*: Aprobada por consenso en la séptima sesión plenaria el 1º de diciembre de 2006. Disponível em: https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Resolutions/ICC-ASP-ASP5-Res-03-SPA.pdf#page=5. Acesso em: 27 jul. 2022.

¹¹⁰ “Excelentíssimo Senhor Presidente da República, o Brasil assinou, em 17 de julho de 1998, o Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional (TPI), instituição permanente e complementar às jurisdições penais nacionais, com competência para julgar indivíduos responsáveis pelos crimes de genocídio, guerra e contra a humanidade. 2. Após a aprovação de seu texto pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, o referido ato internacional passou a vigorar, para o Brasil, em 1º de setembro de 2002. Desde então, faz-se necessária a regulamentação dos tipos penais criados pelo Estatuto de Roma e ainda não previstos em nosso ordenamento jurídico interno. 3. Com exceção do crime de genocídio, já tipificado em lei própria, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade ainda não são previstos em nossa legislação e demandam regulamentação legal. 4. Desse modo, com o intuito de incorporar o Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico nacional, e assim dar cumprimento ao compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República instituiu sob sua coordenação Grupo de Trabalho (GT) que resultou na elaboração do Projeto de Lei que “dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências”. 5. Após quase quatro anos de dedicação e afincos, os membros do Grupo, composto por renomados juristas representantes do Ministério Público Militar, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério Público Federal, da Advocacia Geral da União, da Casa Civil, do Senado Federal e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), apresentam como resultado o referido Projeto de Lei, acompanhado de uma exaustiva justificativa que fazemos questão de incluir como anexo desta Exposição de Motivos pelo seu valor não só jurídico, mas também acadêmico. 6. O presente Projeto de Lei tem como propósito possibilitar o exercício da jurisdição primária pelo Estado brasileiro e viabilizar a cooperação com o Tribunal Penal Internacional. Assegura-se, assim, que, em nenhuma hipótese, uma pessoa ou um crime internacional sujeito à jurisdição penal brasileira renda ensejo à atuação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, pois se dota o País dos instrumentos jurídicos necessários ao cumprimento de suas obrigações internacionais. 7. Por fim, ressaltamos a valiosa contribuição recebida do Comitê Internacional da

tivo, que “dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional”, assim como “institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências”, apensado ao Projeto de Lei n.º 301-A, de 2007¹¹¹, que “define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências”¹¹². A aprovação desse Projeto de Lei, que infelizmente está parado na Câmara dos Deputados¹¹³, possibilitará a concretização da disposição contida no Art. 5º, § 4º da CF.

Ad argumentandum tantum, o Art. 88 do Estatuto de Roma¹¹⁴ (que trata da cooperação internacional) contempla outra hipótese de necessidade de implementação das regras contidas no Tratado cuja omissão, no caso do Estado brasileiro, pôde ser percebida no cumprimento do mandado de prisão expedido pelo TPI, em 2009¹¹⁵,

Cruz Vermelha (CICV), especialmente no que diz respeito ao artigo 39 e ao parágrafo único do artigo 58, permitindo que o texto do Projeto de Lei contemplasse, de maneira mais abrangente, dispositivos previstos no direito humanitário internacional.” BRASIL. Subchefia de Assuntos Parlamentares. *E.M.I. nº 0018 - SEDH-PR/MJ/MRE/AGU*. 20 nov. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2007/18%20-%20SEDH-PR%20MJ%20MRE%20AGU.htm. Acesso em: 22 dez. 2022.

¹¹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 4038/2008*. Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410747>. Acesso em: 18 dez. 2022.

¹¹² BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 301/2007*. Define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410747>. Acesso em: 18 dez. 2022.

¹¹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 301/2007*. Define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410747>. Acesso em: 18 dez. 2022.

¹¹⁴ ER, Artigo 88 (Procedimentos Previstos no Direito Interno) - Os Estados Partes deverão assegurar-se de que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação especificadas neste Capítulo.

¹¹⁵ Vide INTERNATIONAL CRIMINAL COURT - ICC. *Darfur*. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/darfurhttps://www.icc-cpi.int/cdi>. Acesso em: 13 maio 2019.

em desfavor do então Presidente do Sudão Omar al-Bashir¹¹⁶, já que houve dúvidas, por falta de regulamentação específica, sobre o órgão competente para efetivar o cumprimento da medida (se seria o STJ, o STF ou a Justiça Federal de Primeiro Grau).

Há, portanto, uma clara mora legislativa, visto que, passados mais de 20 anos da ratificação do Estatuto de Roma pelo Estado brasileiro, até agora não foi aprovada nenhuma lei interna de implementação do tratado, comprometendo, assim, gravemente, a atuação primária da Justiça brasileira.

5 Emendas de Kampala

Embora o crime de agressão tenha sido inserido no Estatuto de Roma (Art. 5º, §1º¹¹⁷) como um dos crimes de competência do TPI, os elementos constitutivos do ilícito não constavam da versão original do instrumento, visto que não houve consenso na Conferência de Roma sobre a sua definição¹¹⁸.

Houve necessidade, portanto, por força da disposição contida no Art. 5º, §2º do Estatuto de Roma¹¹⁹, da aprovação de uma emenda para suprir aquela lacuna normativa. Isso somente ocorreu em 11 de junho de 2010, na Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, realizada em Kampala, Uganda¹²⁰, quando aprovou-se

¹¹⁶ Nenhum dos dois mandados de prisão contra ele foram executados, e ele não está sob custódia do Tribunal.

¹¹⁷ ER, Artigo 5º (Crimes da Competência do Tribunal) – 1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão.

¹¹⁸ TEIXEIRA, Gabriel Haddad. O Tribunal Penal Internacional como um instrumento complementar na proteção dos bens jurídicos internacionais. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 1, 2012.

¹¹⁹ ER, Artigo 5º (Crimes da Competência do Tribunal) – 2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

¹²⁰ Vide INTERNATIONAL CRIMINAL COURT - ICC. *Resolución RC/Res.6*. Disponível em: https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/RC2010/AMENDMENTS/CN.651.2010-ENG-CoA.pdf, 2010 ou <https://asp.icc-cpi.int/reviewconference/crime-of-aggression>, 2010. Acesso em: 23 dez. 2022.

a Resolução RC/Res.6¹²¹, que adotou um conjunto de emendas relativas ao crime de agressão.

Com a aprovação das “Emendas de Kampala”, o Artigo 8º *bis* (que contemplou a definição do crime de agressão) e os Artigos 15 *bis* e 15 *ter* (que regulamentaram a atuação da Corte na ocorrência do crime) passaram, então, a constar da versão mais atualizada do ER, desde que fosse atingido o número mínimo de vinculações internacionais. Por consequência, o §2º do Art. 5º seria excluído do tratado¹²².

Em 26 de junho de 2016, com o depósito do trigésimo instrumento de vinculação internacional¹²³, o requisito convencional foi finalmente cumprido. Porém, por força da disposição contida no parágrafo 2º dos Artigos 15 *bis* e 15 *ter*¹²⁴, a jurisdição do TPI (sobre o crime de agressão) somente poderia ser exercida após um ano. Por isso, em 14 de dezembro de 2017, na 13ª Sessão Plenária dos Estados partes do ER, aprovou-se a Resolução ICC-ASP/16/Res. 5¹²⁵, referendando a ativação da jurisdição da Corte Internacional Criminal da Haia, para o julgamento do referido crime, a partir de 17 de julho de 2018.

As alterações no ER, pelo que se depreende, constituem um inegável avanço à consolidação do sistema internacional de justiça criminal, já que possibilitaram o

exercício da jurisdição complementar do TPI em relação ao crime de agressão.

Ocorre que, inexplicavelmente, até o presente momento, a República Federativa do Brasil não ratificou o acordo de emenda¹²⁶, descumprindo, com isso, não somente o texto constitucional brasileiro, mas, sobretudo, o compromisso internacional assumido de boa-fé.

6 Considerações finais

A implementação de um sistema internacional de justiça criminal permanente vem sendo idealizado desde os tempos mais longínquos. Concretizou-se, apenas, no fim do século XX, com a criação do TPI pelo Estatuto de Roma (1998).

Para além de aplacar parte das críticas que recaíram sobre os Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* anteriores, o atual TPI tem a importante missão de processar e julgar, subsidiariamente, os indivíduos acusados dos chamados crimes de *jus cogens*.

Tecnicamente, portanto, a responsabilidade primária para apuração e julgamento dos crimes internacionais (de maior gravidade) é dos Estados partes. O fundamento para tanto decorre da previsão contida no Art. 1º do ER, indiscutivelmente um dos mais importantes do Tratado¹²⁷, já que materializa o princípio da complementaridade. Por força desse importante vetor, a Corte Internacional Criminal da Haia poderá atuar, basicamente, nos casos em que se verificar falta de vontade de agir (*unwillingness*) ou incapacidade (*inability*) do Estado de realizar uma investigação e/ou instrução processual criminal.

A República Federativa do Brasil, ciosa de sua responsabilidade, ratificou o Estatuto de Roma, em 20 de

¹²¹ Vide INTERNATIONAL CRIMINAL COURT - ICC. *Resolución RC/Res.6*. Disponível em: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf. Acesso em: 05 jan. 2021.

¹²² “Paragraph 2 of article 5 (“The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression once a provision is adopted in accordance with articles 121 and 123 defining the crime and setting out the conditions under which the Court shall exercise jurisdiction with respect to this crime. Such a provision shall be consistent with the relevant provisions of the Charter of the United Nations.”) was deleted in accordance with RC/Res.6, annex I, of 11 June 2010.” In: INTERNATIONAL CRIMINAL COURT - ICC. *Rome Statute of the International Criminal Court*, 2011. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2023.

¹²³ Vide INTERNATIONAL CRIMINAL COURT - ICC. *Estado da Palestina torna-se o trigésimo Estado a ratificar as emendas de Kampala sobre o crime de agressão*. Disponível em: <https://asp.icc-cpi.int/press-releases/PR1225>. Acesso em: 27 jan. 2023.

¹²⁴ Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión. Artículo 15 *bis* e 15 *ter*, 2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes.

¹²⁵ Vide INTERNATIONAL CRIMINAL COURT - ICC. *Resolución ICC-ASP/16/Res.5*. Disponível em: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ASP16/ICC-ASP-16-Res5-SPA.pdf ou <https://asp.icc-cpi.int/resolutions/sessions/2017-16th-session>. Acesso em: 23 dez. 2022.

¹²⁶ Vide INTERNATIONAL CRIMINAL COURT - ICC. *Amendments on the crime of aggression to the Rome Statute of the International Criminal Court*. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=XVIII-10-b&chapter=18&clang=en. Acesso em: 28 ago. 2021.

¹²⁷ “O principal dispositivo do *Estatuto*, que figura no artigo 1º, é o princípio da *complementaridade*, nos termos do qual a jurisdição do TPI terá caráter excepcional e complementar, isto é, somente será exercida em caso de manifesta incapacidade ou falta de disposição de um sistema judiciário nacional para exercer sua jurisdição primária. Ou seja, os estados terão primazia para investigar e julgar os crimes previstos no Estatuto do Tribunal.” CASELLA, Paulo Borba; ACIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. N. *Manual de Direito Internacional Público*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 833.

junho de 2002, incorporando-o ao seu ordenamento jurídico por meio do decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002. Posteriormente, o legislador brasileiro incluiu um novo dispositivo no Capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos da Constituição Federal (com algumas imprecisões terminológicas), enfatizando a ideia, por meio do Art. 5º, §4º da CF (aprovado pela Emenda Constitucional 45/2004), que o “Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Na prática, entretanto, esse amplo conjunto normativo (nacional e internacional) vem sendo descumprido. Como analisado, o exercício da jurisdição primária pelas Cortes nacionais depende da aprovação de lei específica. Ocorre que o Projeto de Lei n.º 4.038/2008, de iniciativa do Poder Executivo (apensado ao Projeto de Lei n.º 301-A, de 2007¹²⁸), está parado na Câmara dos Deputados há mais de uma década. Ademais, o acordo de emenda de 2010 (elaborado na Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, realizada em Kampala, Uganda), que regulamentou o crime de agressão, ainda não foi ratificado pelo Brasil.

A superação dessas lacunas, para além de assegurar efetividade ao Art. 5º, §4º da CF (que está em perfeita harmonia com o princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais), possibilitará o alinhamento da legislação nacional com todas as obrigações decorrentes do Estatuto de Roma, ao qual a República Federativa do Brasil se vinculou espontaneamente.

Referências

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ARAS, Vladimir. *Direito internacional público*. Leme, SP: Editora Mizuno, 2021.

¹²⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 4038/2008*. Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410747>. Acesso em: 18 dez. 2022.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Direitos humanos*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRITO, Wladimir. *Direito internacional público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2014.

CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil*. Brasília: FUNAG, 2012. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/986-Tribunal_Penal_Internacional_CONCEITOS.pdf. Acesso em: 13 jul. 2022.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. *Direito internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. N. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. N. *Manual de direito internacional público*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CRETELLA NETO, José. *Direito internacional público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

FREITAS, Christiana Galvão Ferreira. A internalização do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional no ordenamento jurídico brasileiro: desafios à jurisdição constitucional interna. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 1, p. 1-16, 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/448/289>. Acesso em: 18 dez. 2022.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito internacional penal: uma perspectiva dogmática-crítica*. Portugal: Edições Almedina, 2015.

GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUIMARÃES, Antônio Marcio da Cunha. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2017.

IMPERADOR japonês é condenado em julgamento simbólico. *Jornal Folha de São Paulo*, 12 dez. 2000. Di-

- ponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u14756.shtml>. Acesso em: 15 out. 2021.
- JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito internacional penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- JARDIM, Tarciso Dal Maso. Experiências anteriores à Segunda Guerra Mundial: formação de paradigmas de justiça internacional penal. In: SALIBA, Aziz Tuffi; SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da; NASSER, Salem Hikmat (org.). *Tribunais penais internacionais e híbridos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020. cap. 2.
- JO, Hee Moon. *Introdução ao direito internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. *Estudos Avançados*, v. 45, p. 187-197, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v16n45/v16n45a12>. Acesso em: 04 jan. 2013.
- LIMA, Renata Mantovani de; SILVA, Filipe Augusto. Competência do TPI no caso do ataque ao hospital de Kunduz: uma análise envolvendo a jurisdição do TPI em relação a nacionais de Estados não-Parte do Estatuto de Roma. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, p. 349-368, 2017.
- LOPES, Rodolfo Soares Ribeiro. *Direito internacional público: à luz dos direitos humanos e jurisprudência internacional*. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2013.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.
- MEIRA MATTOS, Adherbal. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 2.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito penal e direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. *Evolução da justiça penal internacional*. International US: Criminal Court, 2024. Disponível em: <https://www.aba-icc.org/about-the-icc/evolution-of-international-criminal-justice/>. Acesso em: 12 maio 2019.
- PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, v. 1, p. 154-193, 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33247.pdf>. Acesso em: 12 maio 2019.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na Ordem Internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SABOIA, Gilberto Vergne. A conferência de Roma sobre a criação do Tribunal Penal Internacional. In: STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 73-94.
- SIFUENTES, Mônica. A inclusão do parágrafo 4º no art. 5º da Constituição Federal: o Brasil e o Tribunal Penal Internacional. *Revista do Trib. Reg. Fed. 1ª Região*, ano 33, n. 1, 2021.
- SILVA, Alice Rocha da; LINO, Clarice Nader Pereira. A constitucionalidade da pena de prisão perpétua no TPI frente ao ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 2, p. 115-124, 2012.
- SILVA, Roberto Luiz. *Direito internacional público*. 5. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

SOUSA, Mônica Teresa Costa; GOLTZMAN, Elder Maia; TRAJANO, Izabela de Oliveira. A incorporação do Estatuto de Roma no Direito brasileiro e o aparente conflito com as normas constitucionais: da prisão perpétua e entrega de nacionais. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 40, p. 101-126, 2021.

TEIXEIRA, Gabriel Haddad. O Tribunal Penal Internacional como um instrumento complementar na proteção dos bens jurídicos internacionais. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 1, p. 27-40, 2012.

TIVERON, Raquel. Ébano e Marfim: a justiça restaurativa e o TPI orquestrados para a paz sustentável em Uganda. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 4, p. 151-167, 2012

VARDA, Francesca. A implantação do Estatuto de Roma no continente americano: um olhar sobre alguns esforços, avanços e desafios. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, p. 194-2011, 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33248.pdf>. Acesso em: 29 out. 2021.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VOLPINI SILVA, Carla Ribeiro; LIMA, Renata Mantovani de. Uma análise da proteção dos direitos humanos pela Constituição brasileira após a emenda constitucional n. 45/2004: o caso TPI. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 1, 2012.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

The International Criminal Court at the Crossroads: selectivity, politics and the prosecution of international crimes in a post-Western world

O Tribunal Penal Internacional na encruzilhada: seletividade, políticas e o processo penal de crimes internacionais num mundo pós-ocidental

Rui Carlo Dissenha

Derek Assenço Cruz

VOLUME 21 • N. 1 • 2024
INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: 25 YEARS

The International Criminal Court at the Crossroads: selectivity, politics and the prosecution of international crimes in a post-Western world*

O Tribunal Penal Internacional na encruzilhada: seletividade, políticas e o processo penal de crimes internacionais num mundo pós-ocidental

Rui Carlo Dissenha**

Derek Assenço Creuz***

Abstract

By delving into the past and present, this article's objective is to critically assess the selectivity of International Criminal Law (ICL) in light of the International Criminal Court (ICC)'s response to the conflict in Ukraine. This research seeks to provide insight into selectivity, politics and international criminal lawmaking and enforcement, attempting to pave a future where the ICC may engage in international affairs in a meaningful and adequate way. This is a case study of the ICC's response to the Ukraine situation that, by adopting bibliographic, documental, jurisprudential and legislative research methods as its working methodology, provides an overarching vision of the selectivity critique in the international criminal realm and dives into the inherently political element of ICL. As a result, this research appraises the political dimension of the ICC, stating the need for the Court to embrace it as a way of achieving its ending impunity goal while advocating for transparent criteria for case prosecution and trial. The suggestion that the ICC fully engages with its political element as a way to promote transitional, conflict-settling justice and to find its renewed inner voice in a post-Western world is brought forth as a concluding remark.

Keywords: International Criminal Court; international criminal law; selectivity; politics; Ukraine; Post-Western world.

Resumo

Aprofundando-se no passado e no presente, o objetivo deste artigo é avaliar criticamente a seletividade do Direito Penal Internacional (DPI) à luz da resposta do Tribunal Penal Internacional (TPI) ao conflito na Ucrânia. Esta pesquisa busca fornecer perspectivas sobre a seletividade, a dimensão política e a criação e aplicação de normas penais internacionais, buscando abrir caminho para que o TPI se envolva em assuntos internacionais de forma significativa e adequada. Trata-se de um estudo de caso da resposta à

* Recebido em 01/08/2023
Aprovado em 21/08/2023

** Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná, contemplado com bolsa CAPES/PROEX. Pós-graduado em Direitos Humanos pela Faculdade CERS. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Email: ruidissenha@hotmail.com

*** Doctoral candidate in Law at Universidade Federal do Paraná (UFPR). Masters' degree in Law from UFPR funded by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal do Ensino Superior (CAPES/PROEX). Postgraduate Certificate in Human Rights Law at Centro de Ensino Renato Saraiva (CERS). Bachelor's degree in Law from Universidade Positivo. Member of the "Direito Internacional Crítico" (UFU), "Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais" (USP) and "Núcleo de Estudos sobre a Internacionalização do Poder Punitivo" (UFPR) research groups. E-mail: derek.creuz@ufpr.br.

situação da Ucrânia que, ao adotar métodos de pesquisa bibliográfica, documental, jurisprudencial e legislativa como sua metodologia de trabalho, oferece uma visão abrangente da crítica à seletividade no âmbito penal internacional e mergulha no elemento inerentemente político do DPI. Como resultado, esta pesquisa avalia a dimensão política do TPI e defende que o Tribunal abraça essa dimensão como meio de alcançar seu objetivo de acabar com a impunidade, ao mesmo tempo em que defende a adoção de critérios transparentes para a investigação e julgamento dos casos. A sugestão de que o TPI se envolva plenamente com seu elemento político como forma de promover uma justiça transicional e voltada à resolução de conflitos e encontrar sua voz interna renovada em um mundo pós-ocidental é apresentada como argumento conclusivo.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional; direito penal internacional; seletividade; política; Ucrânia; mundo Pós-Occidental.

1 Introduction

Criticisms regarding the selectivity and unequal enforcement of International Criminal Law (ICL) are far from new. Courts such as the International Military Tribunals for Nuremberg and the Far East¹, the *ad hoc* International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia (ICTY) and Rwanda (ICTR)² and the International Criminal Court (ICC)³ have all faced the selectivity critique at some point. While selectivity is, at least to some

extent, inherent to ICL⁴, it nevertheless harms the globally shared perception of legitimacy of international criminal trials⁵, especially among victims⁶.

As the Rome Statute, the international treaty that established the ICC, completed 25 years in 2023, reassessing the strengths and weaknesses of the Court is key to ensuring the success of its ending impunity goal in the future. The ICC is today “a staple not only of legal commentary but also of political discourse”⁷, which makes it a prominent stakeholder in ongoing international conflicts, such as the one between Russia and Ukraine. The Russo-Ukrainian conflict has spurred the interest of the international community and, likewise, called upon international organisations and adjudicative bodies such as the ICC to take action and respond accordingly.

Given the close historical relation between international politics and International (Criminal) Law and how international criminal justice has been repeatedly on the spot due to its so-called political bias⁸, one should worry about the influence of the interests of the Global North over ICL. This is particularly true due to accusations of double standards⁹ and to a freshened

¹ ZOLO, Danilo. *La Giustizia dei Vincitori: Da Norimberga a Baghdad*. Roma-Bari: Laterza, 2006; SCHABAS, William. Victors’ Justice? Selecting Targets for Prosecution. In: SCHABAS, William. *Unimaginable Atrocities: Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 73-98; KOPELMAN, Elizabeth S. Ideology and International Law: The Dissent of the Indian Justice at the Tokyo War Crimes Trial. *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 23, p. 373-444, 1991.

² CASSESE, Antonio. The Legitimacy of International Criminal Tribunals and the Current Prospects of International Criminal Justice. *Leiden Journal of International Law*, v. 25, n. 2, p. 491-501, June 2012; CRYER, Robert. *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

³ GEGOUT, Catherine. The International Criminal Court: limits, potential and conditions for the promotion of justice and peace. *Third World Quarterly*, v. 34, n. 5, p. 800-818, 2013; DEGUZMAN, Margaret M. Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court. *Michigan Journal of International Law*, v. 33, n. 2, p. 265-320, 2012.

⁴ KIYANI, Asad G. Re-narrating selectivity. In: DEGUZMAN, Margaret; OOSTERVELD (ed.). *The Elgar Companion to the International Criminal Court*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020. p. 307-333; VAN DER WILT, Harmen. Selectivity in International Criminal Law: Assymetrical Enforcement as a Problem for Theories of Punishment. In: JESSBERGER, Florian; GENEUSS, Julia (ed.). *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 305-322.

⁵ ARMENIAN, Andre V. Selectivity in International Criminal Law: An Assessment of the ‘Progress Narrative’. *International Criminal Law Review*, v. 16, n. 4, p. 642-672, 2016; REYNOLDS, John; XAVIER, Sujith. ‘The Dark Corners of the World’: TWAII and International Criminal Justice. *Journal of International Criminal Justice*, v. 14, n. 4, p. 959-983, Sep. 2016; CHRISTIANO, Thomas. The problem of selective prosecution and the legitimacy of the International Criminal Court. *Journal of Social Philosophy*, Early View, p. 1-21, 2021.

⁶ KERR, Christa-Gerr. Sovereign Immunity, the AU, and the ICC: Legitimacy Undermined. *Michigan Journal of International Law*, v. 41, n. 1, p. 195-225, 2020; NIANG, Mandiaye. Africa and the Legitimacy of the ICC in Question. *International Criminal Law Review*, v. 17, n. 4, p. 615-624, 2017.

⁷ KREVER, Tor. International Criminal Law: An Ideology Critique. *Leiden Journal of International Law*, v. 26, n. 3, p. 701-723, Sep. 2013. p. 701.

⁸ See, e.g., SCHABAS, William A. Victor’s Justice: Selecting Situations at the International Criminal Court. *The John Marshall Law Review*, v. 43, p. 535-552, 2010.

⁹ AMBOS, Kai. Ukraine and the Double Standards of the West. *Journal of International Criminal Justice*, v. 20, n. 4, p. 875-892, Sep. 2022.

selectivity critique¹⁰ that has permeated ICL scholars' response to the Ukraine situation. Crucially, this high-profile conflict places the ICC at a crossroads, once more testing its ability to withstand challenges to its legitimacy and legality.

By seeking to comprehend how criminal selectivity and the influence of international politics can become obstacles to the ICC's mission in a multipolar world, this article seeks to reflect upon the past, assess the present and propose a future where (international criminal) law and politics work together, and not against each other in ensuring justice for all. This research's objective is to critically assess the selectivity of international criminal justice in light of the ICC's response to the Russo-Ukrainian conflict. By looking at the history of international criminal justice as one infused with selectivity and legitimacy critiques, this article reflects upon how the ICC became one of the main stakeholders in the quest for accountability against Russia, while embroiling itself in the interests of the West – as it had already done in the past. By doing so, it seeks to contribute to a growing body of literature that critically reflects on the ICC's role in the crisis of the international (liberal) legal order.

This is a case study¹¹ that adopts bibliographic, documental, jurisprudential and legislative research methods¹² as its working methodology. It is divided in four

stages. Section 1 broadly presents and contextualizes the conflict between Russia and Ukraine. Section 2 introduces ICL's normative framework and assesses the warrants of arrest against Vladimir Putin and Maria Lvova-Belova. Section 3 analyses the orders of arrest under the light of the selectivity critique against the ICC. Section 4 turns to selectivity as a historical and unavoidable issue of international criminal justice. Finally, section 5 points to the reconfiguration of the post-Western world and what place the ICC has in it, weighing the role of politics in ICL against the need for an international criminal justice that serves all, and not just the Global North.

2 The Ukrainian-Russian Conflict and the International Community's Reaction(s)

February 2022 was marked by the outbreak of an international armed conflict between Russia and Ukraine – a conflict unprecedented in scope and gravity in the troubled relationship between these States¹³. The beginning of the armed conflict marked an escalation of Russo-Ukrainian tensions due to the dispute over Crimea between the two countries that was present throughout the post-Soviet era¹⁴, although 2014 is considered the official starting point of this taut relation¹⁵. There

¹⁰ HELLER, Kevin Jon. *Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine Is a Bad Idea*. 2022. Available at: <http://opinio-juris.org/2022/03/07/creating-a-special-tribunal-for-aggression-against-ukraine-is-a-bad-idea/>. Access in: 31 July 2023; CHANDRAN, Aakash; McCANN-KEENE, Jennifer; PALMER, Emma. What of the Rohingya? The ICC, Ukraine, and limits of “international” justice. 2023. Available at: <https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/what-rohingya-icc-ukraine-limits-international-justice>. Access in: 31 July 2023.

¹¹ MACHADO, Máira Rocha. Estudo de caso na pesquisa em Direito. In: QUEIROZ, Rafael Mafei R.; FEFERBAUM, Marina (coord.). *Metodologia da Pesquisa em Direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 307-329.

¹² GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza F.; NICÁCIO, Camila S. (*Repensando a Pesquisa Jurídica*). 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 199-215; PAULA, Felipe de; PAIVA, Luiz Guilherme M. A pesquisa legislativa: fontes, cautela e alternativas à abordagem tradicional. In: QUEIROZ, Rafael Mafei R.; FEFERBAUM, Marina (coord.). *Metodologia da Pesquisa em Direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 123-145; LIMA, Telma Cristiane S.; MIOTO, Regina Célia T. Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica. *Revista Katálysis*, v. 10, n. esp., p. 37-45, 2007.

¹³ Understanding the causes of this conflict is not within the scope of this work. However, it is important to note that tensions between Russia and Ukraine primarily date back to 2014. For a detailed study on the beginning and trajectory of this tension, see: GRANT, T. *Aggression Against Ukraine: Territory, Responsibility, and International Law*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2015; BEBLER, Anton. Crime and the Russian-Ukrainian Conflict. *Romanian Journal of European Affairs*, v. 15, n. 1, p. 35-54, mar. 2015.

¹⁴ KUZIO, Taras. Russia-Ukraine Crisis: The Blame Game, Geopolitics and National Identity. *Europe-Asia Studies*, v. 70, n. 3, p. 462-473, 2018. p. 468. As Marples e Duke observe, the issue of Crimea has multiple dimensions: the historical background between Russia and Ukraine; the case of the Crimean Tatars as an *ipso facto* indigenous population deported *en masse* at the end of World War II; the military-strategic issue, in which Crimea served as the base for the Black Sea Fleet; and the legality of the transfer of the peninsula from the Soviet Socialist Federative Republic of Russia to Ukraine in 1954. MARPLES, David R.; DUKE, David F. Ukraine, Russia, and the Question of Crimea. *Nationalities Papers*, v. 23, n. 2, p. 261-289, 1995.

¹⁵ On the conflict between Russia and Ukraine over Crimea and the role of International Law as (inter)mediator, including in critical perspective, see: SAYAPAN, Sergey; TSYBULENKO, Evhen (ed.). *The Use of Force Against Ukraine and International Law*. The Hague: T.M.C.

are complex factors involved in the matters between Ukraine and Russia, all of which started years, if not decades ago. Since March 2021, the Russian State had occupied the border region with Ukraine with a large military operation; however, any plans for invasion or attack on the other State were denied until the launch of the first attack, in 2022¹⁶.

On 21 February 2022, Russia officially recognized the Donetsk and Luhansk Peoples' Republics, two self-proclaimed *quasi*-States¹⁷ in the Donbass region with a crucial role in the pre-existing tension between Ukraine and Russia¹⁸. The following day, the Russian Federation Council authorized the use of military force and the entry of Russian troops into these territories¹⁹, and on 24 February 2022, Vladimir Putin, the President of Russia, announced a special military operation aimed at demilitarizing and de-nazifying Ukraine²⁰, as well as ensuring Ukrainian neutrality²¹.

The armed conflict quickly escalated to a large scale. On both sides, casualties reached thousands, if not hun-

dreds of thousands²². In addition, Europe is now facing the largest crisis of displaced European persons since World War II²³. The entire situation has been well documented, especially regarding human rights violations that occurred during and because of the conflict²⁴ and alleged international crimes²⁵.

The international community carried out a quick and comprehensive response. On the very next day after the beginning of the conflict, 25 February 2022, the UN Secretary-General appointed Amin Awad to serve as the UN Crisis Coordinator for Ukraine²⁶, and on 04

Asser Press, 2018; MARXSEN, Christian. The Crimea Crisis – An International Law Perspective. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 74, n. 2, p. 367-391, 2014; FELDBRUGGE, Ferdinand. Ukraine, Russia and International Law. *Review of Central and East European Law*, v. 39, p. 95-97, 2014.

¹⁶ TAYLOR, Adam. *Russia's attack on Ukraine came after months of denials it would attack*. 2022. Available at: <https://www.washingtonpost.com/world/2022/02/24/ukraine-russia-denials/>. Access in: 03 July 2023; KIELY, Eugene; FARLEY, Robert. *Russian Rhetoric Ahead of Attack Against Ukraine: Deny, Deflect, Mislead*. 2022. Available at: <https://www.factcheck.org/2022/02/russian-rhetoric-ahead-of-attack-against-ukraine-deny-deflect-mislead/>. Access in: 03 July 2023.

¹⁷ *Quasi*-States are entities who fulfil some, but not all, criteria for statehood and thus do not represent a fully autonomous or institutionalised State, in accordance with International Law. Usually, «a quasi-state does not enjoy full international recognition, but functions nonetheless as a genuine state entity with its administration, army and financial system». RYWKIN, Michael. The Phenomenon of Quasi-states. *Diogenes*, v. 53, n. 2, p. 23-28, Mayo, 2006.

¹⁸ KIRBY, Jen; GUYER, Jonathan. Russia's war in Ukraine, explained. *Vox*, 6 mar. 2022. Available at: <https://www.vox.com/2022/2/23/22948534/russia-ukraine-war-putin-explosions-invasion-explained>. Access in: 03 July 2023.

¹⁹ RUSSIA. Federation Council. *Federation Council gives consent to use the Russian Armed Forces outside of the Russia Federation*. Moscow, 22 February 2022. Available at: <http://council.gov.ru/en/events/news/133443/>. Access in: 03 July 2023.

²⁰ RUSSIA. President of Russia. *Address by the President of the Russian Federation*. Moscow, 24 February 2022. Available at: <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67843>. Access in: 03 July 2023.

²¹ RUSSIA. President of Russia. *Telephone conversation with President of France Emmanuel Macron*. Moscow, 28 February 2022. Available at: <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67880>. Access in: 03 July 2023.

²² Until 5 June 2023, the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) had officially accounted for 6,979 dead civilians and 12,703 hurt civilians. UN. *Ukraine: civilian casualty update 5 June 2023*. 2023. Available at: <https://www.ohchr.org/en/news/2023/06/ukraine-civilian-casualty-update-5-june-2023>. Access in: 01 Aug. 2023. In relation to military personnel, estimates indicate there were at least over 200,000 dead or hurt military staff in both sides; COOPER, Helene. Russia and Ukraine each have suffered over 100,000 casualties, the top U.S. general says. *NY Times*, 10 nov. 2022. Available at: <https://www.nytimes.com/2022/11/10/world/europe/ukraine-russia-war-casualties-deaths.html>. Access in: 01 Aug. 2023.

²³ More precisely, as of 6 December 2022, there were 5,861,300 refugees from Ukraine registered in Europe alone. UNHCR. *Operational Data Portal - Ukraine Refugee Situation*. New York: UNHCR, [2023] [last updated: 25 July 2023]. Available at: <https://data2.unhcr.org/en/situations/ukraine>. Access in: 01 Aug. 2023). However, estimates indicate more than 14 million displaced Ukrainians (AP. Russia's war in Ukraine has displaced more than 14 million Ukrainians, says Filippo Grandi. *Euro News*, 03 nov. 2022. Available at: <https://www.euronews.com/2022/11/03/russias-war-in-ukraine-has-displaced-more-than-14-million-ukrainians-says-filippo-grandi>. Access in: 01 Aug. 2023).

²⁴ For example, see OHCHR. *Report on the Human Rights Situation in Ukraine 1 February to 31 July 2022*. New York: OHCHR, 2022; OHCHR. *Update on the Human Rights Situation in Ukraine 1 August - 31 October 2022*. New York: OHCHR, 2022; OHCHR. *Killings of civilians: summary executions and attacks on individual civilians in Kyiv, Chernihiv, and Sumy regions in the context of the Russian Federation's armed attack against Ukraine*. New York: OHCHR, 2022.

²⁵ For example, UN. *Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine*. A/77/533. New York: UN, 2022. Civil society also has a key role in documenting the Russo-Ukrainian conflict. See, for example, Ukraine: Ukrainian fighting tactics endanger civilians. *In: Amnesty International*, 04 Aug. 2022; Ukraine: Apparent War Crimes in Russia-Controlled Areas. *In: Human Rights Watch*, 03 April 2022. However, it is important to note that these reports, particularly those produced by Amnesty International, have been involved in controversy due to the narrative adopted. ABRAMS, Elliott. *Amnesty International's Attack on Ukraine*. 2022. Available at: <https://www.cfr.org/blog/amnesty-internationals-attack-ukraine>. Access in: 03 July 2023; POSNER, Lilian. Flawed Amnesty report risks enabling more Russian war crimes in Ukraine. 2022. Available at: <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/ukrainealert/flawed-amnesty-report-risks-enabling-more-russian-war-crimes-in-ukraine/>. Access in: 03 July 2023.

²⁶ UN. *Secretary-General Appoints Amin Awad of Sudan United Na-*

March, the UN Human Rights Council (HRC) decided to implement the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine²⁷.

In addition, numerous resolutions and decisions have been adopted by UN bodies, among which are: (i) a resolution of the General Assembly condemning Russian aggression against Ukraine, with 141 votes in favour²⁸; (ii) a resolution of the General Assembly reinforcing the humanitarian consequences of these acts and demanding the protection of civilians and humanitarian access in Ukraine, with 140 votes in favour²⁹; (iii) a resolution of the General Assembly calling for the suspension of Russia from the Human Rights Council, with 93 votes in favour³⁰; (iv) a statement by the President of the Security Council in support of the efforts of the UN Secretary-General to achieve a peaceful solution in Ukraine³¹; (v) a resolution of the Human Rights Council for an investigation of alleged atrocities committed by Russian occupying troops³²; (vi) a resolution of the General Assembly calling on States not to recognize the «illegal attempt at annexation» of four regions of Ukraine by Russia, with 143 votes in favour³³; and

(vii) a resolution of the General Assembly calling on Russia to pay reparations to Ukraine as a result of the armed conflict³⁴.

European States, acting through the European Union and its European Council, have adopted a series of sanctioning measures against Russia. These measures have been more severe, economic sanctions included. From 23 February 2022 (one day before the start of the international armed conflict) until 01 August 2023, the EU has adopted eleven comprehensive sanction packages against Russia, high-level government officials (such as the Russian President and ministers), Russian nationals, and companies based in Russian territory³⁵ – mostly economic measures, but also other measures in the field of foreign relations, such as those aimed at visa issuance and mobility restrictions in the Schengen area. The Parliamentary Assembly of the Council of Europe also advocated for the establishment of an *ad hoc* international criminal court to investigate and prosecute alleged crimes of aggression by Russian leaders³⁶.

International adjudication, as in international courts and tribunals, was also another important realm used in response to the Russo-Ukrainian conflict. Similarly, yet in a sharper manner, the international responses that occurred before certain international litigious bodies happened in an unprecedented manner and speed. For example, on 26 February 2022, Ukraine filed a petition before the International Court of Justice, initiating proceedings against Russia regarding the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the

tions Crisis Coordinator for Ukraine. SG/A/2102. New York: UN, 2022. Available at: <https://press.un.org/en/2022/sga2102.doc.htm>. Access in: 04 July 2023.

²⁷ UN. HRC. *Situation of human rights in Ukraine stemming from the Russian aggression*. Resolution adopted by the Human Rights Council on 4 March 2022. A/HRC/RES/49/1. New York: UN, 2022. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/3959073?ln=en>. Access in: 04 July 2023.

²⁸ UN. *Aggression against Ukraine*. Resolution adopted by the General Assembly on 2 March 2022. A/RES/ES-11/1. New York: UN, 2022. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/3965290?ln=en>. Access in: 04 July 2023.

²⁹ UN. *Humanitarian consequences of the aggression against Ukraine*. Resolution adopted by the General Assembly on 24 March 2022. A/RES/ES-11/2. New York: UN, 2022. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/3965954?ln=en>. Access in: 04 July 2023.

³⁰ UN. *Suspension of the rights of membership of the Russian Federation in the Human Rights Council*. Resolution adopted by the General Assembly on 7 April 2022. A/RES/ES-11/3. New York: UN, 2022. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/3967950?ln=en>. Access in: 04 July 2023.

³¹ UN. Security Council. *Statement by the President of the Security Council*. S/PRST/2022/. New York: UN, 2022. Available at: <http://undocs.org/S/PRST/2022/3>. Access in: 04 July 2023.

³² UN. *Human Rights Council Adopts Resolution on the Deteriorating Human Rights Situation in Ukraine and Closes Special Session*. 2022. Available at: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/05/human-rights-council-adopts-resolution-deteriorating-human-rights-situation>. Access in: 04 July 2023.

³³ UN. *Territorial integrity of Ukraine*. defending the principles of the Charter of the United Nations. Resolution adopted by the General Assembly on 12 October 2022. A/RES/ES-11/4. New York: UN, 2022. Available at: <https://digitallibrary.un.org/>

[record/3990673?ln=en](https://digitallibrary.un.org/record/3990673?ln=en). Access in: 04 July 2023.

³⁴ UN. *General Assembly adopts resolution on Russian reparations for Ukraine*. 2022. Available at: <https://news.un.org/en/story/2022/11/1130587>. Access in: 04 July 2023.

³⁵ For a detailed timeline of all sanction packages in response to Russia's attack, see: EU. *Timeline - EU response to Russia's invasion of Ukraine*. Brussels: EU, 2023. Available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-response-ukraine-invasion/timeline-eu-response-ukraine-invasion/>. Access in: 01 Aug. 2023. It is possible, within this timeline, to infer that the sanctions originated, within the European context, from the Council of the European Union, the European Council, the International Summit, and the International Interministerial Meetings, which demonstrates the broad scope of actions taken by European States in the face of the conflict between Russia and Ukraine.

³⁶ COUNCIL OF EUROPE. Parliamentary Assembly. *Resolution 2436 (2022)*. The Russian Federation's aggression against Ukraine: ensuring accountability for serious violations of international humanitarian law and other international crimes. Strasbourg: Council of Europe, 2022. Available at: <https://pace.coe.int/en/files/30024/html>. Access in: 04 July 2023. para. 11.6.

Crime of Genocide³⁷. On that occasion, Ukraine requested the indication of provisional measures³⁸, which judgment, according to the ICJ Rules, has priority over other cases³⁹. Public hearings took place on 07 and 08 March, 2022⁴⁰, and on 16 March, less than a month after the proceedings were initiated, the Court indicated a series of provisional measures to be taken by Russia (and Ukraine)⁴¹. On top of that, more than 30 States presented declarations of intervention⁴² – all of them from the Global North⁴³ – in an unprecedented fashion.

ICL, mainly manifested nowadays through the operation of the ICC⁴⁴, is also a crucial actor to this equation. Four days after the start of the Russo-Ukrainian armed conflict, the ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan QC, announced his decision to initiate an investigation

into the situation in Ukraine⁴⁵. Based on the preliminary findings issued by the Office of the Prosecutor (OtP)⁴⁶, the Prosecutor decided favourably on the existence of a reasonable basis to proceed with the opening of an investigation, particularly regarding the commission of war crimes and crimes against humanity⁴⁷.

3 International Criminal Law's Normative Framework and the Warrants of Arrest Against Putin and Lvova-Beleva

To proceed with the investigation, Khan stated either authorization from the Pre-Trial Chamber or a referral by a State Party to the Rome Statute would be required⁴⁸. In just two days, by 02 March 2022, 39 States Parties had referred the situation to the Prosecutor's Office⁴⁹, enabling investigation to advance immediately.

³⁷ ICJ. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*. Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 26 February 2022. The Hague, 26 February 2022. Available at: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20220227-APP-01-00-EN.pdf>. Access in: 05 July 2023.

³⁸ ICJ. *Request for the Indication of Provisional Measures Submitted by Ukraine*. The Hague: ICJ, 2022.

³⁹ ICJ. *Rules of Court*. New York: UN, 1978. para. 74.

⁴⁰ ICJ. *Conclusion of the public hearing on the Request for the indication of provisional measures submitted by Ukraine*. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation). No. 2022/8. The Hague: ICJ, 2022. Available at: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20220307-PRE-01-00-EN.pdf>. Access in: 05 July 2023.

⁴¹ The measures were: (i) immediately suspend military operations in Ukrainian territory, with 13 votes in favour and 2 against; (ii) ensure that no military or irregular armed unit, as well as any organization or person subject to such a unit, take any action to prolong military operations, with 13 votes in favour and 2 against; and (iii) that both States-Parties avoid taking any action that would aggravate or extend the dispute or make it more difficult to resolve, unanimously. ICJ. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation) - Order*. The Hague, 16 March 2022.

⁴² The ICJ Statute allows interventions by third States interested in the interpretation of an international treaty, ensuring the right to intervene, with the counterpart of being bound by the interpretation given by the Court.

⁴³ The list is comprised, until July 2023, of Latvia, Lithuania, New Zealand, United Kingdom, Germany, United States, Sweden, France, Romania, Poland, Italy, Denmark, Ireland, Finland, Estonia, Spain, Australia, Portugal, Austria, Greece, Luxembourg, Croatia, Czechia, Bulgaria, Norway, Malta, Belgium, Slovenia, Slovakia, Canada and The Netherlands, Cyprus and Liechtenstein, as well as the European Union.

⁴⁴ The ICC is a permanent court with jurisdiction over individuals accused of committing the most serious crimes of international concern: genocide, crimes against humanity, war crimes and aggression. See Rome Statute of the International Criminal Court. Rome, 1998.

⁴⁵ ICC. *Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine*. "I have decided to proceed with opening an investigation". The Hague: ICC, 2022. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>. Access in: 05 July 2023.

⁴⁶ ICC. *Information for victims*. Ukraine. The Hague: ICC, [2023]. Available at: <https://www.icc-cpi.int/victims/ukraine>. Access in: on 05 July 2023.

⁴⁷ ICC. *Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine*. "I have decided to proceed with opening an investigation". The Hague: ICC, 2022. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>. Access in: 05 July 2023.

⁴⁸ "A State Party may refer to the Prosecutor a situation in which one or more crimes within the jurisdiction of the Court appear to have been committed requesting the Prosecutor to investigate the situation for the purpose of determining whether one or more specific persons should be charged with the commission of such crimes." ROME Statute of the International Criminal Court. Rome, 1998. article 14(1)).

⁴⁹ These countries are Germany, Albania, Australia, Austria, Belgium, Bulgaria, Canada, Colombia, Costa Rica, Croatia, Cyprus, Czechia, Denmark, Latvia, Finland, France, Georgia, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Lithuania, Liechtenstein, Luxembourg, Malta, New Zealand, Norway, The Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, Sweden, Switzerland and United Kingdom. ICC. *Statement of ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: Receipt of Referrals from 39 States Parties and the Opening of an Investigation*. The Hague: ICC, 2022. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-receipt-referrals-39-states>. Access in: 05 July 2023. Other States that later joined the list are Japan, Montenegro, North Macedonia and Chile. ICC. *Situation in Ukraine*. ICC-01/22. The Hague: ICC, 2022. Available at: <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>. Access in: 05 July 2023, amounting to 43 States Parties that referred the situation to the ICC Prosecutor's Office.

It is notable how quickly the investigation was launched. Despite prosecutorial discretion on investigative matters, which will be discussed later in this article, the ICC Prosecutor's Office did not act as swiftly on other cases, such as in the Afghanistan case, where it sought authorization to investigate only in 2017, about 14 years after the country's accession to the Rome Statute⁵⁰.

Neither Russia nor Ukraine are Parties to the Rome Statute, meaning they are not, in theory, subject to the ICC's jurisdiction. However, article 12.3 of the Rome Statute allows a State to lodge an *ad hoc* declaration accepting the Court's jurisdiction over "the crime in question"⁵¹ (or, more accurately, the situation in question in which one or more crimes appear to have been committed⁵²). Ukraine has twice accepted the ICC's jurisdiction over alleged crimes under the Rome Statute on its territory: the first, covering alleged crimes committed on Ukrainian territory from 21 November 2013 to 22 February 2014⁵³; and second, extending the time limit indefinitely from 20 February 2014 onwards⁵⁴. Furthermore, the Ukraine President submitted a bill on the ratification of the Rome Statute in August 2024⁵⁵.

⁵⁰ HAZIM, Abdul Mahir. A Critical Analysis of the Rome Statute Implementation in Afghanistan. *Florida Journal of International Law*, v. 31, n. 1, p. 1-32, 2019. p. 14-16.

⁵¹ ROME Statute of the International Criminal Court. Rome, 1998. article 12(3).

⁵² KAUL, Hans-Peter. Preconditions to the Exercise of Jurisdiction. In: CASSESE, Antonio *et al.* (ed.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 584-616. p. 611.

⁵³ ICC. *Ukraine accepts ICC jurisdiction over alleged crimes committed between 21 November 2013 and 22 February 2014*. The Hague: ICC, 2014. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/ukraine-accepts-icc-jurisdiction-over-alleged-crimes-committed-between-21-november-2013-and-22>. Access in: 07 July 2023.

⁵⁴ UKRAINE. *Resolution of the Verkhovna Rada of Ukraine*. On the Declaration of the Verkhovna Rada of Ukraine «On the recognition of the jurisdiction of the International Criminal Court by Ukraine over crimes against humanity and war crimes committed by senior officials of the Russian Federation and leaders of terrorist organizations «DNR» and «LNR», which led to extremely grave consequences and mass murder of Ukrainian nationals». Kyiv: Verkhovna Rada, 2015. Available at: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf. Access in: 07 July 2023.

⁵⁵ CHAHAL, Ishrat. Ukraine President Zelenskyy submits bill to ratify ICC Rome Statute. *JuristNEWS*, 17 Aug. 2024. Available at: <https://www.jurist.org/news/2024/08/ukraine-president-zelenskyy-submits-bill-to-ratify-icc-rome-statute>. Access in: 08 Aug. 2024. It is interesting to observe that this bill seeks to take advantage of the transitional provision (article 124) of the Rome Statute, which would preclude the ICC from exercising its jurisdiction over war crimes committed by Ukrainian nationals or in Ukrainian territory for a period of seven years after ratification.

The ICC may prosecute alleged international crimes in a complementary manner⁵⁶, based on two jurisdictional principles: territoriality, where the Court can exercise jurisdiction over events that occur within a State Party's territory (or even outside the territory if the effects are felt within it⁵⁷); and the active nationality principle, which asserts jurisdiction over international crimes committed by nationals of a State Party. The Ukraine investigation encompassed "any new alleged crimes falling within the jurisdiction of my Office that are committed by any party to the conflict on any part of the territory of Ukraine"⁵⁸.

On 17 March 2023, the Pre-Trial Chamber II of the ICC issued two warrants of arrest against Vladimir Vladimirovich Putin, President of the Russian Federation, and Maria Alekseyevna Lvova-Belova, Commissioner for Children's Rights in the Office of the President of the Russian Federation. They were both charged for the unlawful deportation and unlawful transfer of population (children) from occupied areas of Ukraine to the Russian Federation, in violation of articles 8(2)(a)(vii) and 8(2)(b)(viii) from the Rome Statute, at least from 24 February 2022⁵⁹.

⁵⁶ The principle of complementarity dictates the ICC «is barred from exercising its jurisdiction over a case, and must declare it inadmissible whenever a national court asserts its jurisdiction over the same person(s) for the same crime and i) under its national law the state has jurisdiction; and ii) the case is being duly investigated or prosecuted by its authorities or these authorities have decided, in a proper manner, not to prosecute the person concerned [...]. In addition, the Court iii) may not prosecute and try a person who has already been convicted of or acquitted by another court with respect to the same conduct, if the trial was fair and proper". The Court may exercise its jurisdiction over a case, even if it is pending before national authorities, whenever the State is unable or unwilling to carry out the investigation or the prosecution or has refused not to prosecute the person(s) due to said inability or unwillingness. CASSESE, Antonio; GAETA, Paola (ed.). *Cassese's International Criminal Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 297. See also articles 15, 17, 18, 19 and 20 of the Rome Statute.

⁵⁷ CASSESE, Antonio; GAETA, Paola (ed.). *Cassese's International Criminal Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 274.

⁵⁸ ICC. *Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine*. "I have decided to proceed with opening an investigation". The Hague: ICC, 2022. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>. Access in: 05 July 2023.

⁵⁹ ICC. *Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova*. Press Release: 17 March 2023. The Hague: ICC, 2023. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>. Access in: 08 July 2023.

Both Putin and Lvova-Belova have been charged with committing a crime individually, jointly or through another person (article 25(3)(a)). Additionally, Putin has been charged under article 28(b) for failing to properly control civilian and military subordinates who committed or allowed the commission of these acts⁶⁰, corresponding to command responsibility⁶¹. In addition, Khan has stated that «most acts in this pattern of deportations were carried out in the context of the acts of aggression committed by Russian military forces»⁶², although there were no charges related to aggression put forth.

The warrant against Putin raises the issue of immunity for Heads of State, a familiar topic to ICL⁶³. While state and diplomatic immunities are well-established in International Law⁶⁴, the push to end impunity by the hands of international criminal justice⁶⁵ has led to the “uneasy revolution”⁶⁶ where such immunities do not

apply in cases of core crimes. This process has culminated in the ICC issuing warrants of arrest against the former President of Sudan, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, in 2009⁶⁷ and 2010⁶⁸.

While this article does not revisit the legal implications of such decisions⁶⁹, the warrant against Al Bashir cannot be seen as a strict precedent for the warrant against Putin regarding State cooperation obligations. That is because the Sudan situation was referred to the ICC by the UN Security Council, and hence it created an international obligation for all States Parties to the UN, regardless of whether they were also Parties to the Rome Statute⁷⁰. The Ukraine situation was referred by States, which arguably entails a different category of legal obligation⁷¹.

On his statement on the decision of opening an investigation into the situation of Ukraine, the Prosecutor affirmed there was “a reasonable basis to believe that both alleged war crimes and crimes against humanity have been committed in Ukraine in relation to the events already assessed during the preliminary examina-

⁶⁰ ICC. *Situation in Ukraine*. ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova. Press Release: 17 March 2023. The Hague: ICC, 2023. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>. Access in: 08 July 2023.

⁶¹ See Robinson’s work on a culpability-based justification for command responsibility, in response to the heavy criticism the “should have known” fault standard has received. ROBINSON, Darryl. A Justification of Command Responsibility. *Criminal Law Forum*, v. 28, p. 633-668, 2017.

⁶² ICC. *Statement by Prosecutor Karim A. A. Khan KC on the issuance of arrest warrants against President Vladimir Putin and Ms Maria Lvova-Belova*. Statement: 17 March 2023. The Hague: ICC, 2023. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-karim-khan-issuance-arrest-warrants-against-president-vladimir-putin>. Access in: 08 July 2023.

⁶³ See, for instance, AKANDE, Dapo. The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits. *Journal of International Criminal Justice*, v. 1, n. 3, p. 618-650, dec. 2003; PEDRETTI, Ramona. *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*. Leiden: Brill Nijhoff, 2014; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito Internacional Penal: Imunidades e Anistias*. Barueri: Manole, 2012.

⁶⁴ AKANDE, Dapo. International Law Immunities and the International Criminal Court. *American Journal of International Law*, v. 98, n. 3, p. 407-433, July 2004.

⁶⁵ ROBERTSON, Geoffrey. Ending Impunity: How International Criminal Law Can Put Tyrants on Trial. *Cornell International Law Journal*, v. 38, n. 3, p. 649-671, 2005.

⁶⁶ SADAT, Leila Nadya. Heads of state and other government officials before the International Criminal Court: the uneasy revolution continues. In: DEGUZMAN, Margaret; OOSTERVELD, Valerie (ed.). *The Elgar Companion to the International Criminal Court*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020. p. 96-127. According to Sadat, the ‘uneasy revolution’ represents the internationally adopted goal of ending impunity for core crimes, including the establishment of international criminal courts and, more specifically, certain legal in-

novations towards these goals, such as the non-applicability of jurisdictional immunities for Heads of State in cases of core crimes, as established by article 27 of the Rome Statute.

⁶⁷ ICC. Pre-Trial Chamber I. *Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. Situation in Darfur, Sudan in the case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir («Omar Al Bashir»). ICC-02/05/01/09. The Hague, 04 March 2009. Available at: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_01514. PDF. Access in: 27 July 2023.

⁶⁸ ICC. Pre-Trial Chamber I. *Second Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest*. Situation in Darfur, Sudan in the case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir («Omar Al Bashir»). ICC-02/05-01/09. The Hague, 12 July 2010. Available at: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2010_04826. PDF. Access in: 27 July 2023.

⁶⁹ For this end, see, e.g., WILLIAMS, Sarah; SHERIF, Lena. The Arrest Warrant for President al-Bashir: Immunities of Incumbent Heads of State and the International Criminal Court. *Journal of Conflict & Security Law*, v. 14, n. 1, p. 71-92, Spring 2009; KIYANI, Asad. Al-Bashir & the ICC: The Problem of Head of State Immunity. *Chinese Journal of International Law*, v. 12, n. 3, p. 467-508, sep. 2013; SUMMERS, Mark A. Immunity or Impunity? The Potential Effect of Prosecutions of State Officials for Core International Crimes in States Like the United States That Are Not Parties to the Statute of the International Criminal Court. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 31, n. 2, p. 463-493, 2006.

⁷⁰ AKANDE, Dapo. The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir’s Immunities. *Journal of International Criminal Justice*, v. 7, n. 2, p. 333-352, May 2009.

⁷¹ CREUZ, Derek Assenço; SQUEFF, Tatiana Cardoso. *Os mandados de prisão contra Vladimir Putin e Maria Lvova-Belova e os seus desdobramentos*. 2023. Available at: <https://sites.usp.br/netiusp/pt/os-mandados-de-prisao-contravladimir-putin-e-maria-lvova-belova-e-os-seus-desdobramentos/>. Access in: 27 July 2023.

tion by the Office⁷². However, as stated above, so far, the only charges are based on article 8 of the Rome Statute, which regards the commission of war crimes, particularly those inscribed in articles 8(2)(a)(vii), “unlawful deportation or transfer or unlawful confinement”, and 8(2)(b)(viii),

the transfer, directly or indirectly, by the occupying State of parts of its own civilian population into the territory it occupies, or the deportation or transfer of all or parts of the population of the occupied territory within or outside this territory.⁷³

A war crime is a breach of international armed conflict law that entails state responsibility, under International Humanitarian Law, and individual criminal responsibility, under ICL⁷⁴. The prosecution of war crimes has been progressively developed and enhanced since the post-Second World War scenario⁷⁵, in an increasingly ever-growing interplay between International Humanitarian Law and ICL⁷⁶. According to current international law on the matter, war crimes differ from crimes against humanity on four accounts: they must be committed during an armed conflict; they may be committed against both civilians and enemy combatants; there is no requirement of commission as part of a widespread or systematic attack upon a civilian population; and, consequently, an isolated act could qualify as a war crime⁷⁷ (although in order to qualify as a war

crime, criminal conduct must be closely related to the hostilities of the armed conflict^{78,79}).

Because articles 8(2)(b) and (e) of the Rome Statute have a mention to the “the established framework of international law” when it refers to “other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict”, some offences should be considered as war crimes for the purposes of the Statute only if they are regarded as such by Customary International Law. Hence, for example, the unlawful transfer or deportation of population (article 8(2)(b)(viii)) cannot be *ipso facto* be regarded as a war crime because the ICC will first have to establish whether under International Law they are considered as breaches of International Humanitarian Law⁸⁰, and whether their commission amounts to a war crime⁸¹.

While the elements of article (8)(2)(a)(vii) were ascertained with relative ease, prohibiting all forcible transfers as well as deportations of protected persons from an occupied territory, the elements of article 8(2)(b)(viii) faced tough negotiations before reaching an agreement, with the final product reproducing the statutory language⁸². Forcible displacement may amount to

Rome, 1998. article 8(1). This is a “product of a complex process of negotiation between States” and reflect “the compromises inherent in the process which created it”. CULLEN, Anthony. War crimes. In: SCHABAS, William A.; BERNAZ, Nadia (ed.). *Routledge Handbook of International Criminal Law*. London/New York: Routledge, 2011. p. 139-153. p. 148.

⁷⁸ CASSESE, Antonio; GAETA, Paola (ed.). *Cassese's International Criminal Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 77.

⁷⁹ METTRAUX, Guénaél. *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 320-324.

⁸⁰ Grave breaches of International Humanitarian Law constitute war crimes. This logic is applicable in situations of international armed conflict, as well as to situations in which conflict breaks out on the territory of a State when a third State sends in its troops or one of the parties acts in the interests of another State has overall control over it. However, situations of internal unrest and strife are not generally covered by this system, unless such “protracted armed violence takes place between governmental authorities and organized armed groups or between such groups”. GUTIERREZ POSSE, Hortensia D. T. The relationship between international humanitarian law and the international criminal tribunals. *International Review of the Red Cross*, v. 88, n. 861, p. 65-86, mar. 2006. p. 85-86.

⁸¹ GARRAWAY, Charles. War Crimes. In: WILMSHURST, Elizabeth; BREAU, Susan (ed.). *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 377-398. p. 397; CASSESE, Antonio; GAETA, Paola (ed.). *Cassese's International Criminal Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 81.

⁸² DÖRMANN, Knut. War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a Special Focus on the Negotiations on the Elements of Crimes. In: VON BOGDANDY, Armin;

⁷² ICC. *Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine*: “I have decided to proceed with opening an investigation”. The Hague: ICC, 2022. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>. Access in: 05 July 2023.

⁷³ ROME Statute of the International Criminal Court. Rome, 1998.

⁷⁴ BOAS, Gideon; BISCHOFF, James L.; REID, Natalie L. *Elements of Crimes Under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. (International Criminal Law Practitioner Library Series). p. 215.

⁷⁵ MERON, Theodor. Reflections on the Prosecution of War Crimes by International Tribunals. *American Journal of International Law*, v. 100, n. 3, p. 551-579, 2006.

⁷⁶ SASSÒLI, Marco. Humanitarian Law and International Criminal Law. In: CASSESE, Antonio (ed.). *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 111-120.

⁷⁷ So long as such single, isolated incident occurs in the context of an armed conflict, there is no general requirement under International Customary Law that a war crime takes place in the context of a widespread or systematic attack. However, a jurisdictional limitation was incorporated into the war crimes provision of the Rome Statute, limiting the Court's jurisdiction: “The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes”. ROME Statute of the International Criminal Court.

a war crime and/or a crime against humanity (article 7(1)(d)) under the Rome Statute; deportation “presumes transfer beyond State borders, whereas forcible transfer relates to displacements within a State”⁸³.

The *actus reus* of unlawful deportation or forced transfer of population is “(1) the displacement of persons by expulsion or other coercive acts; (2) without grounds permitted under international law; (3) from an area in which they are lawfully present”⁸⁴. While reviewing the ruling on *Stakić*, the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) determined there was no requirement of intent that this removal was permanent⁸⁵.

Insofar there was no charge put forth based on article 7, which regard the commission of crimes against humanity, the elements of forcible displacement are

WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2003. v. 7. p. 341-407. The author observes some of the questions raised during negotiations were «Is this crime limited to forcible transfers, although the Statute uses the formulation «transfer, directly or indirectly?»», «Is this crime limited to a transfer of population on a large scale?», «Must the economic situation of the local population be worsened and their separate identity be endangered by the transfer?», and «What link must be between the perpetrator and the Occupying Power?», which demonstrate the intrinsically complex and multilayered nature of forcible displacement under International Humanitarian Law and, more generally, under International Criminal Law.

⁸³ ICTY. *Prosecutor v. Krstić, Case No. IT-98-33-T*. Judgement. Arusha, 02 August 2001. Available at: <https://www.refworld.org/cases,ICTY,414810d94.html>. Access in: 09 July 2023. para. 521. However, the ICTY has adopted a flexible interpretation of the cross-border requirement in the same ruling: “The default principle under customary international law with respect to the nature of the border is that there must be expulsion across a *de jure* border to another country, as illustrated in Article 49 of Geneva Convention IV and the other references set out above. Customary international law also recognises that displacement from ‘occupied territory’, as expressly set out in Article 49 of Geneva Convention IV and as recognised by numerous Security Council Resolutions, is also sufficient to amount to deportation. The Appeals Chamber also accepts that under certain circumstances displacement across a *de facto* border may be sufficient to amount to deportation. In general, the question whether a particular *de facto* border is sufficient for the purposes of the crime of deportation should be examined on a case by case basis in light of customary international law.” (para. 300).

⁸⁴ BOAS, Gideon; BISCHOFF, James L.; REID, Natalie L. *Elements of Crimes Under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. (International Criminal Law Practitioner Library Series). p. 68-75.

⁸⁵ ICTY. *Prosecutor v. Stakić, Case No. IT-97-24-A*. Judgement. Arusha, 22 March 2006. Available at: <https://www.icty.org/x/cases/stakic/acjug/en/sta-aj060322e.pdf>. Access in: 09 July 2023. para. 305-307.

similar regardless of what crime they are framed as⁸⁶. Although the concept of the protection and enforcement of “the laws of humankind” through international pathways is reminiscent of the 20th century⁸⁷, the current notion of crimes against humanity under the Rome Statute is more detailed than previous definitions and positively builds from previous experiences, in the sense that it does not require any nexus to armed conflict nor it requires proof of discriminatory motive⁸⁸.

The working definition of crimes against humanity presented by the Rome Statute picks up from where the ICTY Statute and the work of the Tribunal left off and provides a definition that takes into consideration the existence of a widespread or systematic attack against a civilian population and the mental state of the individual defendant⁸⁹. Therefore, with regard to forced transfer or unlawful deportation, the main difference is a crime against humanity must be committed in a context of a systematic or widespread against a civilian population, while a war crime must be committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes in the context of an armed conflict. This means the Prosecutor’s Office could still present charges of crimes against humanity against Putin, Lvova-Belova or other people involved in the Ukraine situation, as already hinted by Khan himself⁹⁰.

⁸⁶ There are three elements particular to the crime against humanity of deportation or forcible transfer of population: (i) the perpetrator deported or forcibly transferred, without grounds permitted under International Law, one or more persons to another State or location, by expulsion or other coercive acts; (ii) such person or persons were lawfully present in the area from which they were so deported or transferred; (iii) awareness by the perpetrator of the factual circumstances that established the lawfulness of such presence. Regarding the war crime of unlawful deportation and transfer, there are also three specific elements: (i) the perpetrator deported or transferred one or more persons to another State or to another location; (ii) such person or persons were protected under one or more of the Geneva Conventions of 1949; and (iii) the perpetrator was aware of the factual circumstances that established that protected status. ICC. *Elements of Crimes*. The Hague: ICC, 2011.

⁸⁷ See BASSIOUNI, M. Cherif. Revisiting the Architecture of Crimes Against Humanity: Almost a Century in the Making, with Gaps and Ambiguities Remaining – the Need for a Specialized Convention. In: SADAT, Leila Nadya (ed.). *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 43-58.

⁸⁸ ROBINSON, Darryl. Defining “Crimes Against Humanity” at the Rome Conference. *American Journal of International Law*, v. 93, n. 1, p. 43-57, 1999.

⁸⁹ VAN SCHAACK, Beth. The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 37, p. 787-850, 1999.

⁹⁰ The statement includes the following excerpt: “We will not hesi-

Even though the issuance of the warrant of arrest against Lvova-Belova and, more importantly, Putin was received with great appraisal⁹¹, there is doubt and even disbelief as to whether this warrant will have any practical effect and what is behind the charges put forth⁹². The next section seeks to provide a critical assessment of the situation, taking into consideration the ICC's role in promoting international peace and justice throughout its 25 years of operation and the role of international politics in the Court's (lack of) success in achieving its objective "to put an end to impunity for the perpetrators of" the "most serious crimes of concern to the international community"⁹³.

4 The Putin-Belova warrants of arrest in the light of the ICC's selectivity

As mentioned, the arrest warrants issued against Putin and Belova do not appear unreasonable from a normative perspective. It is well grounded in the ICC Statute and refers to a conflict that has evidently attracted international interest both for its gravity and consequences.

tate to submit further applications for warrants of arrest when the evidence requires us to do so". ICC. *Statement by Prosecutor Karim A. A. Khan KC on the issuance of arrest warrants against President Vladimir Putin and Ms Maria Lvova-Belova*. Statement: 17 March 2023. The Hague: ICC, 2023. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-karim-khan-kc-issuance-arrest-warrants-against-president-vladimir-putin>. Access in: 08 July 2023.

⁹¹ See, generally, the mainstream media's reaction: ROBERTSON, Nic. Putin's world just got a lot smaller with the ICC's arrest warrant. *CNN*, 19 March 2023; Putin arrest warrant: Biden welcomes ICC's war crimes charges. *BBC News*, 18 March 2023; BEAUMONT, Peter. What does the ICC arrest warrant for Vladimir Putin mean in reality? *The Guardian*, 17 March 2023; RICHARD, Lawrence. Zelenskyy: Putin's arrest warrant marks 'turning point,' he'll be held responsible for 'every destroyed life'. *Fox News*, 20 March 2023; LANDLER, Mark. Arrest Warrant From Criminal Court Pierces Putin's Aura of Impunity. *The New York Times*, 17 March 2023; EEAS PRESS TEAM. Russia/Ukraine: Statement by the High Representative following the ICC decision concerning the arrest warrant against President Putin. *European Union External Action*, 19 March 2023.

⁹² See, for example, LAW, Tara. The ICC Has Issued a Warrant for Vladimir Putin. Will He Actually Be Arrested? *Time*, 17 March 2023; Russian attacks continue after ICC arrest warrant for Putin. *Aljazeera*, 18 March 2023; CORDER, Mike. War-crimes warrant for Putin could complicate Ukraine peace. *ABC News*, 02 April 2023; CAPLAN, Russell. Arrest warrant for Putin only exposes the cowardice of the ICC. *The Guardian*, 21 March 2023.

⁹³ ROME Statute of the International Criminal Court. Rome, 1998. Preamble.

In fact, the cruelty and inhumanity of the ongoing war are worthy of mention. The numbers by official⁹⁴ and unofficial⁹⁵ bodies indicate a high number of victims and substantive material destruction. Forcibly displaced persons due to the conflict also came in huge waves and the resulting humanitarian crises are sensitive⁹⁶. The economic effects of the war are substantial and spread across the entire world⁹⁷. Furthermore, the forced transfer of children is certainly a serious crime against which the international community must unite. Having verified the occurrence of these facts, there would be little doubt about the possibility of criminal liability for those involved, even though not ignoring possibly justifying issues in legal, cultural or social fields that may be interrelated.

However, in addition to the particular position of the ICC against the immunity of Heads of State under its jurisdiction⁹⁸, already mentioned above (a position that is not yet pacified in International Law and which

⁹⁴ ICC. Office of the Prosecutor. *Report on Preliminary Examination Activities*. The Hague: Office of the Prosecutor, 2020. p. 69-70. Available at: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-eng.pdf>. Access in: 30 July 2023. p. 69-70.

⁹⁵ FAULCONBRIDGE, Guy. *Ukraine war, already with up to 354,000 casualties, likely to last past 2023 - U.S. documents*. 2023. Available at: <https://www.reuters.com/world/europe/ukraine-war-already-with-up-354000-casualties-likely-drag-us-documents-2023-04-12/>. Access in: 30 July 2023.

⁹⁶ Data from UNHCR shows there are more than 6 million forcibly displaced persons fleeing from the war. UNHCR. *Operational Data Portal - Ukraine Refugee Situation*. New York: UNHCR, [2023] [last updated: 25 July 2023]. Available at: <https://data2.unhcr.org/en/situations/ukraine>. Access in: 01 Aug. 2023.

⁹⁷ "The outlook for global acute food insecurity in 2022 is expected to deteriorate further relative to 2021. In particular, the unfolding war in Ukraine is likely to exacerbate the already severe 2022 acute food insecurity forecasts included in this report, given that the repercussions of the war on global food, energy and fertilizer prices and supplies have not yet been factored into most country-level projection analyses". FAO. *2022 Global Report on Food Crises*. Rome: FAO, 2023. Available at: <https://www.fao.org/3/cb9997en/cb9997en.pdf>. Access in: 30 July 2023.

⁹⁸ "The effect of absence of a rule of customary law recognising Head of State immunity, in relation to international courts, is not readily avoided through the backdoor: by asserting immunity that operates in the horizontal relationship between States, in a manner that would effectively bar an international court from exercising its jurisdiction over the person whose arrest and surrender it has requested. The law does not readily condone to be done through the back door something it forbids to be done through the front door". ICC. Appeals Chamber. *Judgment of the Appeals Chamber in The Prosecutor v Al-Bashir*. Summary of 6 May 2019. The Hague: ICC, 2019. para. 40. Available at: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/Jordan-Summary-Al-Bashir-Judgment.pdf>. Access in: 30 July 2023. para. 40.

was widely criticized⁹⁹), there are some hard questions regarding the Putin-Belova warrants of arrest which are not connected to the normative adequacy, but refer to questions of political nature, intrinsically bound to international criminal justice. Firstly, the investigation was carried out with astonishing speed when compared to other cases. Moreover, the choice of this particular situation to be handled on such an urgent basis and ahead of many other cases that were waiting for the ICC's attention and resources has sparked debate. One could wonder about the convenience of the Court's quick action in such a delicate political and military context.

The agility of the ICC's reaction to point out criminal responsibilities in a conflict that is still ongoing draws attention. The Prosecutor's decision to request authorisation for investigations took place, as it turned out, in March 2022¹⁰⁰, a few days after the Russian invasion of Ukrainian territory. It is true that preliminary analyses, according to the OtP, were already being carried out since 2014 and that the Prosecutor had previously informed the international community on the appropriateness of investigations¹⁰¹. Even so, however, the facts that gave rise to the arrest warrant, it seems, are not facts from that period, but from occurrences that took place from 24 February 2022 on, which would make all previous investigative work rigorously unnecessary.

The haste of the ICC is notable. In other cases, preliminary investigations took years and did not always conclude for the existence of criminal responsibility – or, at least, did not culminate in the request of arrest warrants – in such short notice. It is curious that in the short span of 12 months (if the Russian invasion is considered as the starting point; if one departs from the Prosecutor's request for investigation, it would be only one month) the OtP has been convinced of the responsibility of Putin and Belova regarding the commission of important and complex crimes, while in other

cases, years have passed without the issuance of arrest warrants by the Court. Investigations into facts that allegedly took place in Burundi from April 2015 were only authorised in October 2017 (although preliminary investigations took place from April 25, 2016)¹⁰²; crimes occurring in Bangladesh/Myanmar would have taken place since June 2010, especially in 2016 and 2017, but the investigation was authorised in November 2019 (although requested on 04 July 2019)¹⁰³; crimes in the Philippines, which occurred from November 2011, started to be investigated in May 2021 and had their investigation authorised from September 15, 2021¹⁰⁴; facts that occurred within Venezuelan territory since April 2017 gave rise to a referral by State Parties in September 2018 – such referral was notified to the Pre-Trial Chamber in April 2022, and in June 2023, the investigation (requested by the Prosecutor in November 2022) was authorised¹⁰⁵. In any of these cases the ICC is yet to issue a warrant of arrest.

These are just a few cases that could be mentioned, but there are others known situations that are particularly more sensitive. In the situation of the Palestine, for example, which would be the object of the ICC for crimes committed since January 2015, the Prosecutor reported starting investigations in January 2015, but only in December 2019 did the Prosecutor's Office mention that “given the complex legal and factual issues attaching to this situation, [...] she would be making a request to Pre-Trial Chamber I for a ruling to clarify the territorial scope of the Court's jurisdiction in this Situation”¹⁰⁶. In other words: after years of investigation, even the OtP could not define whether the ICC had jurisdiction over that complicated situation. The Palestine situation has progressed mainly due to the es-

⁹⁹ See AKANDE, Dapo. *ICC Appeals Chamber Holds that Heads of State Have No Immunity Under Customary International Law Before International Tribunals*. EJIL: Talk!, May 6, 2019.

¹⁰⁰ ICC. *Situation in Ukraine*. ICC-01/22. The Hague: ICC, 2022. Available at: <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>. Access in: 05 July 2023.

¹⁰¹ ICC. *Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination in the situation in Ukraine*. Press Release: 11 December 2020. The Hague: ICC, 2020. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-fatou-bensouda-conclusion-preliminary-examination-situation-ukraine>. Access in: 30 July 2023.

¹⁰² ICC. *Situation in the Republic of Burundi (ICC-01/17)*. The Hague: ICC, [2023]. Available at: <https://www.icc-cpi.int/burundi>. Access in: 30 July 2023.

¹⁰³ ICC. *Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar (ICC-01/19)*. The Hague: ICC, [2023]. Available at: <https://www.icc-cpi.int/bangladesh-myanmar>. Access in: 30 July 2023.

¹⁰⁴ ICC. *Situation in the Republic of the Philippines (ICC-01/21)*. The Hague: ICC, [2023]. Available at: <https://www.icc-cpi.int/philippines>. Access in: 30 July 2023.

¹⁰⁵ ICC. *Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela I (ICC-02/18)*. The Hague: ICC, [2023]. Available at: <https://www.icc-cpi.int/venezuela-i>. Access in: 30 July 2023.

¹⁰⁶ ICC. *Situation in the State of Palestine (ICC-01/18)*. The Hague: ICC, [2023]. Available at: <https://www.icc-cpi.int/palestine>. Access in: 30 July 2023.

calation of the conflict since 7 October and, arguably, the renewed international attention on the case.

In the Georgia situation, crimes within the jurisdiction of the ICC would have been committed at least since July 2008 (especially from July to August of that year). Even though the investigating body announced the start of its preliminary investigations in August 2008¹⁰⁷, it was only in October 2015 that the Prosecutor requested authorisation for investigation, which was only granted by the Pre-Trial Chamber in January 2016. One should mention that in both the Palestine and Georgia situations, powerful countries were directly involved and thus could hamper ICC investigative intentions. Nevertheless, the blatant speed divergence in preliminary investigating and issuing arrest warrants is embarrassing for the ICC. More transparent and precise time criteria could potentially avoid this perception¹⁰⁸.

It can be argued that most of those “less prestigious” cases are conducted *proprio motu* by the ICC Prosecutor, based on article 15 of the Rome Statute, and therefore demand greater care and attention – hence more time for the investigation. On the other hand, the Ukraine situation, referred by States-Parties (under article 13(a) of the Statute), would call for a more expeditious treatment. However, the Venezuela situation was also referred by a coalition of States-Parties and, thus, should not be treated differently than the situation in Ukraine¹⁰⁹. In other words, the ICC’s agility when dealing with the Ukraine situation (especially that of the OtP), draws attention and this factor cannot be neglected.

In addition to time, one could wonder why not only urgency, but priority was given to the situation in Ukraine. There is a notorious long queue of cases waiting for the ICC to act. Some of them have been waiting for almost fifteen years, such as the situation in Afghanistan. In this situation, crimes would have been committed since May 2003 and the ICC Prosecutor’s Office

had been preliminarily investigating since 2007. Even so, it requested authorisation for an investigation only in November 2017¹¹⁰. The Appeals Chamber authorised the investigation¹¹¹, but only after reversing the Pre-Trial Chamber II’s decision of April 2019, which rejected the Prosecutor’s request solely based in discussions around the difficult topic of the interest of justice¹¹². One should not forget, also, the final position of the new Prosecutor on the situation: it is hard to believe that choosing to prosecute only certain groups, mainly the poor and less powerful ones, is in the interests of justice¹¹³.

This delay by the ICC – which risks jeopardising the investigation, given the fact that evidence also deteriorates and tends not to be preserved over time¹¹⁴ – sharply contrasts with the sense of urgency and priority given to other situations, like Ukraine. This problem should have been raised before in at least one other similar situation, in which something similar occurred. In the context of the Arab Spring, the Libyan situation also triggered a hasty ICC investigation. The conflict started in the aftermath of political manifestations against Muammar Gaddafi around February 2011 and his dic-

¹⁰⁷ ICC. Situation in Georgia (ICC-01/15). The Hague: ICC, [2023]. Available at: <https://www.icc-cpi.int/georgia>. Access in: 30 July 2023.

¹⁰⁸ KOTECHA, Birju. The International Criminal Court’s Selectivity and Procedural Justice. *Journal of International Criminal Justice*, v. 18, n. 1, p. 107-139, mar. 2020. p. 137.

¹⁰⁹ ICC. Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the referral by a group of six States Parties regarding the situation in Venezuela of 27 September 2018. Statement: 27 September 2018. The Hague: ICC, 2018. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-fatou-bensouda-referral-group-six-states>. Access in: 30 July 2023.

¹¹⁰ ICC. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (ICC-02/17). The Hague: ICC, [2023]. Available at: <https://www.icc-cpi.int/afghanistan>. Access in: 30 July 2023; ICC. Office of the Prosecutor. Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15” of 20 November 2017. ICC-02/17-7-Conf-Exp. Doc. n. ICC-02/17-7-Red. The Hague: ICC, 2017.

¹¹¹ ICC. Appeals Chamber. Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan. ICC-02/17-138. The Hague, 05 March 2020. Available at: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02/17-138>. Access in: 30 July 2023.

¹¹² ICC. Pre-Trial Chamber II. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. ICC-02/17. The Hague, 12 April 2019. Available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-33>. Access in: 30 July 2023.

¹¹³ ICC. Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Karim A. A. Khan QC, following the application for an expedited order under article 18(2) seeking authorisation to resume investigations in the Situation in Afghanistan. Statement of 27 September 2021. The Hague: ICC, 2021. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-karim-khan-qc-following-application>. Access in: 30 July 2021.

¹¹⁴ The pre-trial Chamber already used this argument when rejecting the investigation in Afghanistan in a very clumsy way that could endanger the rule present in article 29 of the ICC. Pre-Trial Chamber II. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. ICC-02/17. The Hague, 12 April 2019. Available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-33>. Access in: 30 July 2023. par. 93.

tatorial government ended overthrow in August of the same year. A transitional government was widely recognised in September 2011¹¹⁵. The situation was referred to the Prosecutor in February 2011 by the Security Council¹¹⁶ and investigations started almost immediately, in March 2011. Arrest warrants were issued already on 27 June 2011 against Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. The ICC expeditious action pointed out the criminal responsibility of a Head of State who was still fighting against rebels largely supported by a coalition of Western States, mainly Europeans – all of this took place before the end or stabilization of the conflict¹¹⁷.

The fact that it was a referral by the Security Council could perhaps justify the swiftness of the Prosecution. After all, it should be noted that the same urgency could not be identified in a third case. When the Security Council referred in March 2005 its first situation, Darfur (Sudan), the investigation started in July 2005¹¹⁸, but the first arrest warrant was issued years later, in April 2007¹¹⁹, followed by many others (including one against the former president Al-Bashir), always with a substantial delay.

There is clear risk that political interests have been playing a role behind the choices of the OtP since there are no clear criteria to guide the choice of which situations should be pushed forward and which situations

deserve to wait – something that has already been criticised¹²⁰. It is especially disturbing that it seems to exist perfect unison between the choices of the ICC and the interests of the Global North¹²¹.

In addition to the delay in the Afghanistan situation (besides the frustration given the Prosecutor's selectivity), the Libya and the Ukraine situations should also draw attention to external influence. The political pressure exerted by the United States on the ICC due to the Afghanistan investigation cannot go unnoticed¹²². Perhaps this political pressure was the reason for both the delay and selectivity in the situation? Libya and Ukraine, situations handled with extreme haste when compared to other situations in the ICC's pool of cases, as demonstrated before, are also of interest to the Europe-US axis. In Libya, the support of Europe¹²³, USA and NATO in favour of Gaddafi's regime overthrow was openly signalled¹²⁴ with the dispatch of weapons,

¹¹⁵ UN. General Assembly Meeting Coverage. *After Much Wrangling, General Assembly Seats National Transitional Council of Libya as Country's Representative for Sixty-Sixth Session*. GA/11137. New York: UN, 2011. Available at: <https://press.un.org/en/2011/ga11137.doc.htm>. Access in: 30 July 2023.

¹¹⁶ UN. Security Council. *Resolution 1970 (2011)*. S/RES/1970 (2011). New York: UN, 2011. Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/245/58/PDF/N1124558.pdf?OpenElement>. Access in: 30 July 2023.

¹¹⁷ The unfolding of the process was, as is known, even more delicate. The debate between the Libyan government and the ICC that followed the opening of the case produced strains both within the ICC and in international relations, and certainly undermined the Court's authority. The Public Prosecutor's unrestricted and poorly regulated freedom of action was central to this problematic issue. And, at the end of the day, the accused have not yet been prosecuted by the ICC. See: ROACH, Steven C. How Political Is the ICC? Pressing Challenges and the Need for Diplomatic Efficacy. *Global Governance*, v. 19, n. 4, p. 507-523, 2013. p. 516.

¹¹⁸ ICC. *Situation in Darfur, Sudan (ICC-02/05)*. The Hague: ICC, [2023]. Available at: <https://www.icc-cpi.int/darfur>. Access in: 30 July 2023.

¹¹⁹ The arrest warrant in Harun case was issued on 27 April 2007; in Al Bashir case, on 12 July 2010; in Hussein case, on 1st March 2012. ICC. *Situation in Darfur, Sudan (ICC-02/05)*. The Hague: ICC, [2023]. Available at: <https://www.icc-cpi.int/darfur>. Access in: 30 July 2023.

¹²⁰ REYNOLDS, John; XAVIER, Sujith. 'The Dark Corners of the World': TWAAIL and International Criminal Justice'. *Journal of International Criminal Justice*, v. 14, n. 4, p. 959-983, sep. 2016; KI-YANI, Asad G. Third World Approaches to International Criminal Law. *AJIL Unbound*, v. 109, p. 255—259, 2015. A counter-critique, albeit related to the Ukraine situation, can be found in LABUDA, Patryk I. Beyond rhetoric: Interrogating the Eurocentric critique of international criminal law's selectivity in the wake of the 2022 Ukraine invasion. *Leiden Journal of International Law*, FirstView, p. 1-22, 2023.

¹²¹ In this sense, Justice Radhabinod Pal has done sterling work on the IMT for the Far East, denouncing the Japanese prosecutions as "vindictive retaliation", and stressing how impunity is reliant on position in the international system and the political agenda that surrounds it. CANTUÁRIA, Christian L. S.; SQUEFF, Tatiana C. De Radhabinod Pal ao TPI: reflexões sobre a responsabilidade penal internacional individual e a colonialidade no ordenamento internacional. In: BORGES, Alexandre W.; GASPAS, Renata A. (coord.); CASTRO, Felipe S. V. et al. (org.). *Uma releitura do DIN a partir do Sul: Direito, Globalização e Cidadania - um tributo ao centenário de Paulo Freire*. Uberlândia: LAECC, 2022. p. 41-61.

¹²² MORELLO, Carol. *U.S. will not give visas to employees of the International Criminal Court*. 2019. Available at: <https://encurtador.com.br/IBLZ1>. Access in: 30 July 2023; JOHN Bolton threatens ICC with US sanctions. 2018. Available at: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-45474864>. Access in: 30 July 2023.; SIMONS, Marlise; SPECIA, Megan. U.S. Revokes Visa of I.C.C. Prosecutor Pursuing Afghan War Crimes. *NY Times*, 05 apr. 2019. Available at: <https://www.nytimes.com/2019/04/05/world/europe/us-icc-prosecutor-afghanistan.html>. Access in: 30 July 2023.

¹²³ There is even a perceptible "Europeanization" of Ukraine both in the media and in science, which serves to reinforce Western values. VORBRUGG, Alexander; BLUWSTEIN, Jevgeniy. Making sense of (the Russian war in) Ukraine: On the politics of knowledge and expertise. *Political Geography*, v. 98, 102700, 2022.

¹²⁴ EU. *Statement of the European Union High Representative for Foreign Affairs and Security Policy of 15 July*. 2011. Brussels: EU, 2011. Available at: https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/

direct support and Security Council sanctioned bombings¹²⁵. The triggering of the ICC jurisdiction came early to the stage, right with the first Security Council Resolution on the matter¹²⁶.

Likewise, there was open European support to Ukrainian forces, which took different forms in this conflict: weapons and training, but also information, money and embargoes that pushed forward the Ukrainian army against Russia. Arguably, it could not be any different as Putin's country expansion in direction of Western European territory is a potential threat to the political arrangements designed after the Cold War. It also compromises both the division of powers that drive European politics and traditional values essential to the European way of life. This is why classifying the president of Russia as a criminal (more than that: a war criminal) could represent a strong juridical blow able to legitimise European-American positions¹²⁷.

pressdata/EN/foraff/123891.pdf. Access in: 26 July 2023; UNIÃO Europeia abre escritório em reduto de rebeldes na Líbia. *G1*, maio 2011. Available at: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/05/uniao-europeia-abre-escritorio-em-reduto-de-rebeldes-na-libia.html>. Access in: 30 July 2023. In defense of the European position, see: STAVRIDIS, Stelios. "EU incoherence and inconsistency over Libya": evidence to the contrary. *Cahiers de la Méditerranée*, n. 89, p. 159-179, 2014. About the different interests on the Libyan war, see also: ROBINSON, Kali. Who's Who in Libya's War? *In: Council of Foreign Relations*, 18 June 2020.

¹²⁵ UN. Security Council. *Resolution 1970 (2011)*. S/RES/1970 (2011). New York: UN, 2011. Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/245/58/PDF/N1124558.pdf?OpenElement>. Access in: 30 July 2023; UN. Security Council. *Resolution 1973 (2013)*. S/RES/1973 (2011). New York: UN, 2011.

¹²⁶ UN. Security Council. *Resolution 1970 (2011)*. S/RES/1970 (2011). New York: UN, 2011. Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/245/58/PDF/N1124558.pdf?OpenElement>. Access in: 30 July 2023.

¹²⁷ See STRUETT, Michael J. The Politics of Discursive Legitimacy: Understanding the Dynamics and Implications of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court. *In: ROACH, Steven C. (ed.). Governance, Order, and the International Criminal Court: Between Realpolitik and a Cosmopolitan Court*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 107-132 (on how the flexible design of the ICC advances the procedural aspects of legitimacy through the discursive dynamics of prosecutorial authority and discretion). On legal discourse as legitimation in the international arena, see, e.g., STEFFEK, Jens. The Legitimation of International Governance: A Discourse Approach. *European Journal of International Relations*, v. 9, n. 2, p. 249-275, June 2003; BILLERBECK, Sarah von. No action without talk? UN peacekeeping, discourse, and institutional self-legitimation. *Review of International Studies*, v. 46, n. 2, p. 477-494, Oct. 2020; NUÑEZ-MIETZ, Fernando G. Legalization and the Legitimation of the Use of Force: Revisiting Kosovo. *International Organization*, v. 72, n. 3, p. 725-757, 2018.

It cannot go overlooked that each situation comes with its own context and surrounding external disparities such as geopolitical dynamics and scale of conflict. The ICC factors in such differences while investigating international crimes, which undoubtedly leads to different approaches in terms of time, resources and personnel allocation. Yet, it is precisely such attention to context that proves and somewhat justifies criminal selectivity: such urgency and priority given to the Ukrainian case is not legally, but politically justified. There is a political context riddled with complex dynamics that is taken into consideration by the ICC (particularly by its Prosecutor) and results in choosing or prioritising some cases over others.

Needless to say, there are a plethora of reasons contributing to the duration of a case – issues regarding evidence, State cooperation and so on. However, such precise assessment is not readily accessible. While evidence issues (such as availability or access) might lead to delays in any specific case, the question remains whether a (political) decision could have been made to dedicate investigate efforts to address this problem. Furthermore, the disparity in delays is so significant that the delay itself could become the reason a case does not move forward, for example, due to the loss of evidence. The fact is: although many arguments can be made to justify the Prosecution's actions, few of them can be genuinely, let alone concretely verified.

From this perspective, therefore, the arrest warrant issued by the ICC would be extremely convenient and would justify both the urgency and the selectivity of the Court in the case. Moreover, one could also disapprove the institutional positioning adopted by the ICC in the case. After all, the fact that in the midst of an international conflict and about two weeks after the issuance of an arrest warrant against the leader of one of the parties in the war – precisely the one that puts the interests of the so-called Western world at risk – the President of the ICC (from Polish origin) meets and poses for pictures with the leader of the other party, the Ukrainian President, as occurred on 04 May 2023¹²⁸, does not give it a good look of an impartial justice system.

¹²⁸ ICC. *President of Ukraine visits International Criminal Court*. Press Release of 04 May 2023. The Hague: ICC, 2023. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/president-ukraine-visits-international-criminal-court>. Access in: 26 July 2023.

Even if it is not possible to scrutinise the reasons of the OtP (and even those of the ICC in general) to affirm that the Court chose cases taking Western political interests into consideration, it cannot be ignored that in both situations the interest of powerful countries in the issuance of the arrest warrants was blatant. When an apparent pattern of case selection criteria stubbornly coincides with the interests of some specific countries, particularly those in the West, the international community needs to be alert to the risk that the international criminal justice system may not be as impartial as proclaimed.

After all, by choosing one case over others, the ICC is also selecting specific nationalities to protect, particular groups of victims to aid¹²⁹, special types of crimes to be deemed intolerable (and thus prevented), where to spend huge amounts of financial resources and, of course, which ideologies and political positions are to be promoted.

Indeed, choosing a case is a great responsibility that implies an allocation of time, personnel and scarce resources. This is why picking a situation *in lieu* of another is always a dramatic choice by the Prosecutor who must decide between those who deserve to be protected by the ICC and those who do not deserve this protection (at least, not yet...). It is obvious that the ICC must choose which cases to trial as it is not possible to deal with all the situations that are referred to the Court. However, the lack of (transparent) criteria on the selectivity over which cases are selected¹³⁰ is an issue that calls for a clear and urgent solution.

Finally, another issue that needs to be mentioned is that this kind of arrest order could be a catalyst for the

escalation of the war. After all, threatened with going to trial in international courts, the Russian leader could be faced with difficult choices and end up choosing to carry on with a conflict that, otherwise, could be extinguished or mitigated by other means – like politics and diplomatic negotiations. Therefore, such measure from the Court's part may lead to more victims, more economical damages and even the installation of a conflict of global proportions with serious risks of the use of unconventional weapons. This is thus an important question to be posed: is the isolation of a nuclear power, created by an arrest warrant, a risk worth taking?

Imagine the dilemma faced by a country that receives a visit from the President of Russia and that, at the same time, is part of the ICC: either it fails to comply with its international obligation and is subject to the mild sanctions that the Court may impose¹³¹ or it carries out the arrest warrant and triggers a response, probably of military and potentially nuclear nature, from one of the world's greatest powers. This issue will probably surface very soon¹³².

There is yet an alternative outcome that this arrest warrant may have no effect at all. The ICC and the legal community should be deeply concerned about that, as the absolute ineffectiveness of such an order would imply a tacit acknowledgment (and confirm the suspicion of most critical scholars) that the ICC is unable to enforce its rulings when the interests of powerful countries are at stake¹³³. If cooperation with the ICC

¹²⁹ KIYANI, Asad. Group-Based Differentiation and Local Repression: The Custom and Curse of Selectivity. *Journal of International Criminal Justice*, v. 14, n. 4, p. 939-957, sep. 2016. To the author, group-based selectivity focuses on the group identity during the exercise of discretionary decision-making in the tribunal, *i.e.* "on differential prosecutions of similarly-situated offenders within states and situations".

¹³⁰ The OtP has published policy papers on case selection and prioritisation and the interests of justice. However, they are both broad and indeterminate, and cannot reasonably suppress the lack of transparency critique. ICC. Office of the Prosecutor. *Policy paper on case selection and prioritisation*. The Hague: ICC, 2016. Available at: https://www.iccpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_CaseSelection_Eng.pdf. Access in: 31 July 2023; ICC. Office of the Prosecutor. *Policy Paper on the Interests of Justice*. The Hague: ICC, 2007. Available at: <https://www.iccpi.int/sites/default/files/ICCOTPIInterestsOfJustice.pdf>. Access in: 31 July 2023.

¹³¹ Regarding the responses of the Court on the non-compliance of some states with cooperation in the Al-Bashir case, see the following decisions: ICC. Pre-Trial Chamber I. Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir. ICC-02/05-01/09-139-Corr. The Hague, 12 December 2011; ICC. Pre-Trial Chamber II. Decision on the Non-compliance of the Republic of Chad with the Cooperation Requests Issued by the Court Regarding the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. ICC-02/05-01/09. The Hague, 26 March 2013; ICC. Appeals Chamber. Judgement in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal. ICC-02/05-01/09 OA2. The Hague, 06 Mayo, 2019.

¹³² JACKSON, Miles. *The ICC Arrest Warrants against Vladimir Putin and Maria Lvova-Belova – An Outline of Issues*. 2023. Available at: <https://www.ejiltalk.org/the-icc-arrest-warrants-against-vladimir-putin-and-maria-lvova-belova-an-outline-of-issues/>. Access in: 30 July 2023.

¹³³ HOROVITZ, Sigall; NOAM, Gilad; SHANY, Yuval. The International Criminal Court. In: SHANY, Yuval (ed.). *Assessing the Effectiveness of International Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 223-252.

is merely occasional, solely possible whenever citizens of poorer States or those who are not backed up by a superpower, a major part of the objectives described in the preamble of the Rome Statute would be dead letter. That would lead to the collapse of trust in the Court's ability of delivering justice, and the confirmation of its fierce selectivity would confirm that its performance is, in fact, episodic at best.

The question that remains is whether there is something to be done in the face of this worrisome selectivity. The next section discusses this characteristic as historical and inevitable to the international criminal justice. Firstly, it looks upon the normative instruments of international criminal courts designed to tackle this problem. Then, selectivity is discussed (i) under the light of the political dimension of International Law, and then (ii) as a natural element of criminal punishment.

5 The ICC's selectivity as a historical (and unavoidable) international criminal justice issue

The criticism to the apparent selectivity of the ICC is notorious and does not seem to have been adequately addressed by the Court's defenders¹³⁴. A historical analysis of international criminal justice appears to demonstrate a certain inevitability of this selectivity, and a critical understanding of both Public International Law and punishment itself might offer important insight into the matter.

Selectivity is not merely a byproduct of the international criminal justice system, but instead a fundamental and structural feature. It impacts the creation and application of international criminal norms¹³⁵ despite raising issues about fair selection decisions, such as disproportionate focus on certain regions, one-sided criminal res-

ponsibility and impunity for some individuals¹³⁶. While it is seen as an unavoidable feature of ICL¹³⁷, selectivity may also be justified due to limited resources and the need to prioritize cases based on expressive impact¹³⁸, as well as the influence of politics over prosecutorial discretion¹³⁹.

5.1 The historical selectivity of international criminal tribunals

The most critical doctrine has constantly stressed the selectivity of international criminal justice¹⁴⁰. Since Nuremberg, international trials have been designed to target only a fraction of those responsible for universal crimes. In fact, the international community does not seem capable of prosecuting all individuals accountable for such crimes, considering their vast number and the intention of providing subsidiary justice that acts only when States cannot or do not wish to deliver criminal justice. It is within this context that the statutes of international tribunals have always established rules to allow for this voluntary limitation of action. In Nuremberg and Tokyo¹⁴¹, this limitation was quite evident, and it selected only the highest authorities of the defeated countries as subject to criminal accountability.

Selectivity was, therefore, the rule. Although the Allied forces had also committed actions that certainly

¹³⁴ See: KOTTECHA, Birju. The International Criminal Court's Selectivity and Procedural Justice. *Journal of International Criminal Justice*, v. 18, n. 1, p. 107-139, mar. 2020; DEGUZMAN, Margaret M. Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court. *Michigan Journal of International Law*, v. 33, n. 2, p. 265-320, 2012; EZENNIA, Celestine N. The Modus Operandi of the International Criminal Court System: An Impartial or a Selective Justice Regime? *International Criminal Law Review*, v. 16, n. 3, p. 448-479, 2016.

¹³⁵ ARMENIAN, Andre V. Selectivity in International Criminal Law: An Assessment of the 'Progress Narrative'. *International Criminal Law Review*, v. 16, n. 4, p. 642-672, 2016.

¹³⁶ HAFETZ, Jonathan. Fairness, Legitimacy, and Selection Decisions in International Criminal Law. *Vanderbilt Law Review*, v. 50, n. 5, p. 1133-1171, 2017.

¹³⁷ ZAKERHOSSEIN, Mohammad Hadi. *Situation Selection Regime at the International Criminal Court: Law, Policy, Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

¹³⁸ DEGUZMAN, Margaret M. Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court. *Michigan Journal of International Law*, v. 33, n. 2, p. 265-320, 2012.

¹³⁹ GREENAWALT, Alexander K. A. Justice Without Politics? Prosecutorial Discretion and the International Criminal Court. *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, v. 39, p. 583-673, 2007.

¹⁴⁰ See, e.g.: PAVARINI, Massimo. La Pena Come 'Fatto Sociale' nel Sistema di Giustizia Penale Internazionale. *IUS17@unibo.it: studi e materiali di diritto penale*, n. 1, p. 191-196, 2008.

¹⁴¹ "...there shall be established an International Military Tribunal [...] for the just and prompt trial and punishment of the major war criminals of the European Axis". *Charter of the International Military Tribunal*. London, 1945. Article 1. The limitation in the case of the International Military Tribunal for the Far East is somewhat less expressive and stems from a rather obvious interpretation of the Statute and Special Proclamation of the Supreme Commander for the Allied Powers on January 19, 1946, according to which only Japanese accused would be punished. International Military Tribunal for the Far East. *Special proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers at Tokyo*. Tokyo: IMTFE, 1946.

deserved investigation for the commission of war crimes or crimes against humanity, the very framework of the tribunals did not allow for such a possibility, and thus, the military tribunals of the Second World War only served to judge the defeated¹⁴². This was the “Nuremberg syndrome” referred to by Cassese¹⁴³: despite crimes being committed on both sides, justice was wielded only against the losers of the war – and for undoubtedly political purposes.

As for the *ad hoc* tribunals for the former Yugoslavia¹⁴⁴ and Rwanda¹⁴⁵, a set of provisions created a significantly more efficient system of limitations, based on territorial, temporal and/or national criteria¹⁴⁶, combined with a case selection procedure to be carried out by the Prosecution. The Prosecutor would assess and select cases and accused persons based on their impression of the “existence of a sufficient basis to proceed”¹⁴⁷. In these tribunals, therefore, the Prosecutor conducted a political verification of the cases to be prosecuted and

then decided whether or not to submit them to court, making the highest prosecuting authority an important political actor in the international arena¹⁴⁸.

Despite the existence of some limitation, this political power was used quite extensively. There are countless critiques against the Prosecution of the *ad hoc* tribunals due to the selectivity of cases that lacked a legal rationale but seemed politically motivated¹⁴⁹. In both the former Yugoslavia and Rwanda, crimes appear to have been committed by both sides of the conflict. However, the UN Courts deemed it pertinent to sectorise the prosecution, focusing on specific cases rather than addressing all the alleged crimes¹⁵⁰.

The issue of the former Yugoslavia has prompted some discussion in this regard¹⁵¹. First, since the NATO attack on Kosovo was not authorised by the UN Security Council, it could theoretically be characterised as aggression¹⁵² under the jurisdiction of the ICTY. Additionally, there were strong indications of universal crimes committed in the context of the NATO bombings¹⁵³. However, the Tribunal’s Prosecutor, instead

¹⁴² ZOLO, Danilo. *La Giustizia dei Vincitori: Da Norimberga a Baghdad*. Roma-Bari: Laterza, 2006.

¹⁴³ “Ma tutti sanno che Norimberga si macchiò di una grave colpa: vennero processati e puniti solo i vinti. Uno dei 22 imputati riuscì a far parlare dei crimini degli alleati solo di sfuggita. L’ammiraglio Doenitz invocò il principio tu quoque per discoltarsi dell’accusa di aver fatto colare a picco dai sottomarini tedeschi le navi commerciali delle Potenze alleate senza previo avvertimento, e di non aver salvato i naufraghi; egli dunque abilmente fece interrogare dalla corte l’ammiraglio statunitense Nimitz, il quale ammise che anche gli americani si erano comportati nello stesso modo”. CASSESE, Antonio. Il Processo a Saddam e i Nobili Fini della Giustizia. *La Repubblica*, 19 ott. 2005. Available at: <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2005/10/19/il-processo-saddam-nobili-fini-della-giustizia.html>. Access in: 17 July 2023. p. 23.

¹⁴⁴ Article 1 of the ICTY Statute: “The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute”. UN. *Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. Geneva: UN, 2009.

¹⁴⁵ Article 1 of the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda: “The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for such violations committed in the territory of neighbouring States between 1 January 1994 and 31 December 1994, in accordance with the provisions of the present Statute”. UN. *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda*. Geneva: UN, 1994.

¹⁴⁶ KIRSCH, Phillippe QC; ROBINSON, Darryl. Referral by States Parties. In: CASSESE, Antonio, GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (ed.). *The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002. v. 1. p. 619-625. p. 625.

¹⁴⁷ Article 18 (1) of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and article 17 (1) of the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda.

¹⁴⁸ As mentioned by KÖCHLER, “the prosecutor of these tribunals is de facto a political appointee”. KÖCHLER, Hans. *Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads*. Wien: Springer-Verlag, 2003. p. 23. On the recognition of the need for the wide freedom of the Prosecutor, see Judge Wald’s partial dissenting Opinion in *Jelisić*: “Nowhere in the Statute is any chamber of the ICTY – International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia – given authority to dismiss an indictment or any count there in because it disagrees with the wisdom of the prosecutor’s decision to bring the case.... Any such decision based on ‘judicial economy’ inevitably reflects judges’ views as to which cases are ‘worthy’ and which are not. That, however, is the job of the prosecutor who must calibrate legal and policy considerations in making her choices on how to utilize limited resources”. ICTY. Partial Dissenting opinion of Judge Wald, Judgement. *Jelisić case*, IT-95-10-A, AC, The Hague, 05 July 2001. para 4.

¹⁴⁹ For instance, CRYER, Robert. *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 213-220.

¹⁵⁰ See, e.g.: CÔTÉ, Luc. Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law. *Journal of International Criminal Justice*, v. 3, n. 1, p. 162-186, mar. 2005; REYDAMS, Luc. The ICTR Ten Years On: Back to the Nuremberg Paradigm? *Journal of International Criminal Justice*, v. 3, n. 4, p. 977-9888, 2005.

¹⁵¹ ZOLO, Danilo. *La Giustizia dei Vincitori: Da Norimberga a Baghdad*. Roma-Bari: Laterza, 2006. p. 151-152. See, specially: ZOLO, Danilo. Il doppio binario della Giustizia Penale Internazionale. *Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2005.

¹⁵² See: DISSENHA, Rui Carlo. Do Iraque ao Iraque outra vez: o jus ad bellum no contexto internacional depois de 10 anos da invasão iraquiana. *Revista Jurídica (FIC)*, v. 4, p. 225-248, 2014.

¹⁵³ HUMAN RIGHTS WATCH. *Civilian Deaths in NATO Air Campaign*, v. 12, n. 1 (D), 2000. Available at: <http://www.hrw.org/>

of creating a new investigation system¹⁵⁴, concluded there was no case against NATO authorities. As a result, the process did not require an in-depth formal investigation¹⁵⁵.

The ICTR followed a similar path. In fact, the experience of international organisations and critical doctrines have already indicated that the conflict in Rwanda was not unilateral genocide, but rather both major groups were involved in mutual acts of genocide¹⁵⁶. In light of this situation, the Tribunal's Prosecutor openly

initiated investigations into other criminal groups (associated with the Tutsi), which contradicted the interests of the government at that time¹⁵⁷. As an apparent result of this move, the Security Council promptly replaced the Prosecutor¹⁵⁸, leaving the crimes committed by the Rwandese Patriotic Front (RPF) and the Rwandese Patriotic Army (RPA) in the Rwandan context without any investigation.

In response to these difficulties and criticisms of previous experiences, the Rome Statute adopted a much more complex configuration for the selection of cases it intends to handle, which, to some extent, imposes clearer limits on the Prosecutor's discretion in choosing cases¹⁵⁹. However, even though there are some limitations, the Prosecutor's freedom to choose which cases to prosecute remains the rule.¹⁶⁰

Article 13 of the Rome Statute indicates that there are three ways for a case to be brought before the Court: by submission of a situation to the Prosecutor by a State Party to the Statute (Article 13(a)) or by the United Nations Security Council (Article 13(b)), and finally, *proprio motu* by the Prosecutor¹⁶¹, meaning on their own initiative and without having been prompted by a third party (Article 13(c)). Out of the three possibilities, only those where the case is brought before the Prosecutor by a State Party or the UN Security Council are subject to some control – and even then, it is quite limited.

reports/2000/nato. Access in: 17 July 2023; Amnesty International. *NATO/Federal Republic of Yugoslavia - "Collateral Damage" or Unlawful Killings? Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Force*. Doc. AI Index: EUR 70/18/00. London: Amnesty International, 2000; KÖCHLER, Hans. Memorandum on the Indictment of the President of the Federal Republic of Yugoslavia, the President of the Republic of Serbia and Other Officials of Yugoslavia by the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. In: KÖCHLER, Hans. *Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads*. Wien: Springer-Verlag, 2003. p. 353-356. p. 355.

¹⁵⁴ CÔTÉ, Luc. Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law. *Journal of International Criminal Justice*, v. 3, n. 1, p. 162-186, mar. 2005. p. 181.

¹⁵⁵ "On the basis of the information reviewed, however, the committee is of the opinion that neither an in-depth investigation related to the bombing campaign as a whole nor investigations related to specific incidents are justified. In all cases, either the law is not sufficiently clear or investigations are unlikely to result in the acquisition of sufficient evidence to substantiate charges against high level accused or against lower accused for particularly heinous offences". ICTY. Office of the Prosecutor. *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*. The Hague: ICTY, 13 June 2000. para. 90. On this topic, from a critical point of view, see CÔTÉ: "The first one resembles what is known as a 'non liquet', with the small difference that it arrives even before a Judge is seized of the matter. It made it impossible to settle that question of law in a definite way. As a critic rightfully said: 'Difficulties in interpretation are not good excuse for not starting an investigation.' The second reason – anticipating difficulties to obtain evidence while no investigative means have yet been deployed by the Prosecutor – is even more worrisome and raises serious questions of credibility. The Committee recognized candidly that its sources of information were limited and came essentially from NATO, the organization responsible for the alleged crimes". CÔTÉ, Luc. Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law. *Journal of International Criminal Justice*, v. 3, n. 1, p. 162-186, mar. 2005. p. 181.

¹⁵⁶ See the report AU. *Rwanda: The Preventable Genocide*. Togo: AU, 2000 (International Panel of Eminent Personalities (IPEP): Report on the 1994 Genocide in Rwanda and the Surrounding Events), especially chapters 6 e 22. See also AMNESTY INTERNATIONAL. *Rwanda: Reports of killings and abductions by the Rwandese Patriotic Army, April-August 1994*. London: Amnesty International, 1994. Available at: <http://www.amnesty.org/en/library/info/AFR47/016/1994/en>. Access in: 17 July 2023.

¹⁵⁷ REYDAMS, Luc. The ICTR Ten Years On: Back to the Nuremberg Paradigm? *Journal of International Criminal Justice*, v. 3, n. 4, p. 977-988, 2005. p. 979.

¹⁵⁸ As in the United Nations Security Council Resolution n. 1503 (2003): UN. Security Council. *Resolution n. 1503 (2003)*. S/RES/1503(2003). New York: UN, 2003.

¹⁵⁹ See: BAKIBINGA, David Baxter. Prosecutorial discretion and independence of the ICC prosecutor: concerns and challenges. *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, v. 10, n. 2, p. 177-193, 2018. p. 184 *et seq.*

¹⁶⁰ For further analysis of the political and operational limitations of the ICTY and ICTR, see ZOLO, Danilo. *La Giustizia dei Vincitori: Da Norimberga a Baghdad*. Roma-Bari: Laterza, 2006; KOSKENNIEMI, Martti. Between Impunity and Show Trials. *Max Planck of United Nations Law*, v. 6, p. 01-35, 2002; RODMAN, Kenneth A. How Politics Shapes the Contributions of Justice: Lessons from the ICTY and the ICTR. *American Journal of International Law*, v. 110, p. 234-239, 2017; HUMPHREY, Michael. International intervention, justice and national reconciliation: the role of the ICTY and ICTR in Bosnia and Rwanda. *Journal of Human Rights*, v. 2, n. 4, p. 495-505, 2003;

¹⁶¹ Article 15 of the Rome Statute. ROME Statute of the International Criminal Court. Rome, 1998.

Indeed, control over the Prosecutor's decision to initiate an investigation is only necessary in cases of *proprio motu* action. However, the initiation of proceedings and the issuance of arrest warrants are subject to the traditional control of an accusatory process, very similar to previous cases, with procedural differences only.

In the event of denial of investigation, more restricted criteria are established. If the Prosecutor deems it unsuitable to initiate an investigation or, after conducting an inquiry, to issue arrest warrants and open cases against the accused, then this can be done based on (i) the absence of reasonable grounds (lack of factual and legal elements) for the occurrence of a crime, (ii) inadmissibility of the case before the Court, or (iii) interests of justice. If the referral was made by the UN Security Council or a State Party, and the Prosecutor's decision is based on the absence of reasonable grounds or inadmissibility of the case before the Court, it will suffice to communicate the decision to the author of the referral – from which an appeal can be made to the Pre-Trial Chamber, which may only request the Prosecutor to reconsider their decision (Article 53(3)(a)) – but this request is not obligatory.

If, however, the sole reason for denying the initiation of an investigation or, after conducting it, the continuation of a case, are the interests of justice (iii), then this decision will need to be approved *ex officio* by the Pre-Trial Chamber and will only take effect after such confirmation (Article 53(3)(b)). The Prosecutor can, of course, reopen cases on the basis of new facts and information.

There is, therefore, a system of *checks and balances* concerning the control of the prosecution effectively present in the ICC experience¹⁶², which represents a clear evolution compared to the past. However, there is still considerable leeway for the Prosecutor to choose, in a reasonably arbitrary manner, against whom to exercise international punitive power and, especially, whether to do so. Even when there is a clear review of the Prosecutor's decision – in the case of denial due to the interests of justice – it remains doubtful whether

the Prosecution can be compelled to change its original choice and open a case.

In summary, although the Rome Statute demands a higher standard from the Prosecution – the only body capable of requesting the initiation of investigations, processes, and the arrest of an accused – than previous systems, there are no effective instruments to constrain the Prosecution's freedom of choice to prosecute. While positive control is certainly easier to occur, as a case can simply not be accepted by the Pre-Trial Chamber, negative control is practically non-existent: in the case of a denial of investigation or case initiation, there is little to be done beyond a request for reconsideration or non-confirmation by the Court, whose outcome remains unclear.

The Office of the Prosecutor has attempted to make case selection criteria more transparent by, for example, publishing a policy paper on the matter¹⁶³. This, however, does not effectively counter (neither does it seek to do so) the textural openness of case selection and prioritisation criteria. While the OtP is frequently caught up between the “need for predictability and legal certainty on the one hand, and for pragmatism and case-by-case flexibility on the other hand”¹⁶⁴ and aims to ensure such selectivity is legally justified, financial limitations and political pressures, which are arguably non-legal issues at core, are tangles in the ICC's quest for perceived legitimacy.

Indeed, even though more elaborated, the Rome Statute never promised to eliminate the inherent selectivity present in previous experiences. The preamble itself makes it clear that the Court will not concern itself with all crimes but only with the “most serious crimes”, a concept that is already selective by nature (the Statute does not specify when a crime is considered serious or not). This concept is reiterated throughout the text of the Statute, particularly in Articles 1 and 5.

¹⁶² KIRSCH, Phillippe QC; ROBINSON, Darryl. Initiation of Proceedings by the Prosecutor. In: CASSESE, Antonio, GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (ed.). *The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002. v. 1. p. 657-664. p. 660.

¹⁶³ See ICC. Office of the Prosecutor. *Policy paper on case selection and prioritisation*. The Hague: ICC, 2016. Available at: https://www.iccpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_CaseSelection_Eng.pdf. Access in: 31 July 2023.

¹⁶⁴ BÄDAGÅRD, Lovisa; KLAMBERG, Mark. The Gatekeeper of the ICC: prosecutorial strategies for selecting situations and cases at the International Criminal Court. *Georgetown Journal of International Law*, v. 48, p. 639-733, 2017. p. 731.

5.2 Is there reason in seeking to eliminate selectivity?

As previously determined, selectivity in criminal cases has not been effectively avoided by criminal justice delivered by international tribunals up until today, as the statutes themselves that regulate these international institutions leave room for unclear criteria regarding case selection.

In this context, it could be understood that selectivity is an inherent and inevitable characteristic of international criminal justice. In fact, this can be explained through a realistic understanding of the nature of norms created in the international arena, which are inherently political, as well as by analysing the very essence of punishment – an act that can and should be understood as a political exercise.

In International Law, understanding norms as a domain open to politics is not new. According to Koskeniemi¹⁶⁵, international norms can only succeed in conflict resolution when they include a political component in their structure capable of ensuring flexibility and, more importantly, profound legal indeterminacy¹⁶⁶. This is how countries of diverse political species and genres accept to be bound by international treaties: the malleability of the international normative space ensures the broad possibility of its legal interpretation, which is crucial for building a viable international legal framework that allows for accommodating contradictory positions while maintaining legal defensibility¹⁶⁷.

There is no reason to assume that international criminal norms escape this fate. Although they may have unique characteristics, particularly for establishing individual responsibility in a domain traditionally oriented towards State responsibility and for verticalizing legal relationships in a historically horizontal field, the norms that establish crimes and penalties in international criminal tribunals are constructed within the international context. As such, they carry this genetic burden: they are formed just like any other international norm within

a political context and inherently carry the political element within their structure.

Therefore, it is not surprising that the application of punishment in the international arena is delicate and complex, giving rise to puzzles that are resolved only with great interpretative difficulty. The realm of Criminal Law, representative of a direct relationship between the State and its citizens, has historically been constructed without excluding an Enlightenment perspective of limiting State violence and controlling punitive power, which advocates for certain rigidity and security that are incompatible with a highly politicised space¹⁶⁸. Hence, when international norms deal with criminal perspectives, the challenges are greater than mere adjustments between States: the inherent political element seems to disrupt the security expected from punitive power, creating evident discomfort¹⁶⁹. The selectivity of international criminal justice is just one of the consequences of this intricate interplay of political and legal considerations.

In national criminal justice systems, it is not admissible for punitive power to choose which criminals to punish. While there may be some room for manoeuvre for the legislator in primary criminalisation (when determining *what* to criminalise), this should ideally be done democratically. For example, the legislator can choose to criminalise the possession of a particular drug and not another – and this is evidently a political choice. However, once criminalised, it is not permissible to selectively punish one person in possession of such substance and not another. There is no legitimate political choice in this regard. This is because secondary criminalisation (the application of criminal norms), which may be occasionally selective (as reality shows), cannot be *voluntarily* selective based on a political criterion due to the expectation of equal treatment from the State towards its citizens. There is no political space for choice here, and unequal treatment regarding criminal norms in the national realm is even criminalised in several penal systems – doing otherwise would risk creating complete chaos in the criminal system.

¹⁶⁵ KOSKENIEMI, Martti. *The Politics of International Law*. Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011.

¹⁶⁶ JOUANNET, E. Koskeniemi: A Critical Introduction. In: KOSKENIEMI, Martti. *The Politics of International Law*. Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011. p. 01-32. p. 11.

¹⁶⁷ KOSKENIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 591.

¹⁶⁸ See: DISSENHA, Rui Carlo. Pelo Direito Penal Internacional em Detrimento do Direito Internacional Penal: sobre como o nome da disciplina afeta a sua função. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (org.). *Coleção Direito Internacional Multifacetado*. Curitiba: Juruá, 2014. v. 3. p. 255-304.

¹⁶⁹ See also ROBINSON, Darryl. The Identity Crisis of International Criminal Law. *Leiden Journal of International Law*, v. 21, n. 4, p. 925-963, 2008.

As seen before in the international realm, selectivity is not an undesirable social and political effect. In fact, selectivity in international criminal tribunals is a central characteristic and a condition for their existence. International criminal tribunals cannot possibly judge all individuals responsible for crimes; they are mandated to focus solely on those responsible for the “most serious crimes” (whatever that means politically). As a condition for their existence, this rule is normatively determined and well accepted as a criterion for the system’s efficiency. International criminal justice actively wants and is capable of choosing against whom to wield its authority. To Koskeniemi, without this selectivity, States would not accept the normative regulation of ICL and would not agree to be bound by this unique normative system¹⁷⁰. The international criminal norm, because it is structurally laden with a political element, must be selective; otherwise, it would not function effectively.

On the other hand, the political nature of punishment itself is not ignored, as revealed by the understanding of critical criminology¹⁷¹. In the international realm, there is a strong tendency to perceive the social model as a unified system, even in the Durkheimian sense. However, it should be questioned whether the social fabric is, in reality, composed of a collection of groups that struggle for power among themselves – which would create a completely different political context.

The so-called unitary perspective tends to create the impression that internal conflicts are an uncomfortable dissonance within a system that is potentially constructed as perfect and capable of reaching a point of excellence where, in the future, society will be harmonious and stable. Deviations are punished because they diverge from the values derived from the need for unity. There is no doubt that this has always been the dream of post-war International Law and found room for development with the end of the Cold War and the emergence of human rights as a theoretical and ethical foundation. It is also no coincidence that ICL has substantially developed after the fall of the Berlin Wall. In this context, an international criminal court is fully justified as a bastion of strength capable of enforcing the principles

that guide this harmonious world in the form of “legal interests” to be protected.

However, understanding a society as conflictual, composed of groups in a constant struggle for power, that can only find stability through a system where agreements are reached for mutual well-being, creates serious obstacles to the construction of universal values, advocated within the context of a unitary punitive power, centralised and guided by values that were less constructed and more recognized as eternal, pre-existing and universal¹⁷². In a dissenting society, rules are forged through tension among groups and are often predominantly determined by those in dominant positions of power, attempting to maintain the *status quo*. Punitive power, in particular, is frequently employed to enforce these norms and protect the interests of those in power¹⁷³. After all, punitive power has a “strong component of institutional politics”¹⁷⁴.

It is in this context that a critical perspective of Criminal Law and, of course, punishment itself is developed, as both are construed within a society in conflict. Punishment is, in fact, the embodiment of punitive power designed with real purposes that differ from those publicly declared. While punitive power is proclaimed to be employed for the protection of universal values, punishment actually serves to safeguard (economic, political, religious, etc.) values deemed worth protecting by those in positions of power. Its main purpose is to maintain the *status quo*, albeit under the pretext of protecting universal values.

This critical perspective does not mean advocating for the unnecessary of punishment (although some may do so¹⁷⁵). After all, replacing criminal responses with any other response presents a risk that punishment may merely take on another form just as serious as criminal response¹⁷⁶. However, punishment requires

¹⁷⁰ KOSKENIEMI, Martti. The Politics of International Law. *European Journal of International Law*, v. 1, n. 1, p. 04-32, 1990. p. 28.

¹⁷¹ See: BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

¹⁷² As stated by Koskeniemi, “The ‘international community’ remains still much more a ‘floating signifier’ whose point it is to articulate particular (political) claims in a universal garb rather than a sociological datum”. KOSKENIEMI, Martti. *International Legislation Today: limits and possibilities. Wisconsin International Law Journal*, v. 23, n. 1, p. 61-92, 2005. p. 90-91.

¹⁷³ See: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Pena: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2006. v. 1.

¹⁷⁴ ALAGIA, Alejandro *et al.* *Direito Penal Brasileiro: teoria Geral do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1. p. 275.

¹⁷⁵ HOUSLMAN, Louk. *Peines perdues: Le système pénal en question*. Paris: Editions du Centurion, 1982.

¹⁷⁶ See ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

strict control and regulation, which is why, in the national context and within democratic models, punishment demands prior, written, certain and strictly interpreted rules, as prescribed by the principle of legality, along with numerous procedural safeguards oriented towards equal treatment under Criminal Law.

There is no reason to understand the international society any differently. Although a critical analysis of the international context – including the application of punishment – may, to some extent, verge on heresy by questioning universal constructions such as the logic and universality of human rights¹⁷⁷, it is indeed difficult to justify the obscene division of economic and financial resources in the world today and the prevalence of black individuals from poor countries in the dock of the ICC.

This is not to say that there is no sense in punishing international criminals. It is merely to recognise that the need for punishment of these criminals is not a ready-made, pre-existing, universal and eternal fact. Instead, it is also a political move used as an instrument to uphold certain values that are upheld and reaffirmed with each punishment carried out. This means that the need for maintaining (some form of) selectivity, whether for legal or practical reasons, is directly linked to political matters, as electing case selection and prioritisation criteria invariably observes and adheres to a certain vision purported for international criminal justice. Therefore, the punishment of international crimes is not *inherently* universal but rather universally punishable *under certain circumstances* – as selectivity itself demonstrates.

In this sense, punishment, as a result of a political process shaped by social conflicts, provides new layers of understanding not only for punishment itself but for the challenges faced by international criminal justice. Among these challenges is the serious problem of justifying, according to so-called universal criteria, the selectivity adopted by the ICC. By acknowledging the inherently political nature of punishment and selectivity, the international community as a whole, and not the parcel that represents the Global North, can engage in more meaningful debate on the challenges faced by the ICC and work towards a more just and equitable system of international criminal justice. This includes

addressing the tension between universal principles and the realities of diverse and complex political contexts in which international crimes occur.

6 Quid me vis facere?

The concept of a post-Western world¹⁷⁸ may well represent the understanding of an international society characterized by conflict, in which the use of punitive power is indeed another instrument for upholding and defending the *status quo*. One is not required to disagree with the values protected by this existing punitive power – as, in fact, this article does not aim to do. It is simply a matter of understanding, without the unabashed innocence of some internationalist scholars, that a new, much more complex international power correlation is gradually emerging, in which some new agents emerge and, even without structurally contradicting the currently prevailing values (defended by the ICC), gradually reconfigure the axiology of international society according to their own ambitions and projections of power.

The emergence of new centres of international power that diverge from the model advocated by the Europe-North America axis naturally tends to modify the current legal institutions. Especially where normative constructs are interwoven with politics, a redefinition of international powers could certainly imply a re-configuration of the legal landscape. The post-Western world may, therefore, be emerging precisely in the context of the conflict in Ukraine, where the dissonance seems not only territorial but also military and economic, reflecting tension between the West and the rest¹⁷⁹. It would not be surprising, then, that even the United States, traditionally resistant to the jurisdiction of the ICC, began to approach it¹⁸⁰ when the Court signalled support for Ukraine in the conflict, as it protects the values cherished by the Western world, including (and

¹⁷⁸ STUENKEL, Oliver. *Post-Western World: how emerging powers are remaking global order*. Cambridge: Polity Press, 2016.

¹⁷⁹ BRYANT, Joseph M. The West and the Rest Revisited: Debating Capitalist Origins, European Colonialism, and the Advent of Modernity. *Canadian Journal of Sociology*, v. 31, n. 4, p. 403-444, 2006.

¹⁸⁰ BERTRAND, Natasha; HANSLER, Jennifer. Biden to allow US to share evidence of Russian war crimes with International Criminal Court. *CNN*, 27 July 2023. Available at: <https://amp-cnn-com.cdn.ampproject.org/c/s/amp.cnn.com/cnn/2023/07/26/politics/biden-russia-war-crimes-international-criminal-court-hague/index.html>. Access in: 30 July 2023.

¹⁷⁷ See, e.g., KENNEDY, David. *The Dark Sides of Virtue*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2004. Also: ZOLO, Danilo. *Cosmopolis*. Milano: Feltrinelli Editore, 2008.

especially) by labelling as criminals anyone who challenges these values. This approach has been in place since Nuremberg and, therefore, should not cause embarrassment or astonishment.

The ICC, fundamentally a product of the liberal international order¹⁸¹, is tangled with the crisis of the liberal legal model. As such, its inability to effectively respond to non-Western demands for justice is deeply intertwined with liberal internationalism's current state of international politics: the ICC's crises¹⁸² are therefore not isolated issues, but rather symptoms of a larger pathology within the international legal order in which the rise of new global powers unavoidably shakes the foundations of (liberal) international criminal justice.

By adopting a clear position in the Russo-Ukrainian conflict, the ICC may be lending credence to the criticism of the punishment system as a means of protecting Western interests – the ICC not adapting to a new international legal order where non-Western powers are emerging and disrupting power dynamics posits the Court as a spokesperson of the past. It is not a matter of defending Putin-Belova as innocent of any crimes they may have committed. However, based on what has been discussed in this article, the characteristics of urgency and selectivity inherent in the issuance of the warrants of arrest for the two of them do not bring any comfort to those who expect an impartial action from international criminal justice.

From previous international criminal justice experiences, it does not seem possible to entirely eliminate case selectivity. However, it is necessary for the ICC to urgently develop a more transparent system for case selection and, obviously, be bound by it. The indication of criteria for its selective action, with clearer deadlines and pre-established priority grounds, is an essential move. This is not about seeking a formulaic procedure for cases, but an honest and predetermined pattern of case selection by the Prosecutor, subject to review and scrutiny, would be a great starting point on this path.

Perhaps the ICC could go further. Embracing the role of the Court as an effectively political institution,

which implies a redesign of its nature and purpose of action, with a de-emphasis of its punitive function in favour of adopting a more transitional, conflict-settling or similar perspective, could do the Tribunal a great deal of good. As Koskeniemi stated, politics in international norms should not be seen as a degenerative element, but as a true condition of possibility¹⁸³, a decisive element that needs to be acknowledged¹⁸⁴. This seems to be in line with the possibility of facing a post-Western world, where the forces at play are no longer as clear-cut and the values to be defended are no longer as crystalline as they were in the 1940 decade.

In the face of this new world reconfiguration, the ICC needs to rethink its role. Criminal policies, even international ones, are not only developed on accounts of more or less punishment. It is possible to envision a criminal policy with broader focuses, oriented, on one hand, towards crime prevention through understanding the criminogenic factors of universal crimes and coordinating international efforts to prevent these factors. On the other hand, the ICC can embrace its political element and see itself as an agent capable of thinking beyond punishment and towards building bridges for resolving disputes that lead to crimes. It is not feasible to oversimplify things to the extent of believing that universal crimes are solely the result of the culpable minds of a handful of actors¹⁸⁵. This serves only a fetishized and deceptive view of international values and punishment. Universal crimes are complex figures that require complex solutions as well.

This does not mean refraining from punishment, as it may be necessary to some extent. However, it should not be expected to produce any of those comforting lies – retribution or prevention in their various forms – as described by Pavarini¹⁸⁶. Punitive action cannot be

¹⁸¹ KERSTEN, Mark. Forever Together or a Hope for Better? Liberalism and International Criminal Law. *Temple International and Comparative Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 143-154, 2021.

¹⁸² VASILIEV, Sergey. The Crises and Critiques of International Criminal Justice. In: HELLER, Kevin et al. (ed.), *The Oxford Handbook of International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 626-651.

¹⁸³ KOSKENIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 565.

¹⁸⁴ KOSKENIEMI, Martti. The Politics of International Law. *European Journal of International Law*, v. 1, n. 1, p. 04-32, 1990. p. 27-31.

¹⁸⁵ As cleverly mentioned by Kennedy: “the generation that built the human rights movement focused its attention on the ways in which evil people in evil societies could be identified and restrained. More acute now is how good people, well-intentioned people in good societies, can go wrong, can entrench, support, the very things they have learned to denounce”. KENNEDY, David. The International Human Rights Movement: Part of the Problem? *Harvard Human Rights Journal*, v. 15, p. 101-125, 2005. p. 125.

¹⁸⁶ GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. *Saggi sul governo*

the main course of action and cannot be the sole international response available for victims in search of justice. It needs to be conducted as part of a more complex approach and carried out exceptionally, whenever possible, as a coordinating force for national punitive options rather than as a pressing and substitutive power. A good path for the ICC would be trailed in this context of adopting universal criminal policies, designed through mandatory interaction between punitive aspects and other international action plans (economic, political, social, etc...)¹⁸⁷, concurrently with the recognition of the ICC as a diplomatic soft power in the administration of punitive power that embraces a political role from which it will never be able to separate itself¹⁸⁸, albeit now with clearer criteria.

It is evident that adopting a more progressive and less punitive criminal policy is not a magical solution. But that is not the goal. In a world that may be undergoing serious political changes, the ICC's insistence on remaining static and oblivious to the criticisms that it is, indeed, a political institution does not serve to improve its image or enable it to fulfil its function, whatever it may be. The proposals presented here are intentionally broad because they reflect value-based options for the Court to redesign itself towards greater effectiveness. They may also hold the key to a more democratic and less colonialist international criminal model, capable of playing an important role in what is believed to be an inevitable global reconfiguration.

Maintaining the *status quo* is a risk that could ultimately turn the ICC into a purported enforcement system for Western values. By picking sides in an ongoing conflict, the ICC materializes the most serious form of what Cassese referred to as the "Nuremberg syndrome"¹⁸⁹, which could reduce the Court to nothing

more than an endorsement of the values of those who have won (or intend to win) a war.

7 Concluding remarks

Selectivity in ICL is a tale as old as time. Nuremberg, Tokyo, the former Yugoslavia, Rwanda and now the ICC, they have all faced the selectivity critique – and, in general, they have all failed to rebuke it. While to some extent international criminal justice must be selective for its own sake, even to the detriment of its ultimate goal of ending impunity, not all ends justify the means. Criminal Law, whether national or international, functions according to an *ultima ratio* logic, but this, as many other things about ICL¹⁹⁰, seems to be amplified in the international arena. Be that as it may, this does not hinder international criminal actors – most importantly prosecutors – from waving the hammer of international criminal justice in an opaque, inadequate manner.

The conflict in Ukraine unveils more than meets the eye. While Ukraine arguably holds a 'liminal status' in the international order¹⁹¹, the selectivity critique against the ICC has found renewed momentum due to the unbalanced attention to prosecuting Putin (and, to lesser extent, Belova). It is not a matter of whether they should be prosecuted or not (which certainly has a positive answer – they should, if they are found to be guilty as charged), but rather of *why* the ICC is keen in serving justice in unprecedented speed. This question is already complex as it is, but the involvement of the Court with one of the parties – by the Court's own choice to do so – makes it even more difficult to ascertain how the ICC might possibly state its impartiality while engaging in such dubious situations.

Ukraine's situation in International Law and before the ICC is certainly unique; it is possible to pinpoint several possible reasons to justify the Prosecution's expedited action on the matter: international pressure, in-

della penality: lecture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007. p. 35. Also, on the reasons for punishment under a critical point of view: DONINI, Massimo; PAVARINI, Massimo. *Silète poenologi in munere alieno!* In: *Silète poenologi in munere alieno! Teoria dela pena e scienza penalistica, oggi*. Bologna: Monduzzi, 2006. p. 11-31.

¹⁸⁷ DISSENHA, Rui Carlo. *Por uma política criminal universal: uma crítica aos tribunais penais internacionais*. Curitiba: IFDDH, 2016.

¹⁸⁸ ROACH, Steven C. How Political Is the ICC? Pressing Challenges and the Need for Diplomatic Efficacy. *Global Governance*, v. 19, n. 4, p. 507-523, 2013.

¹⁸⁹ CASSESE, Antonio. Il Processo a Sadam e i Nobili Fini della Giustizia. *La Repubblica*, 19 ott. 2005. Available at: <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2005/10/19/il-processo-saddam-nobili-fini-della-giustizia.html>. Access in: 17 July 2023. p. 23.

¹⁹⁰ DISSENHA, Rui Carlo. Os fins da pena na Justiça Penal Internacional e a contribuição esclarecedora de Massimo Pavarini. In: CARVALHO, Salo de; GIAMBERARDINO, André; ROIG, Rodrigo Duque Estrada (org.). *Cárcere sem fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini*. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 223-252.

¹⁹¹ LABUDA, Patryk I. Beyond rhetoric: Interrogating the Eurocentric critique of international criminal law's selectivity in the wake of the 2022 Ukraine invasion. *Leiden Journal of International Law*, FirstView, p. 1-22, 2023.

ternal politics, the nature of the conflict... All of these elements play a part in the ICC's so far unprecedented swiftness to investigate and prosecute. Yet, these elements are part of a complex political framework, which is integrated into international criminal rationale, that take into consideration an impressive number of factors (including those mentioned before) in order to make any decision. As such, these factors – which led to expedited action in Ukraine – may result in a different outcome in a different situation because of context and its intrinsic particularities. The outcome is therefore politically motivated.

What to do? Reflecting upon the past and (re)assessing the present in order to propose a brand new future for ICL demands a critical stance. It demands, furthermore, an “uneasy revolution”¹⁹² that requires re-branding the foundation of the Court. The ICC, which is a criminal court at nature, must act accordingly to its core objectives: ending impunity and punishing those responsible for international crimes. As such, it is inevitably bound by selectivity. However, the political dimension of ICL should not be denied; rather, it should be instrumentalised for the protection of persons – and not values – against international crimes. What this article proposes is that the ICC should embrace its political element and delve into its newly found status as an international society stakeholder with diplomatic potential to find novel, arguably more effective answers to atrocities. Furthermore, it should engage with other international organs such as the UN in a way that fosters universal criminal policies for the protection of humankind oriented not just by punishment, but by prevention, mediation and international cooperation. Indeed, accountability may look like punishment, but it may also look like redressing through other means, such as transitional justice, politics of memory and truth and peace agreements.

By selfishly and mindlessly holding on to its role as the expression of (and not the limit to) *ius puniendi* at the international realm, the ICC risks denying other pathways to peace and accountability, while engaging in a self-serving civilising mission¹⁹³ that denies local reali-

ties the chance to decide for themselves what is fittest for ending impunity and moving on as a society after atrocity. Of course, this is no easy task, as the Global North may not be content at giving up their own idealised version of what international criminal justice may look like. However, the path to justice for all – indeed, for *all* – is certainly one filled with obstacles. Un-marginalising the voices from the Global South and letting fresh perspectives emanate towards international criminal justice may be one possible way to overcome these challenges.

References

- ABRAMS, Elliott. *Amnesty International's Attack on Ukraine*. 2022. Available at: <https://www.cfr.org/blog/amnesty-internationals-attack-ukraine>. Access in: 03 July 2023.
- AKANDE, Dapo. *ICC Appeals Chamber Holds that Heads of State Have No Immunity Under Customary International Law Before International Tribunals*. EJIL: Talk!, May 6, 2019.
- AKANDE, Dapo. International Law Immunities and the International Criminal Court. *American Journal of International Law*, v. 98, n. 3, p. 407-433, July 2004.
- AKANDE, Dapo. The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits. *Journal of International Criminal Justice*, v. 1, n. 3, p. 618-650, Dec. 2003.
- AKANDE, Dapo. The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities. *Journal of International Criminal Justice*, v. 7, n. 2, p. 333-352, May 2009.
- ALAGIA, Alejandro *et al.* *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- AMBOS, Kai. Ukraine and the Double Standards of the West. *Journal of International Criminal Justice*, v. 20, n. 4, p. 875-892, Sep. 2022. Available at: <https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/20/4/875/6843287>. Access in: 31 July 2023.
- AMNESTY INTERNATIONAL. *NATO/Federal Republic of Yugoslavia - "Collateral Damage" or Unlawful Killings? Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Force*. Doc. AI Index: EUR

¹⁹² SADAT, Leila Nadya; CARDEN, S. Richard. The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution. In: PASSAS, Nikos (ed.). *International Crimes*. London: Routledge, 2003. p. 133-226.

¹⁹³ NIELSEN, Claire. From Nuremberg to the Hague: The Civilising Mission of International Criminal Law. *Auckland University Law Review*, v. 14, p. 81-114, 2008.

70/18/00. London: Amnesty International, 2000. Available at: <https://www.amnesty.org/en/documents/eur70/018/2000/en/>. Access in: 17 July 2023

AMNESTY INTERNATIONAL. *Rwanda: Reports of killings and abductions by the Rwandese Patriotic Army, April-August 1994*. London: Amnesty International, 1994. Available at: <http://www.amnesty.org/en/library/info/AFR47/016/1994/en>. Access in: 17 July 2023.

AP. Russia's war in Ukraine has displaced more than 14 million Ukrainians, says Filippo Grandi. *Euro News*, 03 Nov. 2022. Available at: <https://www.euronews.com/2022/11/03/russias-war-in-ukraine-has-displaced-more-than-14-million-ukrainians-says-filippo-grandi>. Access in: 01 Aug. 2023.

ARMENIAN, Andre V. Selectivity in International Criminal Law: An Assessment of the 'Progress Narrative'. *International Criminal Law Review*, v. 16, n. 4, p. 642-672, 2016. Available at: https://brill.com/abstract/journals/icla/16/4/article-p642_3.xml?language=en. Access in: 31 July 2023.

BÅDAGÅRD, Lovisa; KLAMBERG, Mark. The Gatekeeper of the ICC: prosecutorial strategies for selecting situations and cases at the International Criminal Court. *Georgetown Journal of International Law*, v. 48, p. 639-733, 2017. Available at: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/geojintl48&div=29&id=&page=>. Access in: 13 Aug. 2024.

BASSIOUNI, M. Cherif. Revisiting the Architecture of Crimes Against Humanity: Almost a Century in the Making, with Gaps and Ambiguities Remaining – the Need for a Specialized Convention. In: SADAT, Leila Nadya (ed.). *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 43-58.

BERTRAND, Natasha; HANSLER, Jennifer. Biden to allow US to share evidence of Russian war crimes with International Criminal Court. *CNN*, 27 July 2023. Available at: <https://amp-cnn-com.cdn.ampproject.org/c/s/amp.cnn.com/cnn/2023/07/26/politics/biden-russia-war-crimes-international-criminal-court-hague/index.html>. Access in: 30 July 2023.

BOAS, Gideon; BISCHOFF, James L.; REID, Natalie L. *Elements of Crimes Under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. (International Criminal Law Practitioner Library Series).

BRYANT, Joseph M. The West and the Rest Revisited: Debating Capitalist Origins, European Colonialism, and the Advent of Modernity. *Canadian Journal of Sociology*, v. 31, n. 4, p. 403-444, 2006. Available at: <https://www.jstor.org/stable/20058730>. Access in: 01 Aug. 2023.

CANTUÁRIA, Christian L. S.; SQUEFF, Tatiana C. De Radhabinod Pal ao TPI: reflexões sobre a responsabilidade penal internacional individual e a colonialidade no ordenamento internacional. In: BORGES, Alexandre W.; GASPAR, Renata A. (coord.); CASTRO, Felipe S. V. et al. (org.). *Uma releitura do DIN a partir do Sul: Direito, Globalização e Cidadania - um tributo ao centenário de Paulo Freire*. Uberlândia: LAECC, 2022. p. 41-61.

CASSESE, Antonio. Il Processo a Sadam e i Nobili Fini della Giustizia. *La Repubblica*, 19 ott. 2005. Available at: <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2005/10/19/il-processo-saddam-nobili-fini-della-giustizia.html>. Access in: 17 July 2023.

CASSESE, Antonio. The Legitimacy of International Criminal Tribunals and the Current Prospects of International Criminal Justice. *Leiden Journal of International Law*, v. 25, n. 2, p. 491-501, June 2012. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/legitimacy-of-international-criminal-tribunals-and-the-current-prospects-of-international-criminal-justice/73E8A42D83C104E60DA26B255C118DC1>. Access in: 31 July 2023.

CASSESE, Antonio; GAETA, Paola (ed.). *Cassese's International Criminal Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

CHAHAL, Ishrat. Ukraine President Zelenskyy submits bill to ratify ICC Rome Statute. *JuristNEWS*, 17 Aug. 2024. Available at: <https://www.jurist.org/news/2024/08/ukraine-president-zelenskyy-submits-bill-to-ratify-icc-rome-statute>. Access in: 08 Aug. 2024.

CHANDRAN, Aakash; McCANN-KEENE, Jennifer; PALMER, Emma. *What of the Rohingya?* The ICC, Ukraine, and limits of "international" justice. 2023. Available at: <https://www.lowyinstitute.org/the-interpretor/what-rohingya-icc-ukraine-limits-international-justice>. Access in: 31 July 2023.

CHRISTIANO, Thomas. The problem of selective prosecution and the legitimacy of the International Criminal Court. *Journal of Social Philosophy*, Early View, p. 1-21, 2021. Available at: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/josp.12448>. Access in: 31 July 2023.

- COOPER, Helene. Russia and Ukraine each have suffered over 100,000 casualties, the top U.S. general says. *NY Times*, 10 nov. 2022. Available at: <https://www.nytimes.com/2022/11/10/world/europe/ukraine-russia-war-casualties-deaths.html>. Access in: 01 aug. 2023.
- CÔTÉ, Luc. Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law. *Journal of International Criminal Justice*, v. 3, n. 1, p. 162-186, mar. 2005. Available at: <https://academic.oup.com/jicj/article/3/1/162/888735>. Access in: 07 July 2023.
- COUNCIL OF EUROPE. Parliamentary Assembly. *Resolution 2436 (2022)*. The Russian Federation's aggression against Ukraine: ensuring accountability for serious violations of international humanitarian law and other international crimes. Strasbourg: Council of Europe, 2022. Available at: <https://pace.coe.int/en/files/30024/html>. Access in: 04 July 2023.
- CREUZ, Derek Assenço; SQUEFF, Tatiana Cardoso. *Os mandados de prisão contra Vladimir Putin e Maria Lvova-Belova e os seus desdobramentos*. 2023. Available at: <https://sites.usp.br/netiusp/pt/os-mandados-de-prisao-contra-vladimir-putin-e-maria-lvova-belova-e-os-seus-desdobramentos/>. Access in: 27 July 2023.
- CRYER, Robert. *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- CULLEN, Anthony. War crimes. In: SCHABAS, William A.; BERNAZ, Nadia (ed.). *Routledge Handbook of International Criminal Law*. London: Routledge, 2011. p. 139-153.
- DEGUZMAN, Margaret M. Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court. *Michigan Journal of International Law*, v. 33, n. 2, p. 265-320, 2012. Available at: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol33/iss2/2/>. Access in: 31 July 2023.
- DISSENHA, Rui Carlo. Os fins da pena na Justiça Penal Internacional e a contribuição esclarecedora de Massimo Pavarini. In: CARVALHO, Salo de; GIAMBERARDINO, André; ROIG, Rodrigo Duque Estrada (org.). *Cárcere sem fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini*. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 223-252.
- DISSENHA, Rui Carlo. *Por uma política criminal universal: uma crítica aos tribunais penais internacionais*. Curitiba: IFDDH, 2016.
- DÖRMANN, Knut. War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a Special Focus on the Negotiations on the Elements of Crimes. In: VON BOGDANDY, Armin; WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2003. v. 7. p. 341-407.
- EU. *Statement of the European Union High Representative for Foreign Affairs and Security Policy of 15 July. 2011*. Brussels: EU, 2011. Available at: https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/EN/foraff/123891.pdf. Access in: 26 July 2023.
- EU. *Timeline - EU response to Russia's invasion of Ukraine*. Brussels: EU, 2023. Available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-response-ukraine-invasion/timeline-eu-response-ukraine-invasion/>. Access in: 01 Aug. 2023.
- FAO. *2022 Global Report on Food Crises*. Rome: FAO, 2023. Available at: <https://www.fao.org/3/cb9997en/cb9997en.pdf>. Access in: 30 July 2023.
- FAULCONBRIDGE, Guy. *Ukraine war, already with up to 354,000 casualties, likely to last past 2023 - U.S. documents*. 2023. Available at: <https://www.reuters.com/world/europe/ukraine-war-already-with-up-354000-casualties-likely-drag-us-documents-2023-04-12/>. Access in: 30 July 2023.
- GARRAWAY, Charles. War Crimes. In: WILMSHURST, Elizabeth; BREAU, Susan (ed.). *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 377-398.
- GEGOUT, Catherine. The International Criminal Court: limits, potential and conditions for the promotion of justice and peace. *Third World Quarterly*, v. 34, n. 5, p. 800-818, 2013. Available at: <https://www.jstor.org/stable/42002158>. Access in: 31 July 2023.
- GREENAWALT, Alexander K. A. Justice Without Politics? Prosecutorial Discretion and the International Criminal Court. *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, v. 39, p. 583-673, 2007. Available at: <https://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/340/>. Access in: 12 Aug. 2024.
- GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. *Saggi sul governo della penalità: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario*. Bologna: Martina, 2007.

- GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza F.; NICÁCIO, Camila S. *(Re)pensando a Pesquisa Jurídica*. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.
- GUTIERREZ POSSE, Hortensia D. T. The relationship between international humanitarian law and the international criminal tribunals. *International Review of the Red Cross*, v. 88, n. 861, p. 65-86, mar. 2006. Available at: https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc_861_4.pdf. Access in: 09 July 2023.
- HAFETZ, Jonathan. Fairness, Legitimacy, and Selection Decisions in International Criminal Law. *Vanderbilt Law Review*, v. 50, n. 5, p. 1133-1171, 2017. Available at: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vjtl/vol50/iss5/2/>. Access in: 12 Aug. 2024.
- HAZIM, Abdul Mahir. A Critical Analysis of the Rome Statute Implementation in Afghanistan. *Florida Journal of International Law*, v. 31, n. 1, p. 1-32, 2019. Available at: <https://scholarship.law.ufl.edu/fjil/vol31/iss1/1/>. Access in: 07 July 2023.
- HELLER, Kevin Jon. *Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine Is a Bad Idea*. 2022. Available at: <http://opiniojuris.org/2022/03/07/creating-a-special-tribunal-for-aggression-against-ukraine-is-a-bad-idea/>. Access in: 31 July 2023.
- HOROVITZ, Sigall; NOAM, Gilad; SHANY, Yuval. The International Criminal Court. In: SHANY, Yuval (ed.). *Assessing the Effectiveness of International Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 223-252.
- HOUSLMAN, Louk. *Peines perdues: Le système pénal en question*. Paris: Editions du Centurion, 1982.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *Civilian Deaths in NATO Air Campaign*, v. 12, n. 1 (D), 2000. Available at: <http://www.hrw.org/reports/2000/nato>. Access in: 17 July 2023.
- ICC. Appeals Chamber. *Judgement in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*. ICC-02/05-01/09 OA2. The Hague, 06 May 2019. Available at: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_02593.PDF. Access in: 30 July 2023.
- ICC. Appeals Chamber. *Judgment of the Appeals Chamber in The Prosecutor v Al-Bashir*. Summary of 6 May 2019. The Hague: ICC, 2019. para. 40. Available at: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/Jordan-Summary-Al-Bashir-Judgment.pdf>. Access in: 30 July 2023.
- ICC. Appeals Chamber. *Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan*. ICC-02/17-138. The Hague, 05 March 2020. Available at: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02/17-138>. Access in: 30 July 2023.
- ICC. *Elements of Crimes*. The Hague: ICC, 2011. Available at: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/ElementsOfCrimesEng.pdf>. Access in: 09 July 2023.
- ICC. *Information for victims*. Ukraine. The Hague: ICC, [2023]. Available at: <https://www.icc-cpi.int/victims/ukraine>. Access in: on 05 July 2023.
- ICC. Office of the Prosecutor. *Policy paper on case selection and prioritisation*. The Hague: ICC, 2016. Available at: https://www.icccpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_CaseSelection_Eng.pdf. Access in: 31 July 2023.
- ICC. Office of the Prosecutor. *Policy Paper on the Interests of Justice*. The Hague: ICC, 2007. Available at: <https://www.icccpi.int/sites/default/files/ICCOTPIInterestsOfJustice.pdf>. Access in: 31 July 2023.
- ICC. Office of the Prosecutor. *Public redacted version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15" of 20 November 2017*. ICC-02/17-7-Conf-Exp. Doc. n. ICC-02/17-7-Red. The Hague: ICC, 2017. Available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-7-Red>. Access in: 30 July 2023.
- ICC. Office of the Prosecutor. *Report on Preliminary Examination Activities*. The Hague: Office of the Prosecutor, 2020. p. 69-70. Available at: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-eng.pdf>. Access in: 30 July 2023.
- ICC. *President of Ukraine visits International Criminal Court*. Press Release of 04 May 2023. The Hague: ICC, 2023. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/president-ukraine-visits-international-criminal-court>. Access in: 26 July 2023.
- ICC. Pre-Trial Chamber I. *Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. ICC-02/05-01/09-139-Corr. The Hague, 12 December 2011. Available

- at: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02/05-01/09-139-corr>. Access in: 30 July 2023.
- ICC. Pre-Trial Chamber I. *Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*. Situation in Darfur, Sudan in the case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir («Omar Al Bashir»). ICC-02/05-01/09. The Hague, 12 July 2010. Available at: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2010_04826.PDF. Access in: 27 July 2023.
- ICC. Pre-Trial Chamber I. *Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. Situation in Darfur, Sudan in the case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir («Omar Al Bashir»). ICC-02/05/01/09. The Hague, 04 March 2009. Available at: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_01514.PDF. Access in: 27 July 2023.
- ICC. Pre-Trial Chamber II. *Decision on the Non-compliance of the Republic of Chad with the Cooperation Requests Issued by the Court Regarding the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*. ICC-02/05-01/09. The Hague, 26 March 2013. Available at: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2013_02245.PDF. Access in: 30 July 2023.
- ICC. Pre-Trial Chamber II. *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*. ICC-02/17. The Hague, 12 April 2019. Available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-33>. Access in: 30 July 2023.
- ICC. *Situation in Darfur, Sudan (ICC-02/05)*. The Hague: ICC, [2023]. Available at: <https://www.icc-cpi.int/darfur>. Access in: 30 July 2023.
- ICC. *Situation in Georgia (ICC-01/15)*. The Hague: ICC, [2023]. Available at: <https://www.icc-cpi.int/georgia>. Access in: 30 July 2023.
- ICC. *Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela I (ICC-02/18)*. The Hague: ICC, [2023]. Available at: <https://www.icc-cpi.int/venezuela-i>. Access in: 30 July 2023.
- ICC. *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (ICC-02/17)*. The Hague: ICC, [2023]. Available at: <https://www.icc-cpi.int/afghanistan>. Access in: 30 July 2023.
- ICC. *Situation in the People's Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar (ICC-01/19)*. The Hague: ICC, [2023]. Available at: <https://www.icc-cpi.int/bangladesh-myanmar>. Access in: 30 July 2023.
- ICC. *Situation in the Republic of Burundi (ICC-01/17)*. The Hague: ICC, [2023]. Available at: <https://www.icc-cpi.int/burundi>. Access in: 30 July 2023.
- ICC. *Situation in the Republic of the Philippines (ICC-01/21)*. The Hague: ICC, [2023]. Available at: <https://www.icc-cpi.int/philippines>. Access in: 30 July 2023.
- ICC. *Situation in the State of Palestine (ICC-01/18)*. The Hague: ICC, [2023]. Available at: <https://www.icc-cpi.int/palestine>. Access in: 30 July 2023.
- ICC. *Situation in Ukraine*. ICC-01/22. The Hague: ICC, 2022. Available at: <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>. Access in: 05 July 2023.
- ICC. *Situation in Ukraine*. ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova. Press Release: 17 March 2023. The Hague: ICC, 2023. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>. Access in: 08 July 2023.
- ICC. *Statement by Prosecutor Karim A. A. Khan KC on the issuance of arrest warrants against President Vladimir Putin and Ms Maria Lvova-Belova*. Statement: 17 March 2023. The Hague: ICC, 2023. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-karim-khan-kc-issuance-arrest-warrants-against-president-vladimir-putin>. Access in: 08 July 2023.
- ICC. *Statement of ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan QC, on the Situation in Ukraine*: Receipt of Referrals from 39 States Parties and the Opening of an Investigation. The Hague: ICC, 2022. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-receipt-referrals-39-states>. Access in: 05 July 2023.
- ICC. *Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine*: "I have decided to proceed with opening an investigation". The Hague: ICC, 2022. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>. Access in: 05 July 2023.
- ICC. *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Karim A. A. Khan QC, following the application for an expedited order under article 18(2) seeking authorisation to resume investigations in the Situation in Afghanistan*. Statement of 27 September 2021. The Hague: ICC, 2021. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/statement->

- prosecutor-international-criminal-court-karim-khan-qc-following-application. Access in: 30 July 2023.
- ICC. *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the referral by a group of six States Parties regarding the situation in Venezuela of 27 September 2018*. Statement: 27 September 2018. The Hague: ICC, 2018. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-fatou-bensouda-referral-group-six-states>. Access in: 30 July 2023.
- ICC. *Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination in the situation in Ukraine*. Press Release: 11 December 2020. The Hague: ICC, 2020. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-fatou-bensouda-conclusion-preliminary-examination-situation-ukraine>. Access in: 30 July 2023.
- ICC. *Ukraine accepts ICC jurisdiction over alleged crimes committed between 21 November 2013 and 22 February 2014*. The Hague: ICC, 2014. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/ukraine-accepts-icc-jurisdiction-over-alleged-crimes-committed-between-21-november-2013-and-22>. Access in: 07 July 2023.
- ICJ. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*. Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 26 February 2022. The Hague, 26 February 2022. Available at: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20220227-APP-01-00-EN.pdf>. Access in: 05 July 2023.
- ICJ. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation) - Order*. The Hague, 16 March 2022. Available at: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20220316-ord-01-00-en.pdf>. Access in: 05 July 2023.
- ICJ. *Conclusion of the public hearing on the Request for the indication of provisional measures submitted by Ukraine*. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation). No. 2022/8. The Hague: ICJ, 2022. Available at: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20220307-PRE-01-00-EN.pdf>. Access in: 05 July 2023.
- ICJ. *Request for the Indication of Provisional Measures Submitted by Ukraine*. The Hague: ICJ, 2022. Available at: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20220227-WRI-01-00-EN.pdf>. Access in: 05 July 2023.
- ICJ. *Rules of Court*. New York: UN, 1978.
- ICTY. Office of the Prosecutor. *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*. The Hague: ICTY, 13 June 2000. Available at: <https://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal>. Access in: 31 July 2023.
- ICTY. *Partial Dissenting opinion of Judge Wald*. Judgement. Jeliscic case, IT-95-10-A, AC, The Hague, 05 July 2001. Available at: <https://www.icty.org/x/cases/jeliscic/acjug/en/jel-asojwal010706e.htm>. Access in: 31 July 2023.
- ICTY. *Prosecutor v. Krstić, Case No. IT-98-33-T*. Judgement. Arusha, 02 Aug. 2001. Available at: <https://www.refworld.org/cases,ICTY,414810d94.html>. Access in: 09 July 2023.
- ICTY. *Prosecutor v. Stakić, Case No. IT-97-24-A*. Judgement. Arusha, 22 March 2006. Available at: <https://www.icty.org/x/cases/stakic/acjug/en/sta-aj060322e.pdf>. Access in: 09 July 2023.
- INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST. *Special proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers at Tokyo*. Tokyo: IMTFE, 1946. Available at: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf. Access in: 17 July 2023.
- JACKSON, Miles. *The ICC Arrest Warrants against Vladimir Putin and Maria Lvova-Belova – An Outline of Issues*. 2023. Available at: <https://www.ejiltalk.org/the-icc-arrest-warrants-against-vladimir-putin-and-maria-lvova-belova-an-outline-of-issues/>. Access in: 30 July 2023.
- JOHN Bolton threatens ICC with US sanctions. *BBC*, 2018. Available at: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-45474864>. Access in: 30 July 2023.
- JOUANNET, E. Koskeniemi: A Critical Introduction. In: KOSKENIEMI, Martti. *The Politics of International Law*. Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011. p. 01-32.
- KAUL, Hans-Peter. Preconditions to the Exercise of Jurisdiction. In: CASSESE, Antonio *et al.* (ed.). *The Rome*

- Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 584-616.
- KENNEDY, David. The International Human Rights Movement: Part of the Problem? *Harvard Human Rights Journal*, v. 15, p. 101-125, 2005. Available at: <https://harvardhrj.com/wp-content/uploads/sites/14/2020/06/15HHRJ101-Kennedy.pdf>. Access in: 31 July 2023.
- KERR, Christa-Gerr. Sovereign Immunity, the AU, and the ICC: Legitimacy Undermined. *Michigan Journal of International Law*, v. 41, n. 1, p. 195-225, 2020. Available at: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol41/iss1/5/>. Access in: 31 July 2023.
- KERSTEN, Mark. Forever Together or a Hope for Better? Liberalism and International Criminal Law. *Temple International and Comparative Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 143-154, 2021. Available at: <https://sites.temple.edu/ticlj/files/2021/05/35.1-14.pdf>. Access in: 14 Aug. 2024.
- KIELY, Eugene; FARLEY, Robert. *Russian Rhetoric Ahead of Attack Against Ukraine*: Deny, Deflect, Mislead. 2022. Available at: <https://www.factcheck.org/2022/02/russian-rhetoric-ahead-of-attack-against-ukraine-deny-deflect-mislead/>. Access in: 03 July 2023.
- KIRBY, Jen; GUYER, Jonathan. Russia's war in Ukraine, explained. *Vox*, 6 mar. 2022. Available at: <https://www.vox.com/2022/2/23/22948534/russia-ukraine-war-putin-explosions-invasion-explained>. Access in: 03 July 2023.
- KIRSCH, Phillippe QC; ROBINSON, Darryl. Initiation of Proceedings by the Prosecutor. In: CASSESE, Antonio, GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (ed.). *The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002. v. 1. p. 657-664.
- KIRSCH, Phillippe QC; ROBINSON, Darryl. Referral by States Parties. In: CASSESE, Antonio, GAETA, Paola and JONES, John R. W. D. (ed.). *The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002. v. 1. p. 619-625.
- KIYANI, Asad G. Re-narrating selectivity. In: DEGUZMAN, Margaret; OOSTERVELD (ed.). *The Elgar Companion to the International Criminal Court*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020. p. 307-333.
- KIYANI, Asad G. Third World Approaches to International Criminal Law. *AJIL Unbound*, v. 109, p. 255-259, 2016. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/third-world-approaches-to-international-criminal-law/67923AF2FA2B183D9970927D35692B5C>. Access in: 30 July 2023.
- KIYANI, Asad. Group-Based Differentiation and Local Repression: The Custom and Curse of Selectivity. *Journal of International Criminal Justice*, v. 14, n. 4, p. 939-957, sep. 2016. Available at: <https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/14/4/939/2236031>. Access in: 31 July 2023.
- KÖCHLER, Hans. *Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads*. Wien: Springer-Verlag, 2003.
- KÖCHLER, Hans. Memorandum on the Indictment of the President of the Federal Republic of Yugoslavia, the President of the Republic of Serbia and Other Officials of Yugoslavia by the 'International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991'. In: KÖCHLER, Hans. *Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads*. Wien: Springer-Verlag, 2003. p. 353-356.
- KOPELMAN, Elizabeth S. Ideology and International Law: The Dissent of the Indian Justice at the Tokyo War Crimes Trial. *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 23, p. 373-444, 1991. Available at: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nyuilp23&div=19&id=&page=>. Access in: 31 July 2023.
- KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- KOSKENNIEMI, Martti. International Legislation Today: limits and possibilities. *Wisconsin International Law Journal*, v. 23, n. 1, p. 61-92, 2005.
- KOSKENNIEMI, Martti. The Politics of International Law. *European Journal of International Law*, v. 1, n. 1, p. 04-32, 1990.
- KOSKENNIEMI, Martti. *The Politics of International Law*. Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011.
- KOTECHA, Birju. The International Criminal Court's Selectivity and Procedural Justice. *Journal of Internatio-*

- nal Criminal Justice*, v. 18, n. 1, p. 107-139, mar. 2020. Available at: <https://academic.oup.com/jicj/article/18/1/107/5841735>. Access in: 30 July 2023.
- KREVER, Tor. International Criminal Law: An Ideology Critique. *Leiden Journal of International Law*, v. 26, n. 3, p. 701-723, sep. 2013. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/abs/international-criminal-law-an-ideology-critique/54A5DEE0055D130655CDC3FDB130A273>. Access in: 31 July 2023.
- KUZIO, Taras. Russia-Ukraine Crisis: The Blame Game, Geopolitics and National Identity. *Europe-Asia Studies*, v. 70, n. 3, p. 462-473, 2018. Available at: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09668136.2018.1443643>. Access in: 03 July 2023.
- LABUDA, Patryk I. Beyond rhetoric: Interrogating the Eurocentric critique of international criminal law's selectivity in the wake of the 2022 Ukraine invasion. *Leiden Journal of International Law*, FirstView, p. 1-22, 2023. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/beyond-rhetoric-interrogating-the-eurocentric-critique-of-international-criminal-laws-selectivity-in-the-wake-of-the-2022-ukraine-invasion/BD9D81E2CFA79A7930769DD0F18BBA63>. Access in: 31 July 2023.
- LIMA, Telma Cristiane S.; MIOTO, Regina Célia T. Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica. *Revista Katálysis*, v. 10, n. esp., p. 37-45, 2007. Available at: <https://www.scielo.br/j/rk/a/HSF5Ns7dkTNjQVpRyvhc8RR/>. Access in: 31 July 2023.
- MACHADO, Máira Rocha. Estudo de caso na pesquisa em Direito. In: QUEIROZ, Rafael Mafei R.; FEFERBAUM, Marina (coord.). *Metodologia da Pesquisa em Direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 307-329.
- MARPLES, David R.; DUKE, David F. Ukraine, Russia, and the Question of Crimea. *Nationalities Papers*, v. 23, n. 2, p. 261-289, 1995. Available at: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00905999508408377>. Access in: 03 July 2023.
- MERON, Theodor. Reflections on the Prosecution of War Crimes by International Tribunals. *American Journal of International Law*, v. 100, n. 3, p. 551-579, 2006.
- METTRAUX, Guénaél. *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- MORELLO, Carol. *U.S. will not give visas to employees of the International Criminal Court*. 2019. Available at: <https://encurtador.com.br/IBLZ1>. Access in: 30 July 2023.
- NIANG, Mandiaye. Africa and the Legitimacy of the ICC in Question. *International Criminal Law Review*, v. 17, n. 4, p. 615-624, 2017. Available at: https://brill.com/view/journals/icla/17/4/article-p615_615.xml?language=en. Access in: 31 July 2023.
- NIELSEN, Claire. From Nuremberg to the Hague: The Civilizing Mission of International Criminal Law. *Auckland University Law Review*, v. 14, p. 81-114, 2008. Available at: <https://search.informit.org/doi/10.3316/INFORMIT.602341782886862>. Access in: 31 July 2023.
- PAULA, Felipe de; PAIVA, Luiz Guilherme M. A pesquisa legislativa: fontes, cautela e alternativas à abordagem tradicional. In: QUEIROZ, Rafael Mafei R.; FEFERBAUM, Marina (coord.). *Metodologia da Pesquisa em Direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 123-145.
- PERÚ: ¿puede haber una crisis de hambre ante escasez de fertilizantes? *Infobae*, 29 apr. 2022. Available at: <https://www.infobae.com/america/peru/2022/04/29/peru-puede-haber-una-tesis-de-hambre-ante-escasez-de-fertilizantes/>. Access in: 30 July 2023.
- POSNER, Lilian. *Flawed Amnesty report risks enabling more Russian war crimes in Ukraine*. 2022. Available at: <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/ukrainealert/flawed-amnesty-report-risks-enabling-more-russian-war-crimes-in-ukraine/>. Access in: 03 July 2023.
- REYDAMS, Luc. The ICTR Ten Years On: Back to the Nuremberg Paradigm? *Journal of International Criminal Justice*, v. 3, n. 4, p. 977-988, 2005. Available at: <https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/3/4/977/2883168>. Access in: 31 July 2023.
- REYNOLDS, John; XAVIER, Sujith. 'The Dark Corners of the World': TWAIL and International Criminal Justice. *Journal of International Criminal Justice*, v. 14, n. 4, p. 959-983, sep. 2016. Available at: <https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/14/4/959/2236032>. Access in: 30 July 2023.
- ROACH, Steven C. How Political Is the ICC? Pressing Challenges and the Need for Diplomatic Efficacy. *Glo-*

- bal Governance*, v. 19, n. 4, p. 507-523, 2013. Available at: <https://www.jstor.org/stable/24526391>. Access in: 30 July 2023.
- ROBINSON, Darryl. A Justification of Command Responsibility. *Criminal Law Forum*, v. 28, p. 633-668, 2017. Available at: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10609-017-9323-x>. Access in: 08 July 2023.
- ROBINSON, Darryl. Defining “Crimes Against Humanity” at the Rome Conference. *American Journal of International Law*, v. 93, n. 1, p. 43-57, 1999. Available at: <https://www.jstor.org/stable/2997955>. Access in: 09 July 2023.
- ROME Statute of the International Criminal Court. Rome, 1998.
- RUSSIA. Federation Council. *Federation Council gives consent to use the Russian Armed Forces outside of the Russia Federation*. Moscow, 22 February 2022. Available at: <http://council.gov.ru/en/events/news/133443/>. Access in: 03 July 2023.
- RUSSIA. President of Russia. *Address by the President of the Russian Federation*. Moscow, 24 February 2022. Available at: <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67843>. Access in: 03 July 2023.
- RUSSIA. President of Russia. *Telephone conversation with President of France Emmanuel Macron*. Moscow, 28 February 2022. Available at: <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67880>. Access in: 03 July 2023.
- RYWKIN, Michael. The Phenomenon of Quasi-states. *Diogenes*, v. 53, n. 2, p. 23-28, May 2006. Available at: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0392192106065969>. Access in: 03 July 2023.
- SADAT, Leila Nadya; CARDEN, S. Richard. The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution. In: PASSAS, Nikos (ed.). *International Crimes*. London: Routledge, 2003. p. 133-226.
- SASSOLI, Marco. Humanitarian Law and International Criminal Law. In: CASSESE, Antonio (ed.). *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 111-120.
- SCHABAS, William. Victors’ Justice? Selecting Targets for Prosecution. In: SCHABAS, William. *Unimaginable Atrocities: Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 73-98.
- SIMONS, Marlise; SPECIA, Megan. U.S. Revokes Visa of I.C.C. Prosecutor Pursuing Afghan War Crimes. *NY Times*, 05 Apr. 2019. Available at: <https://www.nytimes.com/2019/04/05/world/europe/us-icc-prosecutor-afghanistan.html>. Access in: 30 July 2023.
- STUENKEL, Oliver. *Post-Western World: how emerging powers are remaking global order*. Cambridge: Polity Press, 2016.
- TAYLOR, Adam. *Russia’s attack on Ukraine came after months of denials it would attack*. 2022. Available at: <https://www.washingtonpost.com/world/2022/02/24/ukraine-russia-denials/>. Access in: 03 July 2023.
- UKRAINE. *Resolution of the Verkhovna Rada of Ukraine. On the Declaration of the Verkhovna Rada of Ukraine «On the recognition of the jurisdiction of the International Criminal Court by Ukraine over crimes against humanity and war crimes committed by senior officials of the Russian Federation and leaders of terrorist organizations «DNR» and «LNR», which led to extremely grave consequences and mass murder of Ukrainian nationals»*. Kyev: Verkhovna Rada, 2015. Available at: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf. Access in: 07 July 2023.
- UN. *Aggression against Ukraine*. Resolution adopted by the General Assembly on 2 March 2022. A/RES/ES-11/1. New York: UN, 2022. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/3965290?ln=en>. Access in: 04 July 2023.
- UN. *Charter of the International Military Tribunal*. London, 1945. Available at: https://www.un.org/en/genocide-prevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf. Access in: 17 July 2023.
- UN. *General Assembly adopts resolution on Russian reparations for Ukraine*. 2022. Available at: <https://news.un.org/en/story/2022/11/1130587>. Access in: 04 July 2023.
- UN. General Assembly Meeting Coverage. *After Much Wrangling, General Assembly Seats National Transitional Council of Libya as Country’s Representative for Sixty-Sixth Session*. GA/11137. New York: UN, 2011. Available at: <https://press.un.org/en/2011/ga11137.doc.htm>. Access in: 30 July 2023.

- UN. HRC. *Situation of human rights in Ukraine stemming from the Russian aggression*. Resolution adopted by the Human Rights Council on 4 March 2022. A/HRC/RES/49/1. New York: UN, 2022. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/3959073?ln=en>. Access in: 04 July 2023.
- UN. *Human Rights Council Adopts Resolution on the Deteriorating Human Rights Situation in Ukraine and Closes Special Session*. 2022. Available at: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/05/human-rights-council-adopts-resolution-deteriorating-human-rights-situation>. Access in: 04 July 2023.
- UN. *Humanitarian consequences of the aggression against Ukraine*. Resolution adopted by the General Assembly on 24 March 2022. A/RES/ES-11/2. New York: UN, 2022. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/3965954?ln=en>. Access in: 04 July 2023.
- UN. *Secretary-General Appoints Amin Awad of Sudan United Nations Crisis Coordinator for Ukraine*. SG/A/2102. New York: UN, 2022. Available at: <https://press.un.org/en/2022/sga2102.doc.htm>. Access in: 04 July 2023.
- UN. Security Council. *Resolution 1970 (2011)*. S/RES/1970 (2011). New York: UN, 2011. Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/245/58/PDF/N1124558.pdf?OpenElement>. Access in: 30 July 2023.
- UN. Security Council. *Resolution 1973 (2011)*. S/RES/1973 (2011). New York: UN, 2011. Available at: <https://www.un.org/securitycouncil/s/res/1973-%282011%29>. Access in: 31 July 2023.
- UN. Security Council. *Resolution n. 1503 (2003)*. S/RES/1503(2003). New York: UN, 2003. Available at: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/481/70/PDF/N0348170.pdf?OpenElement>. Access in: 31 July 2023.
- UN. Security Council. *Statement by the President of the Security Council*. S/PRST/2022/. New York: UN, 2022. Available at: <http://undocs.org/S/PRST/2022/3>. Access in: 04 July 2023.
- UN. *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda*. Geneva: UN, 1994. Available at: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf. Access in: 17 July 2023.
- UN. *Suspension of the rights of membership of the Russian Federation in the Human Rights Council*. Resolution adopted by the General Assembly on 7 April 2022. A/RES/ES-11/3. New York: UN, 2022. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/3967950?ln=en>. Access in: 04 July 2023.
- UN. *Territorial integrity of Ukraine: defending the principles of the Charter of the United Nations*. Resolution adopted by the General Assembly on 12 October 2022. A/RES/ES-11/4. New York: UN, 2022. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/3990673?ln=en>. Access in: 04 July 2023.
- UN. *Ukraine: civilian casualty update 5 June 2023*. 2023. Available at: <https://www.ohchr.org/en/news/2023/06/ukraine-civilian-casualty-update-5-june-2023>. Access in: 01 Aug. 2023.
- UN. *Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. Geneva: UN, 2009. Available at: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf. Access in: 17 July 2023.
- UNHCR. *Operational Data Portal - Ukraine Refugee Situation*. New York: UNHCR, [2023] [last updated: 25 July 2023]. Available at: <https://data2.unhcr.org/en/situations/ukraine>. Access in: 01 Aug. 2023.
- UNIÃO Europeia abre escritório em reduto de rebeldes na Líbia. *G1*, maio 2011. Available at: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/05/uniao-europeia-abre-escritorio-em-reduto-de-rebeldes-na-libia.html>. Access in: 30 July 2023.
- VAN DER WILT, Harmen. Selectivity in International Criminal Law: Assymetrical Enforcement as a Problem for Theories of Punishment. In: JESSBERGER, Florian; GENEUSS, Julia (ed.). *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 305-322.
- VAN SCHAACK, Beth. The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 37, p. 787-850, 1999. Available at: <https://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/410/>. Access in: 09 July 2023.
- VASILIEV, Sergey. The Crises and Critiques of International Criminal Justice. In: HELLER, Kevin et al. (ed.). *The Oxford Handbook of International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 626-651.
- VORBRUGG, Alexander; BLUWSTEIN, Jevgeniy. Making sense of (the Russian war in) Ukraine: On the politics of knowledge and expertise. *Po-*

litical Geography, v. 98, 102700, 2022. Available at: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0962629822001147?ref=pdf_download&fr=RR-2&rr=7eeee4c4ee929420. Access in: 30 July 2023.

ZAKERHOSSEIN, Mohammad Hadi. *Situation Selection Regime at the International Criminal Court: Law, Policy, Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

ZOLO, Danilo. *La Giustizia dei Vincitori: Da Norimberga a Baghdad*. Roma-Bari: Laterza, 2006.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Responsabilização por crimes contra o patrimônio cultural: a importância do tipo penal do crime internacional

Accountability for crimes against cultural heritage: the importance of the criminal type of international crime

Alice Lopes Fabris

VOLUME 21 • N. 1 • 2024
INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: 25 YEARS

Responsabilização por crimes contra o patrimônio cultural: a importância do tipo penal do crime internacional*

Accountability for crimes against cultural heritage: the importance of the criminal type of international crime

Alice Lopes Fabris**

Resumo

Investiga-se, neste artigo, a adequação aos conflitos contemporâneos dos tipos penais relativos à destruição ao patrimônio cultural que são estabelecidos pelo Direito Internacional Penal, e os Estatutos de tribunais internacionais, híbridos, assim como a legislação nacional que estabelece, em direito interno, o crime de guerra e crime contra a humanidade, para entender quais são as tipificações utilizadas por essas jurisdições. Nesse sentido, busca-se compreender, neste artigo, se os crimes internacionais, atualmente estabelecidos, são insuficientes para abranger os ataques contra o patrimônio cultural cometidos durante os conflitos contemporâneos. Como método, utiliza-se, primeiramente, um contexto histórico para compreender como a tipificação penal de ataques contra o patrimônio cultural foi estruturada no Direito Internacional Penal; em seguida, como essa tipificação foi influenciada pelo Direito Internacional Humanitário, fonte principal dos crimes internacionais. Essa análise do contexto histórico e legal é seguida de uma análise das tipificações dos ataques contra o patrimônio cultural nos tribunais penais internacionais e híbridos contemporâneos. Enfim, para entender se a tipificação das jurisdições internacionais e híbridas examinadas é adequada, segue-se para uma análise de mais de 100 leis nacionais, para identificar se o direito interno possui respostas mais adequadas para a criminalização dos ataques contra bens culturais. Concluiu-se, neste artigo, que as tipificações das jurisdições internacionais são, muitas vezes, mais limitadas que as encontradas em jurisdições nacionais. Assim, em casos que a situação permita, tais crimes poderiam ser julgados por cortes nacionais ou jurisdições híbridas que aplicassem uma tipificação mais adequada.

Palavras-chave: direito internacional penal; crimes contra o patrimônio cultural; jurisdições internacionais e híbridas.

Abstract

This article investigates the suitability for contemporary conflicts of international crimes related to the destruction of cultural heritage that are established by International Criminal Law. It will study the statutes of in-

* Recebido em 31/07/2023
Aprovado em 14/11/2023

** Pesquisadora em pós doutorado na unidade de pesquisa UMR 7206 Eco-Anthropologie CNRS/MNHN/UPC (França). Pesquisadora associada na Vrije Universiteit Brussels (Bélgica) e no Institut des Sciences sociales du Politique/ENS Paris-Saclay (França). Doutora em Direito pela École Normale Supérieure à Cachan/Université Paris-Saclay (França), com bolsa da CAPES - Brasil. Bacharel em Direito pela UFMG.
E-mail: alice.lfabris@gmail.com

ternational and hybrid tribunals, as well as national legislation that establishes war crimes and crimes against humanity in domestic law, in order to understand what crimes are defined by these jurisdictions. In this sense, the article investigates whether the international crimes established today are insufficient to cover all the attacks against cultural heritage committed during contemporary conflicts. Within the methodology, the article first presents a historical context to understand how the criminal provisions of attacks against cultural heritage were structured in International Criminal Law, then how this classification was influenced by International Humanitarian Law, the main source of international crimes. This analysis of the historical and legal context is followed by an analysis of the criminalisation of attacks against cultural heritage in contemporary international and hybrid criminal courts. Finally, in order to understand whether the provisions established by international and hybrid jurisdictions are adequate, we examine more than 100 national laws, in order to identify whether domestic law has more adequate responses to the criminalisation of attacks against cultural property. The article concludes that the provisions of international jurisdictions are often more limited than those found in national jurisdictions. Therefore, in cases where the situation allows, such offences could be tried by national courts or hybrid jurisdictions that apply a more appropriate definition.

Keywords: international criminal law; crimes against cultural heritage; international and hybrid jurisdictions.

1 Introdução

Apesar de uma vasta proteção internacional do patrimônio cultural¹ no direito internacional contemporâneo, observa-se, ainda atualmente, uma destruição

recorrente de importantes monumentos históricos e obras de arte nos conflitos armados². Um exemplo atual é a destruição do patrimônio cultural no conflito entre a Rússia e a Ucrânia, que suscita preocupação da comunidade internacional sobre a efetividade do regime atual de proteção. Essa preocupação se soma às baixas denúncias de ataques contra o patrimônio cultural nas jurisdições internacionais. Se essas jurisdições, internacionais ou híbridas, possuem, em seus respectivos Estatutos, tipificação para a destruição de bens culturais, poucos são aqueles que são acusados e condenados. Uma hipótese para essa inação dos tribunais internacionais e híbridos é que o tipo penal estabelecido pelos Estatutos não abrange os métodos de destruição de bens culturais observados nos conflitos contemporâneos.

A necessidade de examinar a adequação de um tipo penal ao condenar um crime contra o patrimônio cultural ficou evidente após a condenação de Al Mahdi pelo Tribunal Penal Internacional (TPI) pela destruição de 12 mausolés em Timbuktu, no Mali. O Professor William Schabas³ e o Professor Roger O’Keefe *et al.*⁴ entenderam que o crime de guerra estabelecido pelo Estatuto do TPI, referente a ataques ao patrimônio cultural em caso de conflito armado não internacional, não poderia ser aplicado à destruição em Timbuktu, uma vez que a definição de ataque não incluiria o tipo de destruição como a que ocorreu em Mali. Caso essa visão mais restrita do tipo penal fosse aplicada, Al Mahdi não poderia ser condenado pelo crime de guerra, o que leva a questionar a efetividade do tipo penal estabelecido pelo Estatuto de Roma. Deve-se ressaltar que a jurisprudência do TPI está dividida nesta questão: se, no caso Al Mahdi, uma interpretação mais ampla de ataque foi apli-

¹ Mesmo que as definições de “patrimônio cultural” e “bem cultural” seja diferente, “patrimônio cultural” geralmente refere-se ao patrimônio cultural intangível e tangível, e bem cultural geralmente são monumentos e objetos tangíveis importantes para o patrimônio cultural da humanidade, neste documento eles serão usados como sinônimos para se referir ao patrimônio cultural tangível. Para saber a diferença entre os dois termos, ver: BLAKE, Janet. On defining the cultural heritage. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 49, n. 1, p. 61-85, 2000.; FRIGO, Manlio. Cultural property v. cultural heritage: a “battle of concepts” in international law? *International Review of the Red Cross*, v. 86, p. 367-378, 2004.; PROTT, Lyndel; O’KEEFE, Patrick. ‘Cultural heritage’ or ‘cultural property’? *International Journal of Cultural Property*, v. 1, n. 2, p. 307-320, 1992.

² Por exemplo, a destruição de Palmyra, Mosul e do museu ucraniano de história local em Ivankiv. Ver JEFFRIES, Stuart. Isis’s destruction of Palmyra: ‘the heart has been ripped out of the city’. *The Guardian*, 2 set. 2022. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/02/isis-destruction-of-palmyra-syria-heart-been-ripped-out-of-the-city>. Acesso em: 29 jun. 2022.; MOSUL: a city still in ruins, two years after defeat of IS. *BBC*, 3 abr. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-47777052>. Acesso em: 29 jun. 2022.; STEVENS, Matt. Treasured paintings burned. *New York Times*, 22 mar. 2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2022/02/28/arts/design/maria-primachenko-paintings-destroyed-ukraine.html>. Acesso em: 29 jun. 2022.

³ SCHABAS, William. Al Mahdi has been convicted of a crime he did not commit. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 49, p. 75-102, 2017.

⁴ TPI. Amicus curiae observations pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence on Behalf of the Antiquities Coalition. Blue Shield International and Genocide Watch. *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*. Caso No. ICC-01/04-02/06, 18 set. 2020. para. 13.

cada, ampliando o tipo penal a destruições intencionais, essa interpretação foi revertida no caso Nataganda. Portanto, é necessário discutir a adequação dos tipos penais dos crimes estabelecidos pela jurisdição que processará os autores de destruição do patrimônio cultural.

Assim, este artigo tem como objetivo realizar uma análise da legislação internacional e nacional que estabelece crimes internacionais de modo a determinar se os tipos penais relativos à destruição do patrimônio cultural são adequados para a responsabilização dos autores de tais ataques conforme o que se observa atualmente. Tal análise é relevante, por exemplo, para o processo de escolha da jurisdição que deve julgar tais crimes. Por exemplo, caso a tipificação estabelecida pelo TPI seja restrita e a lei nacional que instaura os crimes internacionais seja mais abrangente, não seria interessante que tal crime fosse julgado pela jurisdição internacional. Nesse sentido, neste artigo, serão analisadas as definições dos tipos penais que lidam com o patrimônio cultural em três tipos de jurisdições: internacional, híbrida e nacional. Assim, propõem-se, neste artigo, conclusões preliminares sobre os pontos fracos e fortes de cada tipificação.

Para tanto, primeiramente, apresentam-se os contextos históricos e legais que antecedem as tipificações analisadas. Uma apresentação do surgimento dos crimes internacionais será assim precedida da análise de como a proteção internacional de bens culturais foi desenvolvida pelas convenções internacionais. Em seguida, analisam-se os crimes internacionais dos tribunais internacionais, *ad hoc* e permanente, das jurisdições híbridas e as leis nacionais que tratam os crimes contra o patrimônio cultural, para identificar qual seria o tipo penal mais abrangente.

Ressalta-se que a avaliação de qual tipo de jurisdição seria mais apropriada para julgar um ataque contra o patrimônio cultural deve ser feita considerando as particularidades do caso concreto, que estão além das conclusões preliminares apresentadas neste artigo. Portanto, é importante ressaltar que esta análise não busca abranger todos os aspectos relevantes; há outros fatores que devem ser ponderados ao selecionar a jurisdição mais apropriada para lidar com cada caso⁵.

⁵ Por exemplo, o relatório da ILA sobre Complementaridade Positiva da Associação Internacional de Direito listou as seguintes barreiras à responsabilização nos tribunais nacionais: “nenhuma incorporação dos crimes do Estatuto de Roma no direito penal nacional,

2 A história dos crimes internacionais contra bens culturais

Para entender o tipo penal dos crimes de guerra contemporâneos de destruição intencional de bens culturais, é necessário, primeiramente, realizar uma análise da história desses crimes. Afinal, o direito é enraizado no passado⁶, tanto nas experiências das guerras quanto nos tratados adotados anteriormente.

A proibição de ataques e/ou destruição intencional⁷ de monumentos históricos e obras de arte é estabelecida, pela primeira vez, no século XIX, quando os primeiros instrumentos internacionais codificaram as leis e os costumes de guerra. A codificação relativa ao que que contemporaneamente se intitula de direito internacional humanitário foi complementada nesta época por discussões de criação de tipos penais, considerando-se a necessidade de sancionar os crimes internacionais, ou seja, tornar crime violações graves às normas de direito internacional humanitário de acordo com a ‘lei das nações’⁸. Por exemplo, em 1872, Achille Morin defendeu a aplicação de um direito penal da guerra (*criminal law of war*). Esses crimes seriam “estabelecidos de acordo com a doutrina e as práticas aceitas, [conforme] regras de convenções internacionais”⁹ e aplicados por uma

um princípio no direito nacional que proíba a aplicação retroativa do direito penal, estatutos de limitações, anistias, imunidade, jurisdição limitada, corrupção”, entre muitos outros. ILA. *Report on positive complementarity*. 2022. Disponível em: https://www.ila-hq.org/images/ILA/docs/ILA_2022/ILA_report_complementarity_Lisbon_FINAL.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁶ BIAZATI, Bruno. The future in the past? The replication of existing treaty language in the making of the ILC’s draft articles on crimes against humanity. *The European Journal of International Law*, v. 34, n. 2, p. 449-489, 2023. p. 449.

⁷ A definição de ataque e destruição intencional é diferente. Ataque pode ser definido como “atos de violência contra o adversário, seja em ofensa ou defesa, e em qualquer território conduzido” [*are acts of violence against the adversary, whether in offence or defence and in whatever territory conducted*] (ICRC. *Attacks*. 2022. Disponível em: <https://casebook.icrc.org/glossary/attacks>. Acesso em: 29 jun. 2022.). A destruição intencional, por sua vez, pode ser definida como a destruição ou uma “desconsideração imprudente da probabilidade de destruição [do bem cultural]” [*reckless disregard of the likelihood of the destruction [of the cultural property]*] (ELLIS, Mark. The ICC’s role in combatting the destruction of cultural heritage. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 49, p. 23-62, 2017.).

⁸ Ver SZUREK, S. Historique: la formation du droit international pénal. In: ASCENSIO, Herve; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Allan. *Droit international pénal*. Paris: Pedone, 2000. p. 21-36. p. 7.

⁹ Tradução da autora. No original: “il s’est établi d’après des enseignements acceptés et des usages suivis, qu’ont érigés en règles des conventions internationales ou des déclarations des puissances réu-

jurisdição militar¹⁰. No mesmo ano, Gustave Moynier propôs a criação de um órgão judicial internacional adequado para a prevenção e punição de violações às Convenções de Genebra de 1864¹¹.

Quanto ao crime relacionado à destruição de monumentos históricos e obras de arte, tal crime foi proposto em vários fóruns internacionais, como a Conferência de Bruxelas de 1874¹² e o Manual de Oxford de 1880. O artigo 8 da Declaração de Bruxelas de 1874 estabeleceu que “todo confisco, destruição ou dano intencional a instituições desse caráter, monumentos históricos, obras de arte e ciência deve ser objeto de procedimentos legais pelas autoridades competentes”¹³.

A última parte do artigo não foi conservada no Manual de Oxford de 1880, que, no seu lugar, adotou uma regra geral para a sanção penal em seu artigo 84¹⁴. Essa sanção penal não pode ser encontrada nas Convenções e Regulamentos de Haia de 1899 ou 1907, principal instrumento internacional do começo do século XX, mas o artigo que proíbe danos a monumentos históricos e obras de arte reintroduziu a obrigação dos Estados de processar os indivíduos responsáveis pelas violações dessa disposição.

Apesar das inúmeras declarações e convenções, não foi possível encontrar a aplicação dessa regra por um tribunal antes da Primeira Guerra Mundial. Somente após o início desse conflito, algumas sentenças puderam ser identificadas¹⁵. Além disso, o governo francês tentou adotar uma lei para introduzir, em relação ao

direito penal nacional, a violação dos Regulamentos da Convenção de Haia de 1907 como crimes sob a lei nacional. Devido a críticas relacionadas, por exemplo, à proibição de aplicar a lei retroativamente,¹⁶ essa proposta não foi adotada¹⁷. Juristas também afirmaram que os crimes relacionados à Convenção de Haia de 1907 já estavam codificados na legislação nacional e que as violações cometidas durante a guerra poderiam ser processadas nos tribunais franceses¹⁸. Assim, não haveria necessidade de um crime internacional, já que o direito interno tipificaria tais condutas. No entanto, há relatos de que apenas os tribunais turcos, franceses e belgas trataram de crimes de guerra durante o conflito; alguns deles trataram, inclusive, da destruição de monumentos históricos¹⁹. Além disso, o crime de destruição intencional de monumentos históricos também estava presente nas discussões sobre um tribunal internacional.

O estabelecimento de um tribunal internacional, incluindo a destruição de monumentos históricos, foi discutido durante a Conferência Preliminar para a Paz de 1919. Propuseram-se duas soluções: a criação de um tribunal internacional para julgar os autores de violações da lei das nações ou processar esses autores perante as cortes nacionais²⁰. Nesse contexto, criou-se uma *Comissão sobre a Responsabilidade dos Autores da Guerra e a Aplicação de Penalidades*, que identificou criminosos de guerra, inclusive indivíduos envolvidos na destruição de monumentos históricos e obras de arte²¹. De acordo com o artigo 228 do Tratado de Versalhes, os governos poderiam solicitar a extradição dos criminosos de guerra para a Alemanha para processá-los. Entretanto, essa solução foi ineficaz, pois a Alemanha não extraditou os indivíduos identificados pela Comissão²².

nis en congrès”. MORIN, Achile. *Les lois relatives à la guerre, selon le droit des gens moderne, le droit public et le droit criminel des pays civilisés*. Paris: Cosse, Marchal et Billard, 1872. v. 2. p. 453.

¹⁰ MORIN, Achile. *Les lois relatives à la guerre, selon le droit des gens moderne, le droit public et le droit criminel des pays civilisés*. Paris: Cosse, Marchal et Billard, 1872. v. 2. p. 453.

¹¹ HALL, Christopher. The first proposal for a Permanent International Criminal Court. *International Review of Red Cross*, v. 829, 1998. p. 57.

¹² RENAULT, Louis. Rapport: dans quelle mesure le droit pénal peut-il s'appliquer à des faits de guerre contraires au droit des gens? *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, p. 405-420, 1915. p. 416.

¹³ No texto original em inglês: “All seizure or destruction of, or wilful damage to, institutions of this character, historic monuments, works of art and science should be made the subject of legal proceedings by the competent authorities”.

¹⁴ O artigo estabelece que: ‘os infratores das leis de guerra estão sujeitos às punições especificadas na lei penal’. [*Offenders against the laws of war are liable to the punishments specified in the penal law*].

¹⁵ Exceto por uma tentativa durante a guerra russo-japonesa de 1904-1905, caso analisado em FABRIS, Alice Lopes. *La notion de crime contre le patrimoine culturel en droit international*. Paris: IFJD/LGDJ, 2022.

¹⁶ DUMAS, Jacques. *Les sanctions pénales des crimes allemands*. Paris: Rousseau, 1916. p. 10-11.

¹⁷ EMA. Les sanctions du droit des gens. *Parlement et L'Opinion*, v. 5, 1915. p. 15.

¹⁸ MÉRIGNHAC, Alexandre. De la sanction. *Revue Générale de Droit International Public*, v. 24, p. 5-40, 1917.

¹⁹ Uma seleção de julgados é analisada em FABRIS, Alice Lopes. *La notion de crime contre le patrimoine culturel en droit international*. Paris: IFJD/LGDJ, 2022.

²⁰ CONFÉRENCE DES PRÉLIMINAIRES DE PAIX. Commission des Responsabilités des Auteurs de la Guerre et Sanctions. *Septième séance (lundi 17 mars 1919)*. Acervo da Bibliothèque Nationale de France, referência, FOL-GW-888 (1,7). p. 6.

²¹ COMMISSION on the responsibility of the authors of the war and on enforcement of penalties. *American Journal of International Law*, v. 20, p. 95-154, 1920. p. 115.

²² Ver O'KEEFE, Roger. Protection of cultural property under international criminal law. *Melbourne Journal of International Law*, v. 11, n. 2, 2010. Disponível em: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/>

As discussões sobre a criação de um tribunal penal internacional foram reintroduzidas durante a Segunda Guerra Mundial. Um *Projeto de Convenção para a Criação de um Tribunal Penal Internacional* foi apresentado à Assembleia Internacional de Londres e definiu os crimes de guerra como

quaisquer atos graves que violem os princípios gerais do direito penal reconhecidos pelas nações civilizadas e cometidos em tempo de guerra ou cometidos durante a preparação, a deflagração ou o prosseguimento da guerra, ou perpetrados com o objetivo de impedir a restauração da paz²³.

Esse projeto, contudo, difere da definição adotada nos Tribunais Militares de Nuremberg e Tóquio, após a Segunda Guerra Mundial, que constitui a principal referência para o crime de guerra contemporâneo relacionado à destruição de bens culturais. A Carta de Nuremberg não cita, dentre os exemplos do artigo 6(b) que estabelece os crimes de guerra, a destruição de monumentos históricos e obras de arte, contudo esta pode ser incluída na proteção geral de interdição de destruição de cidades e proibição da pilhagem. Assim, a tipificação de ataques contra monumentos históricos será desenvolvida por convenções que protegem o patrimônio cultural durante conflitos armados e com a criação de tribunais internacionais *ad-hoc*, tribunais híbridos e o TPI.

3 Crimes contra o patrimônio cultural em direito internacional

A codificação da lei e dos costumes de guerra recorrentemente é seguida por propostas relativas à responsabilização de crimes internacionais. O mesmo padrão pode ser encontrado em relação aos crimes internacionais contra o patrimônio cultural. A Convenção de Haia de 1954, a primeira convenção internacional²⁴ sobre a proteção de bens culturais no caso de um conflito armado, não é omissa quanto à questão do estabelecimento

de provisões que preveem a responsabilização de violações às obrigações postas pelo tratado. Mesmo que a Convenção não defina crimes contra o patrimônio cultural, ela estabelece uma obrigação para os Estados partes de punir os perpetradores²⁵. Além disso, os Estados devem identificar os atos que constituiriam esses delitos²⁶.

Em 1959, o professor Stanislaw Nahlik propôs uma lista de 30 crimes contra bens culturais que estariam estabelecidos no Regulamento de Haia de 1907 e na Convenção de Haia de 1954, como a proibição de destruição de bens culturais, a proibição de pilhagem, a proibição de danos intencionais, entre outros²⁷. No entanto, somente o Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949 e relativo à Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Internacionais, de 8 de junho de 1977, previu a responsabilização individual por crimes contra bens culturais²⁸. No artigo 85, estabeleceu-se que este constitui um crime de guerra cometido durante um conflito armado internacional:

fazer objeto de ataque monumentos históricos, obras de arte ou lugares de culto claramente conhecidos, que constituem o patrimônio cultural ou espiritual dos povos e aos quais se tenha conferido proteção especial em virtude de acordos especiais celebrados, por exemplo, dentro do marco de uma organização internacional competente, causando, como consequência, extensas destruições dos mesmos, quando não haja prova de violação pela Parte adversa ao artigo 53, alínea d) e quando tais monumentos históricos, lugares de culto ou obras de arte não estejam situados na imediata proximidade de objetivos militares.²⁹

²⁵ TOMAN, Jiri. *Les biens culturels en temps de guerre: quel progrès en faveur de leur protection?* Paris: Unesco, 2015. p. 322-323.

²⁶ MAINETTI, V. De Nuremberg à La Haye: l'émergence des crimes contre la culture et la pratique des tribunaux internationaux. In: NEGRI, Vincent. *Le patrimoine culturel, cible des conflits armés: de la guerre civile espagnole aux guerres du 21e siècle*. Bruxelles: Bruylant, 2014. p. 157-158.

²⁷ Apud TOMAN, Jiri. *Les biens culturels en temps de guerre: quel progrès en faveur de leur protection?* Paris: Unesco, 2015. p. 322-323.

²⁸ O Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Não Internacionais, de 8 de junho de 1977, aplicável a conflitos armados não internacionais, não tem uma disposição semelhante. Apenas estabeleceu no artigo 16 que “sem prejuízo do disposto na Convenção da Haia de 14 de maio de 1954 para Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado, fica proibido cometer atos de hostilidade dirigido contra os monumentos históricos, as obras de arte ou lugares de culto que constituem o patrimônio cultural ou espiritual dos povos, e utilizá-los como apoio do esforço militar.”

²⁹ BRASIL. *Decreto n.º 849, de 25 de junho de 1993*. Promulga os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática

MelbJIL/2010/13.html. Acesso em: 31 mar. 2023.

²³ Tradução da autora. No original: “any grave outrages violating the general principles of the criminal law as recognized by civilized nations and committed in wartime or committed in preparation, the waging or the prosecution of war, or perpetrated with a view to preventing the restoration of peace.” UNWCC. *Draft Convention for the Creation of an International Criminal Court submitted to the London International Assembly*. Acervo dos Arquivos Nacionais da França, referência 382AP/68.

²⁴ Exclui-se o Pacto de Roerich, pois ele foi adotado, primeiramente, em um âmbito regional.

De acordo com os comentários do Protocolo, para ser considerado um crime de guerra, é necessário que o ataque seja intencional, em grande escala³⁰ e dirigido contra um bem cultural sob “proteção especial”. O termo “proteção especial” também é utilizado pela Convenção de Haia de 1954 ao prever um regime separado para proteger “um número registrado de abrigos destinados a preservar os bens culturais móveis em caso de conflito armado, de centros que contêm monumentos e de outros bens culturais imóveis de grande importância”³¹. Entretanto, a proteção especial sob o Protocolo Adicional I de 1977 não se refere ao regime da Convenção de Haia de 1954, mas à proteção específica concedida aos bens culturais pelo Protocolo no artigo 53³².

Além disso, o artigo 15 do Segundo Protocolo de 1999 à Convenção de Haia de 1954 estabeleceu a responsabilidade criminal por alguns crimes contra o patrimônio cultural, como “fazer de um bem cultural sob proteção reforçada o objeto de um ataque”, “utilizar o bem cultural sob proteção reforçada ou sua vizinhança imediata em apoio a uma ação militar”, entre outros. Essa disposição foi desenvolvida a partir do artigo 28 da Convenção de Haia de 1954 e exemplifica as violações que os Estados devem processar³³. Contudo, os atos listados neste artigo não são qualificados como crimes de guerra pelo Protocolo de 1999.

Além disso, a jurisdição universal também é estabelecida pelo Protocolo³⁴. Ao analisar a proteção internacional de bens culturais no caso de um conflito armado, Cherif Bassiouni e James Nafziger afirmaram que a ju-

risdição universal sobre crimes internacionais existe sob o direito internacional convencional e consuetudinário. De acordo com eles, a jurisdição universal se aplica se as violações mais graves das convenções de proteção de bens culturais puderem ser consideradas crimes internacionais³⁵. Assim, os tribunais nacionais podem processar violações de bens culturais sob o escopo da Convenção e do Protocolo e do direito internacional consuetudinário³⁶.

Também deve ser observado que o crime de “confisco, destruição ou danificação deliberada de edifícios consagrados ao culto, à beneficência e ao ensino, às artes e às ciências, monumentos históricos, obras de arte e de caráter científico” está presente no código de crimes contra a paz e a segurança da humanidade da Comissão de Direito Internacional da ONU como um crime de guerra³⁷. De acordo com os comentários, esse crime diz respeito aos bens culturais protegidos pela Convenção de Haia de 1954³⁸. Além disso, o Conselho de Segurança das Nações Unidas reconheceu, em 2017, a possibilidade de qualificar a destruição intencional de bens culturais como crime de guerra³⁹.

Os instrumentos do direito humanitário internacional mostram, assim, que o crime contra o patrimônio cultural inclui diversos atos. A questão surge, então, se os crimes previstos nos Estatutos dos tribunais internacionais e mistos⁴⁰ são abrangentes ou restritos em

sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados.

³⁰ ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. La “gravité” dans la jurisprudence de la Cour Pénale Internationale à propos des crimes de guerre. *Revue Internationale de Droit Penal*, v. 82, p. 541-548, 2011.

³¹ Artigo 8(1).

³² TOMAN, Jiri. *La protection des biens culturels en cas de conflit armé*. Paris: Unesco, 1994. p. 417; SANDOZ, Y.; SWINARSKI, C.; ZIMMERMANN, B. *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*. Genève: CICR, 1986. p. 1026.

³³ TOMAN, Jiri. *Les biens culturels en temps de guerre: quel progrès en faveur de leur protection?* Paris: Unesco, 2015. p. 364-365.

³⁴ BASSIOUNI, C.; NAFZIGER, J. Protection of cultural property. In: BASSIOUNI, M. C. *International criminal law: crimes*. Boston: Kluwer Law International, 1999. p. 960. A jurisdição universal é definida como “[a] capacidade dos tribunais de qualquer Estado de julgar atos cometidos no exterior, independentemente do local do crime e da nacionalidade do autor ou da vítima”. SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelles: Bruylant, 2001. p. 212.

³⁵ BASSIOUNI, C.; NAFZIGER, J. Protection of cultural property. In: BASSIOUNI, M. C. *International criminal law: crimes*. Boston: Kluwer Law International, 1999. p. 977.

³⁶ BASSIOUNI, C.; NAFZIGER, J. Protection of cultural property. In: BASSIOUNI, M. C. *International criminal law: crimes*. Boston: Kluwer Law International, 1999. p. 977.

³⁷ Artigo 20(e)(iv), *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l’humanité et commentaires y relatifs*. *Annuaire de la Commission du Droit International*, v. 2, n. 2, 1996.

³⁸ *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l’humanité et commentaires y relatifs*. *Annuaire de la Commission du Droit International*, v. 2, n. 2, 1996. p. 59.

³⁹ CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2347 (2017)*. 24 mar. 2017.

⁴⁰ De acordo com a Enciclopédia Max Planck de Direito Internacional Público, “os tribunais penais mistos, também conhecidos como tribunais penais híbridos ou internacionalizados, são tribunais penais com características de jurisdição penal internacional e nacional” [*Mixed criminal tribunals, also known as hybrid or internationalized criminal tribunals, are criminal courts of law that have features of both international and domestic criminal jurisdiction*]. Ver: ROMANO, C. *Mixed criminal tribunals (Sierra Leone, East Timor, Kosovo, Cambodia)*. In: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e173>. Acesso em: 31 mar. 2023.; MUHARREMI, R. The concept of hybrid courts revisited: the case of the Kosovo

relação às proibições contidas no direito internacional convencional e costumeiras.

4 Tribunais internacionais e híbridos e o crime de guerra de destruição do monumentos históricos e obras de arte

Somente na década de 1990, novos tribunais penais internacionais foram estabelecidos. Os dois primeiros foram tribunais penais internacionais *ad hoc*: o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII), em 1993, e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, em 1994, ambos criados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas⁴¹. Posteriormente, outro tipo de tribunal foi criado: o tribunal híbrido, ou misto, no qual são aplicadas as leis nacionais e internacionais. Até o momento, quatro tribunais híbridos foram estabelecidos: os Painéis Especiais para Crimes Graves no Timor Leste⁴², as Câmaras Extraordinárias nos Tribunais do Camboja⁴³, e o Tribunal Especial para o Líbano⁴⁴, e as Câmaras Especializadas de Kosovo⁴⁵. Além disso, uma jurisdição criminal internacional permanente foi criada: o Tribunal Penal Internacional. Somente o TPII⁴⁶, as Câmaras Especializadas de Kosovo⁴⁷, os Painéis Especiais para Crimes Graves no Timor Leste⁴⁸, as Câmaras Extraordinárias nos Tribunais do Camboja⁴⁹ e o Tribunal Penal Internacional⁵⁰ incluem crimes contra o patrimônio cultural na lista de crimes sobre os quais têm jurisdição.

specialist chambers. *International Criminal Law Review*, v. 18, n. 4, 2018. p. 623.

⁴¹ CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 827 (1993) estabelecendo o TPII*. e CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 955 (1994) estabelecendo o Tribunal para Ruanda*.

⁴² TIMOR LESTE. *Regulamento 2000/15 sobre a criação de câmaras com jurisdição exclusiva sobre delitos criminais graves*. UNTAET/REG/2000/15, 6 jun. 2000.

⁴³ CAMBOJA. *Lei No. NS/RKM/0801/12 KRAM, 27 de outubro de 2004*. La loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens.

⁴⁴ CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 1757 (2007)*.

⁴⁵ KOSOVO. *Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office*. Réf. 05/L-053, 3 ago. 2015.

⁴⁶ Artigo 3(d).

⁴⁷ Artigo 14(b)(ix) e 14(d)(iv).

⁴⁸ Artigo 6(b)(ix) e 6(e)(iv).

⁴⁹ Artigo 7.

⁵⁰ Artigo 8(b)(ix) e 8(e)(iv).

Esses serão os crimes⁵¹ analisados para compreender se eles são abrangentes ou restritos nos atos que estão previstos.

Embora as normas internacionais aplicáveis a conflitos armados internacionais e não internacionais não sejam as mesmas, o TPII considerou semelhantes os crimes cometidos em ambas as situações, no que tange ao crime contra o patrimônio cultural. Ao chegar a essa conclusão, a Câmara de Julgamento interpretou a norma sobre a proteção de objetos civis como aplicável a conflitos armados internacionais e não internacionais e, portanto, não tinha “nenhuma razão para considerar que a proibição contida no Artigo 3(b) do Estatuto não se aplicaria igualmente a conflitos armados não internacionais”⁵². Assim, o Tribunal reconhece que esse crime não depende da caracterização do conflito: ataques a monumentos históricos são crimes internacionais no caso de conflitos de caráter internacional e não internacional. Isso foi adotado pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Quadro 1 - Crime de guerra em tribunais internacionais

	ESTATUTO DO TPII	ESTATUTO DO TPI
CONFLITO ARMADO INTERNACIONAL		Artigo 8(2)(b) ix) Os ataques intencionais a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares
CONFLITO ARMADO NÃO INTERNACIONAL	Artigo 3. Violações das leis ou dos costumes da guerra O Tribunal Internacional terá competência para julgar as pessoas que violarem as leis ou os costumes da guerra. Tais violações incluem, mas não se limitam a: d) Confisco, destruição ou danificação deliberada de edifícios consagrados ao culto, à beneficência e ao ensino, às artes e às ciências, monumentos históricos, obras de arte e de caráter científico	Artigo 8(2)(e) iv) Atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares

Os Painéis Especiais para Crimes Graves no Timor Leste (2000) e os Painéis Especiais para Kosovo (2011), seguindo a redação do Estatuto de Roma, também consideram os ataques a monumentos históricos como crimes de guerra. Essa redação é baseada na regra de proteção do Artigo 27 dos Regulamentos da Convenção de

⁵¹ Assim, serão analisados somente a destruição de bens culturais como crimes de guerra e não como crimes contra a humanidade, visto que este último não está tipificado nos Estatutos. Sobre a tipificação da destruição de bens culturais como crime contra a humanidade ver ROBICHEZ, Juliette. A destruição deliberada do patrimônio cultural da humanidade: “crime de guerra” ou “crime contra a humanidade”? *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, p. 359, 2023. Ressalto que o julgamento no caso Ongwen que esclarece a diferença entre crime de guerra e crime contra a humanidade que tratam do mesmo objeto.

⁵² TPII. Julgamento. *Prosecutor v. Pavle Strugar*. Caso No. IT-01-42-T, Trial Chamber II, 31 jan. 2005. para. 228.

Haia (IV) de 1907. Entretanto, no Estatuto de Roma, o termo “fins militares” foi substituído por “objetivo militar”, indicando a incorporação dos desenvolvimentos do direito humanitário nos Protocolos Adicionais de 1977 à Convenção de Genebra de 1949. Outra mudança é a inclusão da proteção de edifícios educacionais⁵³.

Quanto aos desenvolvimentos em relação ao crime estabelecido pelo Estatuto do TPII, uma novidade significativa é que o crime definido pelo Estatuto de Roma não exige danos à bem cultural para ser constituído. Além disso, de acordo com a Câmara de Julgamento VIII do TPI, configura-se o crime quando um ataque é dirigido contra bens culturais e “dirigir um ataque” inclui todos os atos de violência cometidos contra bens protegidos, e não faz distinção entre atos cometidos durante a condução das hostilidades e atos cometidos depois que o bem ficou sob o controle de um grupo armado⁵⁴. Essa interpretação foi confirmada pelo TPI no caso *Al Hassan* na decisão de confirmação das acusações⁵⁵.

Contudo, como observa o professor William Schabas, os crimes, de acordo com os dois tribunais, não se baseiam na mesma regra de proteção de bens culturais em conflitos armados⁵⁶. Dessa forma, os crimes do TPI se referem a um ataque à propriedade ou bem protegido durante as hostilidades e ao dano, apreensão ou destruição dessa propriedade ou bem quando o território em que ela está localizada está sob o controle efetivo de um dos beligerantes⁵⁷. De acordo com o professor, o ataque pode ser aplicado somente a atos realizados durante as hostilidades.

Quadro 2 - Crimes de guerra nos estatutos de tribunais híbridos

	Câmaras Extraordinárias nos Tribunais do Camboja	Painéis Especiais para Crimes Graves no Timor Leste	Câmaras Especiais do Kosovo
CONFLITO ARMADO INTERNACIONAL		Artigo 6(1)(b) ix. Dirigir intencionalmente ataques a edifícios destinados a práticas religiosas, ensino, arte, ciência, fins caridosos, a monumentos históricos, hospitais e lugares onde são recolhidos os enfermos e feridos, desde que não sejam objetivos militares	Artigo 14(1)(b) ix) Os ataques intencionais a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares
CONFLITO ARMADO NÃO INTERNACIONAL	Artigo 7 As Câmaras Extraordinárias terão o poder de levar a julgamento todos os Suspeitos mais responsáveis pela destruição de bens culturais durante um conflito armado, de acordo com a Convenção de Haia de 1954 para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, e que tenham sido cometidos durante o período de 17 de abril de 1975 a 6 de janeiro de 1979.	Artigo 6(1)(e) iv. Dirigir intencionalmente ataques a edifícios destinados a práticas religiosas, ensino, arte, ciência, fins caridosos, a monumentos históricos, hospitais e lugares onde são recolhidos os enfermos e feridos, desde que não sejam objetivos militares	Artigo 14(1)(d) iv) Atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares

Com relação ao crime estabelecido pelo TPII, a jurisprudência refere-se, explicitamente, ao Artigo 27 dos Regulamentos da Convenção de Haia de 1907 como a base legal para o crime⁵⁸. Assim, de acordo com a jurisprudência do TPII, a lei aplicável punia a destruição ou dano intencional ao bem cultural⁵⁹, não se limitando ao ataque. Essa interpretação foi aplicada no caso *Al Mahdi* perante o TPI⁶⁰.

Entretanto, no caso *Prosecutor versus Bosco Ntaganda*, a Câmara de Julgamento VI declarou que “o termo ‘ataque’ deve ser entendido como um ‘ato de violência contra o adversário, seja em ofensa ou defesa’”⁶¹. Os juízes que compõem a Câmara de Apelação não foram unânimes em concordar com essa definição. O Juiz Morrison e o Juiz Hofmański entenderam que “o termo ‘ataque’ usado no artigo 8(2)(e)(iv) do Estatuto significa ‘ação de combate’” e confirmaram a interpretação da Câma-

⁵³ Também integrada do Estatuto de Roma de 1998. Ver TRIFFTERER, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers’ notes, article by article*. 2. ed. München: C.H. Beck, 2008. p. 375.

⁵⁴ TPI. Julgamento. *Prosecutor v. Al-Mahdi*. Caso No. ICC-01/12-01/15-171, Trial Chamber VIII, 27 set. 2016. para. 15.

⁵⁵ TPI. Rectificatif à la décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud. *Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*. Case No. ICC-01/12-01/18, Pre-Trial Chamber I, 13 nov. 2019. para. 531.

⁵⁶ SCHABAS, William. Al Mahdi has been convicted of a crime he did not commit. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 49, p. 75-102, 2017. p. 88.

⁵⁷ SCHABAS, William. Al Mahdi has been convicted of a crime he did not commit. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 49, p. 75-102, 2017. p. 91.

⁵⁸ TPII. Julgamento. *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*. Caso No. IT-95-14/2-T, Trial Chamber, 26 fev. 2001. para. 359; TPII. Julgamento. *Prosecutor v. Miodrag Jokić*. Caso No. IT-01-42/1-S, Trial Chamber, 18 mar. 2004. para. 47; TPII. Julgamento. *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*. Caso No. IT-98-34-T, Trial Chamber, 31 mar. 2003. para. 604, nota de rodapé 1484; TPII. Julgamento. *Prosecutor v. Pavle Strugar*. Caso No. IT-01-42-T, Trial Chamber II, 31 jan. 2005. para. 229; TPII. Julgamento. *Prosecutor v. Hadžibasanović and Kubura*. Caso No. IT-01-47-T, Trial Chamber, 15 mar. 2006. para. 60. Ver WIERCZYŃSKA, K.; JAKUBOWSKI, A. Individual responsibility for deliberate destruction of cultural heritage: contextualizing the ICC judgment in the Al-Mahdi case. *Chinese Journal of International Law*, v. 16, n. 4, p. 695, 2017. p. 705.

⁵⁹ TPII. Julgamento. *Prosecutor v. Pavle Strugar*. Caso No. IT-01-42-T, Trial Chamber II, 31 jan. 2005. para. 308.

⁶⁰ TPI. Julgamento. *Prosecutor v. Al-Mahdi*. Caso No. ICC-01/12-01/15-171, Trial Chamber VIII, 27 set. 2016. p. 16.

⁶¹ Tradução da autora. No original: “the term ‘attack’ is to be understood as an ‘act of violence against the adversary, whether in offence or defence’”. TPI. Julgamento. *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*. Caso No. ICC-01/04-02/06-2359, Trial Chamber VI, 8 jul. 2019. para. 1136.

ra de Julgamento⁶². O Juiz Ibáñez Carranza concordou parcialmente com o Juiz Balungi Bossa e o Juiz Eboe-Osuji, ao discordar da definição da Câmara de Julgamento, declarou que “o termo ‘ataque’ inclui a preparação, a execução da ação de combate e as consequências imediatas”⁶³. Assim, como a decisão da Câmara de Apelação não foi unânime, a discussão continua em aberto.

Com relação a essa divergência jurisprudencial, o Gabinete do Procurador, em sua Política sobre Patrimônio Cultural, de junho de 2021, declarou que: “embora respeite os pareceres judiciais que foram proferidos [no caso Ntaganda], o Gabinete do Procurador continua entendendo que a interpretação do caso Al Mahdi é a correta”⁶⁴. A definição de ataque nos termos do Artigo 8(2)(e)(iv) do Estatuto de Roma será objeto de uma nova análise no caso Al Hassan. As Câmaras Especializadas de Kosovo e os Painéis Especiais para Crimes Graves em Timor Leste preveem o mesmo crime de guerra contra bens culturais que o Estatuto de Roma, mas nenhuma acusação desse crime foi apresentada até 2022.

Em relação à jurisdição mista, talvez a disposição mais interessante, em relação à proteção de bens culturais sob o direito penal internacional, seja a das Câmaras Extraordinárias nos Tribunais do Camboja, estabelecidas em 2003. O tipo penal estabelecido pelo seu estatuto refere-se, explicitamente, à Convenção de Haia de 1954; assim, ele pode abranger mais atos contra o patrimônio cultural do que os crimes estabelecidos no Estatuto de Roma e nos estatutos dos tribunais mistos. Entretanto, deve-se observar que a Convenção de Haia de 1954 não estabelece responsabilidade individual. Assim, conforme o Professor Jiri Toman, o Tribunal do Khmer Vermelho pode relutar em aplicar esse crime ou definir qual conduta seria incriminada por ele⁶⁵. E, ao analisar-se a jurisprudência das Câmaras, não se ob-

servam acusações sob esse artigo, contribuindo para o baixo índice de responsabilização de crimes cometidos contra o patrimônio cultural em conflitos.

Como se pode observar, os crimes estabelecidos pelos Estatutos dos tribunais internacionais e mistos podem excluir alguns atos que danificam ou destroem o patrimônio cultural. Nesse sentido, talvez fosse mais interessante a aplicação da legislação nacional, caso esta preveja um delito que criminalizasse mais tipos de destruição do patrimônio cultural, para responsabilizar os autores de danos ao patrimônio cultural. Deve-se ressaltar que outros fatores também podem impactar o desempenho do TPI, como a cooperação dos Estados onde os crimes ocorreram, entre outros, e devem ser considerados em uma análise mais ampla.

5 Os crimes contra o patrimônio cultural no direito interno⁶⁶

A responsabilização pela destruição de bens culturais também pode ser realizada por tribunais internos. De 1914 a 1915, os tribunais franceses e belgas responsabilizaram soldados, em sua maioria alemães, por seus supostos crimes⁶⁷. Houve, também, alguns julgamentos sobre o “massacre” armênio — como era chamado na época — que ocorreu entre 1919 e 1920⁶⁸. Como analisado previamente pela autora⁶⁹, no caso da jurisprudência francesa e belga, pode-se observar que a lei penal nacional era aplicável. Deve-se ressaltar que o artigo 228 do Tratado de Versalhes foi mencionado nas decisões francesas⁷⁰, mas não pelas cortes belgas.

⁶² TPI. Julgamento. *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*. Caso No. ICC-01/04-02/06-2359, Appeal Chamber, 30 mar. 2021. para. 1164.

⁶³ Tradução da autora. No original: “The term ‘attack’ includes the preparation, the carrying out of combat action and the immediate aftermath thereof”. TPI. Julgamento. *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*. Caso No. ICC-01/04-02/06-2359, Appeal Chamber, 30 mar. 2021. para. 1164.

⁶⁴ Tradução da autora. No original: “while respectful of the judicial opinions which have been rendered [in the Ntaganda case], the Office, therefore, remains of the view that Al Mahdi was correctly decided. In the ordinary exercise of its mandate, and subject to judicial guidance, it will seek to clarify the law further in this respect”. ICC. Office of the Prosecutor. *Policy on cultural heritage*. Jun. 2021. para. 45.

⁶⁵ TOMAN, Jiri. *Les biens culturels en temps de guerre: quel progrès en faveur de leur protection?* Paris: Unesco, 2015. p. 897.

⁶⁶ Foram examinados os códigos penais nacionais disponibilizados em inglês por bancos de dados internacionais.

⁶⁷ TROIMAUX. Deux pillards allemands condamnés à mort. *Echo de Paris*, 6 out. 1914. p. 54.

⁶⁸ Ver DADRIAN, Vahakn, ‘The Series of Major Trials and the Related Verdicts: Falsification of the Arguments of ‘Relocation’, ‘Civil War’, and ‘Intercommunal Clashes’. In DADRIAN, Vahakn. *The series of major trials and the related verdicts: falsification of the arguments of ‘Relocation’, ‘Civil War’, and ‘Intercommunal Clashes’*. In: DADRIAN, Vahakn; AKÇAM, Taner. *Judgment at Istanbul: the Armenian genocide trials*. New York: Berghahn Book, 2011. p. 108.

⁶⁹ Julgados analisados em FABRIS, Alice Lopes. *La notion de crime contre le patrimoine culturel en droit international*. Paris: IFJD/LGDJ, 2022.

⁷⁰ FRANÇA. Tribunal de Guerre Permanent à Châlons-sur-Marne. *Judgment of par défaut du 9 août 1921, n° 130 d'ordre annuel*. Documento presente arquivo do serviço histórico do Ministério da Defesa da França (SHD).

Os tribunais nacionais também foram acionados após a Segunda Guerra Mundial. Alguns Estados processam criminosos de guerra em seus tribunais nacionais; outros criaram cortes para responsabilizar os criminosos de guerra por seus crimes. Aplicando as leis existentes, a França e a Bélgica retomaram sua prática após a Primeira Guerra Mundial e responsabilizaram os autores de crimes de guerra em seus tribunais militares⁷¹. A China, por sua vez, adotou uma nova lei que estabeleceu crimes de guerra, inclusive crimes contra monumentos históricos e obras de arte⁷².

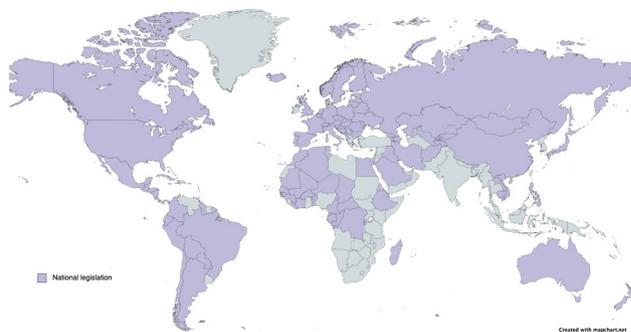
Com relação aos Estados que aplicaram sua lei nacional, os tribunais interpretaram os crimes estabelecidos pelos Códigos Penais. Por exemplo, no caso Karl Lingfelder, acusado de destruir um memorial de guerra, um objeto destinado à decoração pública e construído pela autoridade pública, o artigo 257 do Código Penal Francês foi interpretado como um delito que não era justificado pelas leis e costumes de guerra⁷³. Esse artigo proíbe a destruição de monumentos, estátuas e outros objetos destinados à decoração pública e erigidos pela autoridade pública⁷⁴. Essa sentença foi incluída no projeto *Law Reports of Trials of War Criminals*, e foi considerada uma aplicação do artigo 56 dos Regulamentos de Haia de 1907.

Analisando os códigos penais nacionais, a proibição da destruição intencional ou de ataques contra o patrimônio cultural está amplamente presente nas leis nacionais dos países, inclusive em outras fontes, a não ser as que transpõem as leis internacionais. Essas podem, no entanto, ter semelhanças com as regras existentes no direito humanitário internacional e no direito penal internacional, o que atesta o reconhecimento geral da natureza criminosa dos danos ao patrimônio cultural.

Alguns países pesquisados possuem códigos penais disponíveis em inglês, contudo não foi possível encontrar um crime relacionado à destruição de bens cultu-

rais⁷⁵. No entanto, isso não significa que esse Estado não criminaliza ataques contra o patrimônio cultural, mas apenas que não foi possível encontrar os dados necessários para a análise. Analisaram-se, nessa sessão, crimes comuns e crimes de guerra estabelecidos pela legislação nacional. A inclusão de crimes comuns na análise foi decidida de acordo com a interpretação do UNWCC, que considerou que um crime comum punia o mesmo tipo de delito que os Regulamentos de Haia de 1907⁷⁶.

Figura 1 - Estados cujas leis foram consultadas⁷⁷



Fonte: mapchart.net.

Em relação aos crimes comuns, dois tipos de crimes podem ser observados com base nas semelhanças das leis nacionais. Alguns países, como o Benin, punem “qualquer pessoa que tenha destruído, derrubado ou desfigurado monumentos, estátuas e outros objetos destinados ao uso ou decoração pública e erigidos por ou com a autorização da autoridade pública”⁷⁸. Essa regra é semelhante à aplicada no julgamento de Karl Lingfelder citado acima, que a Comissão de Crimes de Guerra da ONU considerou semelhante ao artigo 56 dos Regulamentos da Convenção de Haia de 1907, ou seja, “que pune o mesmo tipo de delito”⁷⁹.

⁷¹ Ver a série *Law Reports of Trials of War Criminals*. Ver também WOUTERS. *The Belgian trials (1945-1951)*. In: BALKIER, D.; MICHMAN, D. *Holocaust and justice*. New York: Berghahn Books, 2010. p. 223.

⁷² Artigo III, 34, CHINA. *Law governing the Trial of War Criminals*, 24 de outubro de 1946.

⁷³ FRANÇA. Tribunal Militaire Permanent à Metz. *Jugement du 11 mars 1947, n.º 190 d'ordre annuel, n.º 2.633 de la série Générale*. Documento no arquivo do serviço histórico do Ministério da Defesa da França (SHD).

⁷⁴ Não mais em vigor.

⁷⁵ Por exemplo, Bahamas, Kiribati, Qatar, Samoa, Seychelles, Somália, Sudão, Sudão do Sul, Tanzânia, Tailândia, Tonga, Trinidad e Tobago, Tuvalu, Vanuatu, Venezuela, Iêmen, Zimbábue, entre outros.

⁷⁶ Caso n.º 51, UNWCC. *Law reports of trial of war criminals*. v. 9, 1949. p. 68.

⁷⁷ Mapa elaborado a partir do software mapchart.net.

⁷⁸ Tradução da autora. No original: “Quiconque a détruit, abattu, ou dégradé des monuments, statues et autres objets destinés à l'utilité ou à la décoration publique et élevés par l'autorité publique ou avec son autorisation, est puni d'un emprisonnement de un (01) mois à deux (02) ans et d'une amende de cinquante mille (50.000) à deux cent cinquante mille (250.000) francs CFA” Artigo 440, Código Penal de Benin.

⁷⁹ Caso n.º 51, UNWCC. *Law reports of trial of war criminals*. v. 9, 1949. p. 68.

Outros países enfatizam a importância do patrimônio cultural no tipo penal⁸⁰. Esse é o caso, por exemplo, da Geórgia, cujo código penal estabelece que: “danos ou destruição de monumentos históricos, culturais ou naturais, ou objetos ou documentos que tenham valor histórico ou cultural serão puníveis”⁸¹. Alguns países, ainda, dão proteção mais específica a certas categorias de monumentos, como a Argélia, e os símbolos da revolução. Em seu código penal, é considerado crime

profanar, destruir, mutilar ou degradar voluntariamente estelas, monumentos e placas comemorativas, cavernas e refúgios usados durante a revolução de libertação, centros de detenção e tortura ou quaisquer outros locais classificados como símbolos da revolução⁸².

Com relação aos crimes de guerra — crimes cometidos no contexto de um conflito armado —, o número de Estados que qualificam os ataques contra o patrimônio cultural como um crime de guerra é menor do que aqueles que o reconhecem como um crime comum. Além disso, dois tipos de formulações podem ser observados: os Estados que usam o texto do Estatuto de Roma (18 Estados)⁸³ e aqueles que usam as noções de bem cultural, objeto cultural ou patrimônio cultural (23 Estados)⁸⁴. O Azerbaijão, por exemplo, criminaliza, explicitamente, o saque de bens culturais, conforme o artigo 183 do Código Penal: “pilhagem de objetos ou documentos com valor histórico, científico, artísti-

co ou cultural especial, independentemente da forma de pilhagem”⁸⁵. Por outro lado, outros países, como a Holanda, referem-se, explicitamente, à Convenção de Haia de 1954 para descrever a ação como um crime de guerra. Na Seção 5 da Lei de Crimes Internacionais da Holanda de 2003, estabelece-se que:

4. Qualquer pessoa que, no caso de um conflito armado internacional, cometer intencional e ilegalmente um dos seguintes atos estará sujeita a uma pena de prisão não superior a quinze anos ou a uma multa de quinta categoria:

(a) tornar objeto de ataque um bem cultural que esteja sob proteção reforçada, conforme referido nos artigos 10 e 11 do Segundo Protocolo, concluído em Haia em 26 de março de 1999, à Convenção de Haia de 1954 para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado (Netherlands Treaty Series 1999, 107).⁸⁶

Esses dados revelam que o uso do termo “bem cultural” na definição de um crime de guerra não é universal e que a redação do crime de acordo com os Regulamentos da Convenção de 1907 (o que está presente no Estatuto de Roma) está presente na legislação nacional.

A lei nacional também pode ir além da lei internacional. Esse é o caso da definição de terrorismo dada pela Guiné, em 2016, que também constitui um novo desenvolvimento no campo dos crimes contra o patrimônio cultural:

Artigo 574. Qualquer pessoa é culpada de um ato de terrorismo e está sujeita à prisão perpétua:

1. comete qualquer ato ou ameaça de ato, qualquer que seja sua motivação, política, religiosa, ideológica, perpetrado em violação das leis penais, de tal natureza que ponha em risco a vida, a integridade física, as liberdades de uma pessoa ou grupo de pessoas, que cause ou possa causar danos à propriedade privada ou pública, à economia nacional, aos recursos naturais, ao meio ambiente ou ao patrimônio cultural, quando cometido com a intenção.⁸⁷

⁸⁰ Albânia, Andorra, Armênia, Azerbaijão, Bósnia e Herzegovina, Brasil, Bulgária, Colômbia, Costa Rica, Croácia, Cuba, Equador, Estônia, Etiópia, Rússia, Finlândia, França, Geórgia, Guatemala, Honduras, Japão, Cazaquistão, Quirguistão, Letônia, Lituânia, Nicarágua, Panamá, Peru, Portugal, Moldávia, Ruanda, Tajiquistão, Uzbequistão.

⁸¹ Tradução da autora. Na tradução em inglês disponível pela WIPO: “damage or destruction of historical, cultural or natural monuments or objects or documents which have historical or cultural value shall be punishable”. Artigo 257, Código Penal de 2000 da Geórgia.

⁸² Tradução da autora. No original: “Est puni d’un emprisonnement de un (1) à dix (10) ans et d’une amende de cinq mille (5.000) à vingt mille (20.000) DA quiconque, volontairement profane, détruit, mutile ou dégrade des stèles, des monuments et plaques commémoratives, des grottes et refuges ayant servi pendant la révolution de libération, des centres de détention et de torture ou tous autres lieux classés symboles de la révolution”. Artigo 160 quinquies do Código penal da Argélia.

⁸³ Angola, Azerbaijão, Benin, Bulgária, Cabo Verde, Camboja, Etiópia, Alemanha, Guiné, Mali, Malta, Noruega, Ruanda, Romênia, Arábia Saudita, Tajiquistão, Timor Leste, Estados Unidos.

⁸⁴ Andorra, Armênia, Austrália, Bélgica, Chile, Colômbia, Costa Rica, Croácia, Estônia, Geórgia, Hungria, Montenegro, antiga República da Macedônia, Níger, Filipinas, Polônia, Portugal, Senegal, Eslováquia, Eslovênia, Sérvia, Espanha, Holanda, Nova Zelândia.

⁸⁵ Tradução da autora. Na tradução em inglês disponível pela WIPO: “plunder of subjects or documents having special historical, scientific, art or cultural value, irrespective of plunder way”.

⁸⁶ Tradução da autora. Na tradução em inglês disponível pela WIPO: “4. Anyone who, in the case of an international armed conflict, intentionally and unlawfully commits one of the following acts shall be liable to a term of imprisonment not exceeding fifteen years or a fifth category fine: (a) making the object of attack cultural property that is under enhanced protection as referred to in articles 10 and 11 of the Second Protocol, concluded in The Hague on 26 March 1999, to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (Netherlands Treaty Series 1999, 107)”.

⁸⁷ Tradução da autora. No original: “Est coupable d’acte de terrorisme et encourt la réclusion criminelle à perpétuité, quiconque: 1.

Essa também é a definição dada pelo Protocolo de Malabo⁸⁸, que acrescenta jurisdição criminal à Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos⁸⁹. Sobre esse assunto, o Conselho de Segurança das Nações Unidas considerou que os ataques ao patrimônio cultural, incluindo o tráfico ilícito de bens culturais, podem estar ligados ao terrorismo, especialmente ao financiamento do terrorismo. No entanto, o Código Penal da Guiné vai além e qualifica como terrorismo, inclusive, o ataque ao patrimônio cultural, caso haja a intenção de intimidação, provocação de terror e perturbação da vida. Observa-se, assim, que tal incriminação não é possível em um julgamento perante o TPI e, portanto, caso um ato similar seja cometido, a análise de tal crime por um tribunal nacional será mais abrangente e adequada.

Com base nas leis nacionais analisadas, pode-se concluir que os ataques ao patrimônio cultural, sem necessidade militar, são reconhecidos globalmente como crimes de guerra. Assim, se a legislação nacional permitir uma proteção mais ampla do patrimônio cultural, pode ser benéfico deixar a cargo das jurisdições nacionais a responsabilização dos responsáveis por crimes contra o patrimônio cultural. Entretanto, outros parâmetros podem interferir no desempenho dos tribunais nacionais, como a justiça e a imparcialidade dos tribunais, o conhecimento dos juízes sobre o direito penal internacional, entre outros. Portanto, esse parâmetro não pode ser analisado independentemente de outros fatores que afetam os tribunais nacionais.

commet tout acte ou menace d'acte, quelle que soit sa motivation, politique, religieuse, idéologique, perpétré en violation des lois pénales, de nature à mettre en danger la vie, l'intégrité physique, les libertés d'une personne ou d'un groupe de personnes, qui occasionne ou peut occasionner des dommages aux biens privés ou publics, à l'économie nationale, aux ressources naturelles, à l'environnement ou au patrimoine culturel, lorsqu'il est commis dans l'intention⁹⁰.

⁸⁸ Artigo 28G do PROTOCOLO sobre Emendas ao Protocolo sobre o Estatuto da Corte Africana de Justiça e Direitos Humanos, adotado em 27 jun. 2014.

⁸⁹ Apenas 15 Estados ratificaram o Protocolo, a saber: Benin (2015), Comores (2018), Congo (2015), Guiné Equatorial (2019), Gana (2016), Guiné-Bissau (2015), Guiné (2018), Quênia (2015), Moçambique (2018), Mauritânia (2015), Serra Leoa (2016), São Tomé e Príncipe (2016), Togo (2019), Uganda (2019). Dados retirados do site em 2019: <https://au.int/fr/treaties/protocole-relatif-aux-amendements-au-protocole-sur-le-statut-de-la-cour-africaine-de>. Ver MUBIALA, M. Chronique de droit pénal de l'Union Africaine: l'élargissement du mandat de la Cour Africaine de Justice et des Droits de L'Homme aux affaires de droit international penal. *Revue Internationale du Droit Penal*, v. 85, p. 749.; MANIRABONA, A. La compétence de la future Cour Pénale Africaine à l'égard des personnes morales: propositions en vue du renforcement de ce régime inédit. *Canadian Yearbook of International Law*, v. 55, 2018. p. 293.

Como exemplo, pode-se citar o caso da Ucrânia. Antes de 2021, a legislação ucraniana apresentava uma lacuna no reconhecimento dos crimes de guerra. Por isso, na Ucrânia, os crimes de guerra eram investigados como infrações penais gerais. Nesse sentido, o artigo 438 do Código Penal da Ucrânia é utilizado para colmatar essa lacuna. Esse artigo estabelece dentre as definições de violações das leis da guerra a pilhagem do tesouro nacional⁹⁰ em território ocupado. Tal crime não está estabelecido pelo TPI, que tipifica somente o crime geral de pilhagem. Em relação a crimes específicos contra o patrimônio cultural, o Código Penal Ucraniano, de 5 de abril de 2001 (alterado em 26 de abril de 2017), tipificou os atos de realização ilegal de trabalhos de pesquisa no projeto de patrimônio arqueológico, extermínio, destruição ou dano a objetos do patrimônio cultural, não considerados como crimes internacionais pelo TPI. Assim, em caso de identificação desse crime, a mobilização de cortes nacionais pode parecer mais adequada.

A partir da breve análise da legislação ucraniana, a possibilidade de julgar crimes contra o patrimônio cultural em tribunais nacionais poderia ser mais vantajosa, pois poderia incluir mais situações que, de outra forma, o TPI não teria jurisdição. No entanto, como já mencionado, o governo ucraniano encaminhou a situação ao Tribunal Penal Internacional, demonstrando uma preferência pelo uso da jurisdição internacional.

Além disso, em uma análise mais ampla sobre outros parâmetros e outros crimes, pode-se concluir que uma jurisdição internacional é a melhor opção para processar outros crimes, como agressão e outros crimes de guerra, e crimes contra a humanidade, conforme indica o encaminhamento feito pela Ucrânia. Nesse caso, o TPI pode ser escolhido para avaliar a situação. Assim, pode ser interessante deixar que os crimes contra o patrimônio cultural que não possam ser processados pelo TPI sejam julgados pelos tribunais nacionais. O TPIII utilizou essa solução. Nesse caso, a investigação realizada pelo Promotor do TPIII foi transferida para os tribunais nacionais⁹¹.

Essa regra não existe nas Regras de Procedimento e Prova do TPI, mas não houve nenhuma razão para que essa solução não possa ser implementada pelo Gabinete do Procurador do TPI quando necessário e adequa-

⁹⁰ Entendido como sinônimo de bem cultural.

⁹¹ TPIII. *Transfer of cases*. Disponível em: <https://www.icty.org/en/cases/transfer-cases>. Acesso em: 29 jun. 2023.

do. Outra solução possível para combater a vantagem dos instrumentos jurídicos do TPI e da Ucrânia seria a criação de um tribunal híbrido. Nesses casos, as leis nacionais e internacionais são aplicáveis. Assim, os crimes contra o patrimônio cultural, conforme o estabelecido pela lei nacional da Ucrânia, poderiam ser julgados em uma jurisdição híbrida.

Entretanto, para chegar a essa conclusão, é necessária uma análise mais ampla. Por exemplo, outro fator que deve ser considerado é a independência e a imparcialidade dos tribunais nacionais⁹². Para isso, um parâmetro interessante a ser examinado é o conhecimento dos juízes ucranianos sobre os crimes internacionais estabelecidos pelos instrumentos internacionais ratificados pelo Estado. Dependendo do resultado, a transferência de casos para os tribunais nacionais pode ser improdutiva.

Além disso, no caso específico da Ucrânia, levantaram-se algumas preocupações sobre a condução de julgamentos relativos a crimes de guerra. Em um caso de 2011, perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte constatou que houve intervenção em processos judiciais no judiciário ucraniano e a caracterizou como “incompatível com a noção de um ‘tribunal independente e imparcial’ no Artigo 6(1)”⁹³. É claro que esse processamento pode ser um evento isolado em relação ao judiciário ucraniano.

O Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos levantou preocupações com relação à responsabilização por crimes de guerra na Ucrânia⁹⁴. De acordo com o Relatório de 2021, “os tribunais ucranianos proferiram 24 veredictos à revelia em processos criminais relacionados a conflitos contra 26 indivíduos (todos eles veredictos de culpa)” referentes a crimes contra a segurança nacional, crimes contra a segurança pública e crimes contra a paz e a humanidade⁹⁵. Em junho de 2022, teve início o julgamento *in absentia* de um processo de crimes de guerra por delitos sexuais cometidos durante o conflito.

Além disso, um julgamento recente sobre crimes cometidos durante a guerra também gerou preocupações. Nesse caso, um soldado russo de 21 anos foi considerado culpado do crime de guerra de matar civis intencionalmente, de acordo com o artigo 438(2) do Código Penal Ucraniano⁹⁶. Primeiramente, a sentença não foi disponibilizada, mesmo que o julgamento tenha sido público⁹⁷. Além disso, alguns doutrinadores argumentaram que a sentença de prisão perpétua é desproporcional, já que apenas um civil foi morto⁹⁸. É claro que esse pode ser um evento isolado, entretanto, isso pode indicar que seria preferível tratar essa situação no TPI ou perante uma jurisdição híbrida.

Exemplos como este demonstram que a tipificação do crime não pode ser o único fator para determinar qual jurisdição deve ser utilizada para julgar os responsáveis por crimes internacionais. Deve-se, contudo, incluir na análise o tipo penal estabelecido pela jurisdição escolhida, tendo em vista que certos atos, reconhecidos pelo Direito Internacional Humanitário como violações, podem ficar fora de seu campo de competência.

6 Considerações finais

A responsabilização por crimes contra o patrimônio cultural está inscrita em uma discussão mais ampla sobre qual jurisdição é adequada para avaliar crimes ocorridos durante um conflito armado: tribunais nacionais, mistos ou internacionais? A resposta a essa pergunta requer a consideração de vários fatores que não podem ser analisados em um único artigo. Este artigo se concentrou em apenas um parâmetro dessa discussão: a adequação do crime que cada jurisdição tem competência para julgar.

A partir de uma análise teórica, pode-se observar que o TPI tem jurisdição limitada para julgar crimes contra bens culturais. Ele só pode avaliar ataques intencionais

⁹² ILA. *Report on positive complementarity*. 2022. Disponível em: https://www.ila-hq.org/images/ILA/docs/ILA_2022/ILA_report_complementarity_Lisbon_FINAL.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁹³ ECHR. *Agrokompleks v. Ukraine*. Applic. No. 23465/03, 6 out. 2011.

⁹⁴ OHCHR. *Report on the human rights situation in Ukraine*. 1 ago. 2021/31 jan. 2022. p. 64.

⁹⁵ OHCHR. *Report on the human rights situation in Ukraine*. 1 ago. 2021/31 jan. 2022. p. 60.

⁹⁶ AMBOS, Kai. Ukrainian prosecution of ICC Statute Crimes: fair, independent and impartial? *EJIL Talk!*, 10 jun. 2022. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/ukrainian-prosecution-of-icc-statute-crimes-fair-independent-and-impartial/>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁹⁷ AMBOS, Kai. Ukrainian prosecution of ICC Statute Crimes: fair, independent and impartial? *EJIL Talk!*, 10 jun. 2022. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/ukrainian-prosecution-of-icc-statute-crimes-fair-independent-and-impartial/>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁹⁸ AMBOS, Kai. Ukrainian prosecution of ICC Statute Crimes: fair, independent and impartial? *EJIL Talk!*, 10 jun. 2022. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/ukrainian-prosecution-of-icc-statute-crimes-fair-independent-and-impartial/>. Acesso em: 29 jun. 2022.

contra bens culturais. Além disso, a definição do ataque em si não está pacífica na jurisprudência do tribunal gerando incertezas. Essa incerteza pode impedir a responsabilização de crimes contra o patrimônio cultural.

A legislação nacional, por sua vez, pode ter uma proteção mais ampla do patrimônio cultural e, portanto, os tribunais nacionais podem julgar mais tipos de danos e destruição de bens culturais. Isso, é claro, depende do Estado onde o crime foi cometido, pois os crimes variam significativamente. No entanto, as legislações nacionais estão abrindo novos caminhos em outros aspectos, como a ampliação da qualificação de ataques ao patrimônio cultural como crime de terrorismo.

Entretanto, esse não é o único fator que afeta a responsabilização por crimes contra o patrimônio cultural. Para escolher a jurisdição mais adequada, é necessária uma análise do sistema judicial nacional juntamente com os tipos penais. O impacto de tais fatores pode ser observado no estudo de caso ucraniano. Mesmo que a legislação nacional ucraniana pareça mais atraente para julgar os danos e a destruição do patrimônio cultural denunciados, é incerto se os tribunais nacionais podem conduzir tais julgamentos, já que o próprio Estado da Ucrânia encaminhou o caso ao TPI.

Uma solução híbrida pode, assim, ser mais adequada. Não obstante, os tribunais híbridos também exigem recursos que não se sabe se estão disponíveis ou se são mecanismos adequados para os outros crimes supostamente cometidos durante o conflito. Portanto, se o TPI for a jurisdição escolhida para avaliar a situação ucraniana, um encaminhamento “invertido” pode ser a solução, na qual o Promotor do TPI transfere informações sobre casos que poderiam ser julgados na jurisdição internacional para os tribunais nacionais ou jurisdições mistas, para que haja uma melhor responsabilização pelos crimes contra o patrimônio cultural. Essa solução, é claro, depende do respeito a outros fatores, como a imparcialidade e o treinamento adequado da jurisdição escolhida para julgar esses casos.

Referências

AFFAIRE Vogelgesan. *Journal du Droit International*, v. 42, p. 54-55, 1915.

AMBOS, Kai. Ukrainian prosecution of ICC Statute Crimes: fair, independent and impartial? *EJIL Talk!*, 10 jun. 2022. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/ukrainian-prosecution-of-icc-statute-crimes-fair-independent-and-impartial/>. Acesso em: 29 jun. 2022.

BASSIOUNI, C.; NAFZIGER, J. Protection of cultural property. In: BASSIOUNI, M. C. *International criminal law: crimes*. Boston: Kluwer Law International, 1999.

BIAZATTI, Bruno. The future in the past?: the replication of existing treaty language in the making of the ILC's draft articles on crimes against humanity. *The European Journal of International Law*, v. 34, n. 2, p. 449-489, 2023.

BLAKE, Janet. On defining the cultural heritage. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 49, n. 1, p. 61-85, 2000.

BRASIL. *Decreto n. 849, de 25 de junho de 1993*. Promulga os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados.

CAMBOJA. *Lei No. NS/RKM/0801/12 KRAM, 27 de outubro de 2004*. La loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens.

CHINA. *Law governing the Trial of War Criminals, 24 de outubro de 1946*.

COMMISSION on the responsibility of the authors of the war and on enforcement of penalties. *American Journal of International Law*, v. 20, p. 95-154, 1920.

CONFÉRENCE DES PRÉLIMINAIRES DE PAIX. Commission des Responsabilités des Auteurs de la Guerre et Sanctions. *Septième séance (lundi 17 mars 1919)*. Acervo da Bibliothèque Nationale de France, referência, FOL-GW-888 (1,7).

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 1757 (2007)*.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2347 (2017)*.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 827 (1993) estabelecendo o TPII*.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 955 (1994) estabelecendo o Tribunal para Ruanda*.

- DADRIAN, Vahakn. The series of major trials and the related verdicts: falsification of the arguments of ‘Relocation’, ‘Civil War’, and ‘Intercommunal Clashes’. In: DADRIAN, Vahakn; AKÇAM, Taner. *Judgment at Istanbul: the Armenian genocide trials*. New York: Berghahn Book, 2011. p. 108.
- DUMAS, Jacques. *Les sanctions pénales des crimes allemands*. Paris: Rousseau, 1916.
- ECHR. *Agrokompleks v. Ukraine*. Applic. No. 23465/03, 6 out. 2011.
- ELLIS, Mark. The ICC’s role in combatting the destruction of cultural heritage. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 49, p. 23-62, 2017.
- EMA. Les sanctions du droit des gens. *Parlement et L’Opinion*, v. 5, p. 15, 1915.
- ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. La “gravité” dans la jurisprudence de la Cour Pénale Internationale à propos des crimes de guerre. *Revue Internationale de Droit Penal*, v. 82, p. 541-548, 2011.
- FABRIS, Alice Lopes. *La notion de crime contre le patrimoine culturel en droit international*. Paris: IFJD/LGDJ, 2022.
- FRANÇA. Tribunal de Guerre Permanent à Châlons-sur-Marne. *Judgment of par défaut du 9 août 1921, n° 130 d’ordre annuel*.
- FRANÇA. Tribunal Militaire Permanent à Metz. *Jugement du 11 mars 1947, n.° 190 d’ordre annuel, n° 2.633 de la série Générale*.
- FRIGO, Manlio. Cultural property v. cultural heritage: a “battle of concepts” in international law? *International Review of the Red Cross*, v. 86, p. 367-378, 2004.
- HALL, Christopher. The first proposal for a Permanent International Criminal Court. *International Review of Red Cross*, v. 829, p. 57, 1998.
- ICC. Office of the Prosecutor. *Policy on cultural heritage*. Jun. 2021.
- ICRC. *Attacks*. 2022. Disponível em: <https://casebook.icrc.org/glossary/attacks>. Acesso em: 29 jun. 2022.
- ILA. *Report on positive complementarity*. 2022. Disponível em: https://www.ila-hq.org/images/ILA/docs/ILA_2022/ILA_report_complementarity_Lisbon_FINAL.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022.
- JEFFRIES, Stuart. Isis’s destruction of Palmyra: ‘the heart has been ripped out of the city’. *The Guardian*, 2 set. 2022. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/02/isis-destruction-of-palmyra-syria-heart-been-ripped-out-of-the-city>. Acesso em: 29 jun. 2022.
- KOSOVO. *Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor’s Office*. Réf. 05/L-053, 3 ago. 2015.
- MAINETTI, V. De Nuremberg à La Haye: l’émergence des crimes contre la culture et la pratique des tribunaux internationaux. In: NEGRI, Vincent. *Le patrimoine culturel, cible des conflits armés: de la guerre civile espagnole aux guerres du 21e siècle*. Bruxelles: Bruylant, 2014. p. 157-158.
- MANIRABONA, A. La compétence de la future Cour Pénale Africaine à l’égard des personnes morales: propositions en vue du renforcement de ce régime inédit. *Canadian Yearbook of International Law*, v. 55, p. 293, 2018.
- MÉRIGNHAC, Alexandre. De la sanction. *Revue Générale de Droit International Public*, v. 24, p. 5-40, 1917.
- MORIN, Achile. *Les lois relatives à la guerre, selon le droit des gens moderne, le droit public et le droit criminel des pays civilisés*. Paris: Cosse, Marchal et Billard, 1872. v. 2.
- MOSUL: a city still in ruins, two years after defeat of IS. *BBC*, 3 abr. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-47777052>. Acesso em: 29 jun. 2022.
- MUBIALA, M. Chronique de droit pénal de l’Union Africaine: l’élargissement du mandat de la Cour Africaine de Justice et des Droits de L’Homme aux affaires de droit international penal. *Revue Internationale du Droit Penal*, v. 85, p. 749.
- MUHARREMI, R. The concept of hybrid courts revisited: the case of the Kosovo specialist chambers. *International Criminal Law Review*, v. 18, n. 4, p. 623, 2018.
- O’KEEFE, Roger. Protection of cultural property under international criminal law. *Melbourne Journal of International Law*, v. 11, n. 2, 2010. Disponível em: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2010/13.html>. Acesso em: 31 mar. 2023.
- OHCHR. *Report on the human rights situation in Ukraine*. 1 ago. 2021/31 jan. 2022.
- PROTOCOLO sobre Emendas ao Protocolo sobre o Estatuto da Corte Africana de Justiça e Direitos Humanos, adotado em 27 jun. 2014.

- PROTT, Lyndel; O'KEEFE, Patrick. 'Cultural heritage' or 'cultural property'? *International Journal of Cultural Property*, v. 1, n. 2, p. 307-320, 1992.
- RENAULT, Louis. Rapport: dans quelle mesure le droit pénal peut-il s'appliquer à des faits de guerre contraires au droit des gens? *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, p. 405-420, 1915.
- ROBICHEZ, Juliette. A destruição deliberada do patrimônio cultural da humanidade: "crime de guerra" ou "crime contra a humanidade"? *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, p. 359, 2023.
- ROMANO, C. Mixed criminal tribunals (Sierra Leone, East Timor, Kosovo, Cambodia). In: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e173>. Acesso em: 31 mar. 2023.
- SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelles: Bruylant, 2001.
- SANDOZ, Y.; SWINARSKI, C.; ZIMMERMANN, B. *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*. Genève: CICR, 1986.
- SCHABAS, William. Al Mahdi has been convicted of a crime he did not commit. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 49, p. 75-102, 2017.
- STEVENS, Matt. Treasured paintings burned. *New York Times*, 22 mar. 2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2022/02/28/arts/design/maria-prima-chenko-paintings-destroyed-ukraine.html>. Acesso em: 29 jun. 2022.
- SZUREK, S. Historique: la formation du droit international pénal. In: ASCENSIO, Herve; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Allan. *Droit international pénal*. Paris: Pedone, 2000. p. 21-36.
- TIMOR LESTE. *Regulamento 2000/15 sobre a criação de câmaras com jurisdição exclusiva sobre delitos criminais graves*. UNTAET/REG/2000/15, 6 jun. 2000.
- TOMAN, Jiri. *La protection des biens culturels en cas de conflit armé*. Paris: Unesco, 1994.
- TOMAN, Jiri. *Les biens culturels en temps de guerre. quel progrès en faveur de leur protection?* Paris: Unesco, 2015.
- TPI. Amicus curiae observations pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence on Behalf of the Antiquities Coalition. Blue Shield International and Genocide Watch. *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*. Caso No. ICC-01/04-02/06, 18 set. 2020.
- TPI. Julgamento. *Prosecutor v. Al-Mahdi*. Caso No. ICC-01/12-01/15-171, Trial Chamber VIII, 27 set. 2016.
- TPI. Julgamento. *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*. Caso No. ICC-01/04-02/06-2359, Trial Chamber VI, 8 jul. 2019.
- TPI. Julgamento. *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*. Caso No. ICC-01/04-02/06-2359, Appeal Chamber, 30 mar. 2021.
- TPI. Rectificatif à la décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud. *Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*. Case No. ICC-01/12-01/18, Pre-Trial Chamber I, 13 nov. 2019.
- TPII. Julgamento. *Prosecutor v. Hadžibasanović and Kubura*. Caso No. IT-01-47-T, Trial Chamber, 15 mar. 2006.
- TPII. Julgamento. *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*. Caso No. IT-95-14/2-T, Trial Chamber, 26 fev. 2001.
- TPII. Julgamento. *Prosecutor v. Miodrag Jokić*. Caso No. IT-01-42/1-S, Trial Chamber, 18 mar. 2004.
- TPII. Julgamento. *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*. Caso No. IT-98-34-T, Trial Chamber, 31 mar. 2003.
- TPII. Julgamento. *Prosecutor v. Pavle Strugar*. Caso No. IT-01-42-T, Trial Chamber II, 31 jan. 2005.
- TPII. *Transfer of cases*. Disponível em: <https://www.icty.org/en/cases/transfer-cases>. Acesso em: 29 jun. 2023.
- TRIFFTERER, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article*. 2. ed. München: C.H. Beck, 2008.
- TROIMAU. Deux pillards allemands condamnés à mort. *Echo de Paris*, 6 out. 1914.
- UNWCC. *Draft Convention for the Creation of an International Criminal Court submitted to the London International Assembly*. Acervo dos Arquivos Nacionais da França, referência 382AP/68.
- UNWCC. *Law reports of trial of war criminals*. v. 9, p. 68, 1949.
- WIERCZYŃSKA, K.; JAKUBOWSKI, A. Individual responsibility for deliberate destruction of cultural heritage: contextualizing the ICC judgment in the Al-Mahdi

case. *Chinese Journal of International Law*, v. 16, n. 4, p. 695, 2017.

WOUTERS. The Belgian trials (1945-1951). In: BALKIER, D.; MICHMAN, D. *Holocaust and justice*. New York: Berghahn Books, 2010.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**La participación de las víctimas
en los Tribunales Penales
Militares Internacionales,
Tribunales Penales Ad-Hoc y
Corte Penal Internacional**

**Victim participation in
International Military Criminal
Tribunals, Ad-Hoc Criminal
Tribunals and International
Criminal Court**

Cristina Montalvo

Cecilia Giovannetti

VOLUME 21 • N. 1 • 2024
INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: 25 YEARS

La participación de las víctimas en los Tribunales Penales Militares Internacionales, Tribunales Penales Ad-Hoc y Corte Penal Internacional*

Victim participation in International Military Criminal Tribunals, Ad-Hoc Criminal Tribunals and International Criminal Court

Cristina Montalvo**

Cecilia Giovannetti***

Resumen

El presente artículo analiza a la víctima en tres escenarios penales internacionales, como lo son los Tribunales Penales Militares Internacionales, Tribunales Penales Ad-Hoc y Corte Penal Internacional, teniendo como objetivo identificar su rol y participación en los mismos, partiendo del supuesto que su tratamiento ante estos escenarios ha sido como testigo, y no como víctima. Para demostrarlo se acudió al análisis de contenido y revisión de las Reglas de Prueba y Procedimiento de dichos Tribunales en comparación con la reglamentación sobre la participación de las víctimas contempladas en el ER, bajo la técnica de derecho comparado. Como conclusión se señala que las víctimas ante estos escenarios judiciales han sido tratadas como víctima-testigo y que en el caso de la Corte Penal Internacional, a pesar de los avances significativos en su normatividad, debe apuntarle al fortalecimiento de sus derechos y a la efectiva participación en todas las etapas procesales. La originalidad del artículo radica en que desarrolla un ejercicio de derecho comparado e histórico, del tratamiento y participación de la víctima en el Derecho Penal Internacional.

Palabras clave: víctima; víctima-testigo; participación de las víctimas; Corte Penal Internacional; Tribunales Penales Militares Internacionales; Tribunales Penales Ad-Hoc.

Abstract

This article analyzes victims in three international criminal scenarios, such as International Military Criminal Courts, Ad-Hoc Criminal Courts and the International Criminal Court, with the aim of identifying their role and participation in these tribunals based on the assumption that victims' treatment before these scenarios have been as a witness, and not as a victim. To demonstrate this, it was implemented the methodology of content analysis and review of the Rules of Evidence and Procedure of the Tribunals mentioned above, in comparison with the regulations on the participation of victims

* Recibido em 01/08/2023
Aprovado em 09/08/2024

** Decana Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico (Barranquilla – Colombia). Doctora Honores Causa de la Universidad Nacional de Ucayali (Perú); Doctora Cum Laude en Derecho, Magister en Derecho de la Universidad del Norte (Barranquilla); Abogada de la Universidad Libre de Barranquilla. Investigadora en categoría Asociada del grupo Depcipe (B) de la Uniatlántico
E-mail: cgiovannetti@mail.uniatlantico.edu.co

*** Máster en Derecho de la Universidad de Melbourne, Melbourne (Australia). Abogada de la Universidad del Atlántico, Barranquilla (Colombia). Profesional en Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte, Barranquilla, (Colombia). Docente de Derecho Internacional y Derecho de Organizaciones Internacionales, Universidad del Atlántico, Barranquilla (Colombia). Investigador del grupo de investigación “INVIUS” de la Universidad del Atlántico.
E-mail: cgiovannetti@mail.uniatlantico.edu.co - cgiovannetti@uinorte.edu.co

included in the Rome Statute, under the technique of comparative law. As conclusion, authors argue that victims before these judicial scenarios have been treated as victim-witness and in the case of the International Criminal Court, even though there is a significant process, this judicial body must strengthen their rights and effective participation in all procedural stages. The originality of the article lies in the fact that it develops an exercise of comparative law and historical review of the treatment and participation of the victim in International Criminal Law.

Key Word: victim; victim-witness; victim participation; International Criminal Court; International Military Criminal Tribunals; Ad-Hoc Criminal Tribunals.

1 Introducción

Durante el periodo conocido como postguerra de la Segunda Guerra Mundial (1945-1947) se crean los denominados Tribunales Militares Internacionales y los Tribunales Penales Ad-hoc, siendo la primera referencia el Tribunal Penal Militar de Núremberg (TPMN) creado por los Gobiernos de Estados Unidos, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Francia, Reino Unido e Irlanda en 1945 para el enjuiciamiento de los victimarios de los millones de judíos víctimas.¹ El caso siguiente se ubica con el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente, constituido en 1946 como un órgano de justicia para juzgar a los militares japoneses por los crímenes cometidos en el curso de la Segunda Guerra Mundial.²

La creación de los Tribunales Penales Militares Internacionales evidencia, por un lado, la necesidad de juzgar los crímenes de guerra (violación de las leyes de guerra); crímenes contra la humanidad (exterminio, deportaciones y genocidio); y crímenes contra la paz (planear, instigar y librar guerras de agresión violando los acuerdos y tratados internacionales) que se cometieron en el marco de la segunda guerra mundial. Por otro lado, evidencia los millones de víctimas que padecieron los daños y perjuicios de estos crímenes. Con esto, resulta

pertinente revisar su participación o no durante el desarrollo de estos juicios militares internacionales, donde se ha partido del supuesto que de que estas fueron tratadas de manera generalizada como testigos para declarar su percepción de los hechos, con miras a establecer responsabilidades penales.

Por otro lado, a finales del siglo pasado, exactamente en la década de los noventa, se da la conformación de los distintos Tribunales Penales Ad-hoc como una iniciativa o propuesta de las Naciones Unidas para juzgar las violaciones graves y masivas de Derechos Humanos cometidas en determinados conflictos armados, partiendo de la hipótesis que las víctimas han actuado y simultáneamente en calidad de víctima-testigo en estos tribunales. Esto hace oportuno analizar el tratamiento legal que se les ha venido dando ante dichos tribunales, donde al parecer, no participan como lo que son: víctimas, y en deuda de que surja, a partir de su participación, el consecuente tratamiento y atención para ellas.

Estos Tribunales Penales Ad Hoc al mismo tiempo se conciben como “antecedentes inmediatos del Estatuto de Roma (en adelante ER) y del advenimiento de la Corte Penal Internacional”.³ Entre ellos se ubican el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY) instaurado en 1993 para enjuiciar las violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario en territorio ex-Yugoslavo desde 1991⁴, el de Ruanda instalado en 1994 para enjuiciar y sentenciar a personas responsables de genocidio y otras violaciones serias de la Ley Internacional Humanitaria cometidas en el territorio ruandés y frente a ciudadanos ruandeses que cometieron genocidio en territorios de Estados vecinos entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994⁵; Sierra Leona creado en el año 2002⁶; Camboya en el 2003 para

³ MEJÍA, J. C. Un acercamiento al establecimiento de los tribunales internacionales modernos. *Prolegómenos: derechos y valores*, v. 12, n. 23, p. 201-219, 2009.

⁴ APONTE, A. *Persecución penal de crímenes internacionales*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2011.

⁵ COLEGIO DE ABOGADOS DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL. *Tribunal Penal Internacional para Ruanda*. [s.d.]. Disponible en: <https://www.bpi-icb.com/es/noticias/otros-tribunales/tribunal-penal-internacional-para-rwanda>. Acceso en: 30 jul. 2023. APONTE, A. *Persecución penal de crímenes internacionales*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2011.

⁶ LÓPEZ, L. *Colección grandes fallos de la justicia penal internacional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2019. v. 5. BLANC, A. El Tribunal Especial para Sierra Leona: un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del derecho internacional humanitario. *Anuario Español de Derecho Internacional*, v. 19, p. 101-137, 2003.

¹ CUERVO, B. *et al.* Centro de Investigación de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas. *Revista Vínculos*, v. 11, n. 1, p. 124-161, 2014.

² CARVAJAL, S.; REINA, A.; SERNA, J. *Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente*. [s.d.].

tratar los crímenes contra la Humanidad cometidos por los Jemeres Rojos en su exterminador régimen de la segunda década de los setenta⁷; y el Líbano creado en el año 2007, pero inició labores en marzo de 2009, para enjuiciar a los responsables del atentado llevado a cabo el 14 de febrero de 2005 en Beirut, que segó la vida del ex primer ministro Rafiq Hariri y de 22 personas más.⁸

Para efectos de este artículo, se acoge el concepto de víctima derivado de la Regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba –RPP– de la CPI en el que se indica que “Victims means natural persons who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court”⁹; si bien también se señala que las organizaciones o instituciones afectadas también podrán ser consideradas como víctimas, en el caso de este documento únicamente se estudiará las personas naturales categorizadas como tal.

Por su parte, se propone como víctima-testigo, una categoría o tipología de víctima planteada para demostrar que en ciertos procesos judiciales y extrajudiciales transicionales o no, la víctima ha cumplido un rol de testigo de su propia victimización con dos finalidades: que los tribunales decreten responsabilidades penales de los autores del hecho victimizante o para reconocer derechos de esta población.

En lo referente a contextualizar la participación de las víctimas, se halla que a la luz del artículo 68 numeral 3 del ER el concepto de participación se refiere al derecho otorgado a esta población de presentar sus opiniones y observaciones, el cual podrá ser limitado en cumplimiento del Estatuto mismo, tal como será elaborado en el desarrollo del artículo.

Atendiendo a los aspectos y contextualización teórica arriba esbozados, entonces es preciso señalar, que este trabajo desarrolla esencialmente la limitada y errada participación de la víctima en los Tribunales Penales Militares Internacionales, Tribunales Penales Ad-Hoc y

Corte Penal Internacional (en adelante CPI); mediante la técnica de análisis de contenido, para lo cual fue necesario identificar la definición de víctima y sus posibilidades de participar en los juicios militares internacionales de Nuremberg y Tokio de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba de los mismos. En igual sentido, fue menester revisar las reglas de prueba y procedimiento de los tribunales penales ad hoc que fueron seleccionados para este estudio.¹⁰

Finalmente, y para efectos de comparación, fueron analizadas las normas sobre participación de las víctimas contempladas en el ER, llevando a concluir que la víctima ha cumplido un limitado rol de testigo y que la CPI tiene retos para la efectiva participación, protección, atención y reconocimiento de sus derechos, ya que se utiliza su dolorosa vivencia como prueba testimonial con miras a responsabilizar a los acusados, por lo que su participación se torna relevante para efectos probatorios, pero no para efectos del reconocimiento de sus derechos.

2 El limitado rol de testigo de las víctimas en los Tribunales Penales Militares Internacionales

Los Tribunales Militares de Núremberg y de Tokio se constituyen como órganos judiciales que nacen con la intención de llevar a juicio a aquellos sujetos responsables o que consintieron la ejecución de crímenes de guerra durante la segunda guerra mundial. En estos, no se encuentran amplios antecedentes en sus Estatutos, práctica o jurisprudencia sobre la inclusión de los derechos de las víctimas, limitándose estas a ser testigos y “sin preverse ningún derecho para protegerlas antes, durante y después de la prestación de su testimonio”.¹¹ Es a partir del establecimiento del ER, cuando se les incluye como una parte legítima e independiente en los procedimientos,¹² de tal forma que, en dichos Tribuna-

⁷ MEJÍA, J. C. Un acercamiento al establecimiento de los tribunales internacionales modernos. *Prolegómenos: derechos y valores*, v. 12, n. 23, p. 201-219, 2009. BERNATH, J. ‘Complex political victims’ in the aftermath of mass atrocity: reflections on the Khmer Rouge Tribunal in Cambodia. *International Journal of Transitional Justice*, v. 10, n. 1, p. 46-66, 2016.

⁸ UNITED NATIONS. Audiovisual Library of International Law. *Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano*. c2023. Disponible en: www.un.org/law/avl. Acceso en: 30 jul. 2023.

⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *ICC-ASP/1/3/ Rules of Procedure and Evidence*, 20 mar. 2002. rule 85.

¹⁰ MONTALVO, C. *Tipologías victimológicas del conflicto interno armado colombiano*. Barranquilla: Universidad del Norte, 2021.

¹¹ GIMÉNEZ, J. *La posición de las víctimas de graves crímenes internacionales ante los tribunales militares internacionales y los tribunales penales internacionales*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2017. pág. 39.

¹² GONZÁLEZ, P. V. El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte. *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 3, n. 5, p. 18-41, 2006. RAINER, H. De Nuremberg a La Haya: los crímenes de derechos humanos ante la justicia. Problemas, avances

les sus tratados o estatutos no incluyeron una definición de víctima, una oficina de atención, asistencia y protección a víctimas, ni incorporaron disposiciones referentes a la reparación.¹³

En el caso de Núremberg, los jueces escucharon a 94 testigos de los hechos ocurridos en la Alemania Nazi para establecer la responsabilidad individual, la responsabilidad de las organizaciones criminales y la responsabilidad en las órdenes dadas por el superior, de lo que surgieron 7 principios de dichos juicios, en los que se observa una omisión sobre el papel de las víctimas, pero lo cierto es que fungieron como testigos.¹⁴ Este aspecto puede ser aducido al papel que ejerció el fiscal americano en estos juicios, cuya influencia en el sistema *common law* primó, donde las víctimas no pueden participar como partes y carecen de derechos sustantivos.¹⁵

En cuanto a Tokio, los jueces escucharon 1300 testimonios sobre los hechos ocurridos desde el 1 de enero de 1928 hasta el 2 de septiembre de 1945,¹⁶ con el objetivo de investigar y juzgar a los responsables de la denominada guerra del pacífico.¹⁷ Sin embargo, en estos juicios si es posible ubicar un referente sobre los derechos de las víctimas, específicamente al pronunciarse sobre la omisión de 7 militares que no realizaron los esfuerzos necesarios para frenar los crímenes y reparar a las víctimas: “el cargo 55, que establecía el deber de evitar los crímenes internacionales y subsanar sus efectos si éstos llegasen a producirse”.¹⁸ Este cargo 55 puede percibirse como un antecedente del derecho a reparar y a la no

repetición que hoy en día se consagran como derechos de las víctimas en varios instrumentos internacionales.

3 Rol de la víctima-testigo en los Tribunales Penales Ad-Hoc

En cuanto a los tribunales penales ad hoc para la Antigua Yugoslavia, para Ruanda y Sierra Leona, se tiene que la Regla de Procedimiento y Prueba (RPP) 2A contempló una definición de víctima: “a person against whom a crime over which the Tribunal has jurisdiction has allegedly been committed”.¹⁹ Este concepto pudo darse gracias a la previa existencia de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada mediante Resolución 40/34 (1985) de la Asamblea General de las Naciones Unidas,²⁰ que en su punto A, indica que se entiende por “víctima las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, [...] como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros”.

Pese a contarse con una definición, se tiene que en estos tribunales penales ad-hoc la víctima cumplió un limitado rol de testigo, en los que su testimonio fue utilizado como una prueba para condenar a los responsables, tal como se observa regulado por las normas que rigen la prueba testimonial en los Tribunales ad-hoc²¹ al establecer la prueba testimonial de la víctima en etapas preliminares, en la etapa previa al juicio o durante el desarrollo del juicio.²²

La víctima como testigo en los tribunales Ad-hoc tenía la obligación de responder todas las preguntas, so pena de ser multada hasta por US 10.000 o con prisión

y perspectivas a los 60 años del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. *Análisis Político*, v. 55, p. 20-38, 2005.

¹³ GIMÉNEZ, J. *La posición de las víctimas de graves crímenes internacionales ante los tribunales militares internacionales y los tribunales penales internacionales*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2017.

¹⁴ WELLER, K. ¿Por qué siguen siendo importantes los juicios de Nuremberg hoy en día?. *Coalition for the International Criminal Court Spanish*, 4 oct. 2016. Disponible en: <https://www.coalitionfortheicc.org/es/news/20161004/por-que-siguen-siendo-importantes-los-juicios-de-nuremberg-hoy-en-dia>. Acceso en: 30 jul. 2023.

¹⁵ RUBIN, P. Common law and statute law. *Legal Studies*, v. 11, p. 205-222, 1982.

¹⁶ FUNGAIRIÑO, E. Tokyo: hacia la justicia global. *Libertad Digital*, 3 dic. 2015. Disponible en: <https://www.libertaddigital.com/cultura/historia/2015-12-03/como-los-nazis-en-nuremberg-los-japoneses-tambien-se-enfrentaron-a-un-tribunal-militar-internacional-1276562665/>. Acceso en: 30 jul. 2023.

¹⁷ CARPINTERO, G. El proceso de Tokio: el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente (1946-1948). *Dignitas*, v. 3, p. 103-127, 2020.

¹⁸ VASSILI, M. Los juicios de Tokio: una perspectiva del siglo XXI. *Nippon.com*, 28 ago. 2015. Disponible en: <https://www.nippon.com/es/column/g00303/>. Acceso en: 30 jul. 2023.

¹⁹ UNITED NATIONS. *International tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of former Yugoslavia since 1991*. Rules of procedure and evidences. 11 feb. 1994. rule 2^a.

²⁰ UNITED NATIONS. General Assembly. *Declaration of basic principles of justice for victims of crime and abuse of power*. 1985.

²¹ UNITED NATIONS. *International tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of former Yugoslavia since 1991*. Rules of procedure and evidences. 11 feb. 1994.

²² DELGADO, J. del Carpio. Las víctimas como testigos en el derecho penal internacional (I): especial referencia a los Tribunales ad hoc. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, v. 8, n. 15, p. 128-169, 2013.

de máximo 6 meses, de conformidad con la regla 77A de procedimientos y pruebas de dichos tribunales:

Subject to the provisions of sub-rule 90A, a witness who refuses or fails contumaciously to answer a question relevant to the issue before a chamber may be found in contempt of the Tribunal. The chamber may impose a fine not exceeding US 10,000 or a term of imprisonment not exceeding six months.²³

Excepcionalmente si no pudieran comparecer a la sala, se les tomaba declaración (Regla 90A de procedimientos y pruebas ante los Tribunales Ad-hoc). La participación de la víctima como testigo en estos tribunales dependía, de que cualquiera de las partes, acusación, defensa, o la Sala, solicitara que compareciera como testigo y que la sala efectivamente aprobara que fuera a rendir su testimonio.²⁴ Así las cosas, no se producía porque una presunta víctima solicitara rendir su testimonio, no obstante, el hecho de que hayan comparecido en estos tribunales permite afirmar que no estuvieron ausentes de estos procesos, aunque se les dio tratamiento de testigos, y como tal los derechos y obligaciones de una víctima-testigo.²⁵

Es menester señalar que el tribunal penal ad hoc para la Antigua Yugoslavia, dentro de sus Reglas de Procedimiento y Prueba, estableció en la Regla 34 la obligación de crear una autoridad para el registrar a las víctimas y los testigos de los procesos judiciales, la cual tendría como funciones principales: recomendar medidas de protección para las víctimas y proveer consejería y soporte en especial a las víctimas de violación y/o violencia sexual. En el mismo sentido, las Reglas 69 y 75 también señalan las acciones para la protección para las víctimas y los testigos, siempre y cuando no vayan en detrimento de los derechos de los acusados.²⁶ Esto reafirma el rol de víctima – testigo desempeñado por los

afectados, dado a que no se realiza conceptualización de estos sujetos, ni distinción alguna en su tratamiento.

Otro caso de tribunales ad hoc es el establecido en Camboya, constituido para juzgar los terribles crímenes cometidos durante el genocidio perpetuado en este país entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979, en el que se calcula que 1,7 millones de personas fallecieron bajo el mandato de los Jemeres Rojos.²⁷ En el 2004 toman juramento los jueces de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya trayendo consigo una expectativa de justicia, esclarecimiento de los hechos y reparación para las víctimas de delitos como tortura, homicidio, crímenes de lesa humanidad, genocidio; entre otros. De acuerdo con la Practice Direction on Victim Participation, 02/2007/Rev.1, en su artículo 3.2, en este caso la víctima fue definida como una persona natural o jurídica que haya sufrido algún daño que se encuentre dentro de la jurisdicción de los Tribunales.²⁸ Esta misma norma en los apartes subsiguientes extiende el concepto de “daño” al mencionar que este podría tener una connotación física, material o psicológica, que sea consecuencia directa de la infracción personal del acusado. Incluso señala que en el caso del daño psicológico se podrá incluir el generado por la muerte de un familiar que fuera víctima de un crimen de la competencia de los Tribunales. En lo referente a la protección de las víctimas, hallamos que en el artículo 23 las Reglas de Procedimiento y Prueba de los Tribunales de Camboya se establecen medidas de protección para las víctimas, tales como la celebración de vistas (audiencias) a puerta cerrada y la protección de la identidad de víctimas y testigos, lo que si bien tienen un avance normativo, han sido insuficientes para la protección de estos, tanto así que hoy día es uno de los puntos neurálgicos en el Comité de Revisión.²⁹

La norma de los Tribunales de Camboya tomó como referente el procedimiento penal francés y su espíritu garantista,³⁰ no obstante, dado el enorme número

²³ UNITED NATIONS. *International tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of former Yugoslavia since 1991*. Rules of procedure and evidences. 11 feb. 1994.

²⁴ DELGADO, J. del Carpio. Las víctimas como testigos en el derecho penal internacional (I): especial referencia a los Tribunales ad hoc. *Política Criminal*: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, v. 8, n. 15, p. 128-169, 2013.

²⁵ BYRNE, R. Evaluación de la evidencia testimonial en los procedimientos de asilo: estándares rectores de los tribunales penales internacionales. *International Journal of Refugee Law*, v. 19, n. 4, p. 609-638, 2007.

²⁶ UNITED NATIONS. *International tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of former Yugoslavia since 1991*. Rules of procedure and evidences. 11 feb. 1994.

²⁷ JARVIS, H. Juicios y penas: la larga búsqueda de justicia para el genocidio de Camboya. *Revista de estudios sobre genocidio*, año 8, v. 12, p. 35-60, 2017.

²⁸ EXTRAORDINARY CHAMBERS IN THE COURTS OF CAMBODIA. *Practice Direction on Victim Participation*. Rev.1, 2008.

²⁹ UNITED NATIONS; KINGDOM OF CAMBOYA. *NS/RKM/080/12*. Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers. 2004.

³⁰ RICARDO, D.; DÍAZ, V. El concepto de víctima al interior de tribunales penales internacionales. *Prolegómenos*, v. 16, n. 32, p. 87-103, 2013.

de víctimas resultantes del genocidio, la participación de estos los sujetos fue uno de los grandes retos enfrentados por las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, por lo que se generaron conflictos y fuertes inconformidades por parte de los afectados.³¹ Aun cuando la norma fundante de los tribunales y el código procesal penal camboyano –utilizado en el proceso– le permitía a las víctimas participar como querellantes civiles, el ejercicio de sus derechos fue complejo, por lo que terminaban ejerciendo el papel de víctima-testigo. Esto fue confirmado por la Organización de las Naciones Unidas al afirmar la débil participación de las víctimas en los procesos judiciales penales desarrollados por los Tribunales.³²

De manera reciente, se estableció el Tribunal Especial para el Líbano con una estructura mixta entre jueces nacionales libaneses e internacionales para investigar y acusar principalmente a Salim Jamil Ayyash, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi y Assand Hassan Sabrá; y a otro grupo de sujetos que participaron en el atentado que ocasionó la muerte del ex primer ministro Rafiq Hariri y los ataques ejecutados en el Líbano entre 1º de octubre de 2004 y el 12 de diciembre 2005. En este procedimiento se tomaron aproximadamente 290 testimonios y más de 3.000 pruebas, lo que conllevó a la condena a cadena perpetua de Salim Jamil Ayyash, sentencia que no ha sido ejecutada dado a que aún se desconoce su paradero.³³ Es importante resaltar, que en materia de protección de las víctimas, el anexo del Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano en su numeral 3ero del artículo 21, contempla la protección de las víctimas y testigos, la cual seguirá vigente aún después de haber expirado el acuerdo.³⁴

Al igual que el tribunal penal ad hoc para la Antigua Yugoslavia, en el caso del Líbano se identifica en el artículo 17 los denominados “derechos de las víctimas” en el que se indica que estas podrán presentar sus

opiniones u observaciones cuando las salas lo estimen oportuno, siempre y cuando no menoscaben los derechos del acusado.³⁵ Un aspecto a resaltar en el caso del Tribunal Especial para el Líbano, es que a diferencia de los tribunales homólogos estudiados, este sí contempló la indemnización como medida de reparación de las víctimas; en términos de la norma: 1. “El Tribunal Especial podrá identificar a las víctimas que hayan sufrido daños como consecuencia de delitos cometidos por un acusado condenado por el Tribunal.”³⁶

4 Rol y participación de las víctimas en la Corte Penal Internacional

A diferencia de las normas constitutivas de los tribunales militares internacionales y de los tribunales penales ad hoc, el ER desde su preámbulo demuestra el interés por la protección y el restablecimiento de los derechos de las víctimas, como lo que son: víctimas, y no como testigos. Esto se refleja al momento de indicar que en el siglo pasado millones de personas fueron víctimas de atrocidades: “teniendo presente que, en el siglo XX, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”.³⁷ No es casualidad que el Preámbulo del ER mencione las atrocidades cometidas contra las víctimas durante este período histórico. Los eventos acaecidos, en especial durante la II Guerra Mundial, confirmaron la necesidad de contar con un sistema internacional de justicia de carácter permanente, como respuesta a la violación masiva de derechos humanos de la población civil.³⁸

³¹ JARVIS, H. Juicios y penas: la larga búsqueda de justicia para el genocidio de Camboya. *Revista de estudios sobre genocidio*, año 8, v. 12, p. 35-60, 2017.

³² JARVIS, H. Juicios y penas: la larga búsqueda de justicia para el genocidio de Camboya. *Revista de estudios sobre genocidio*, año 8, v. 12, p. 35-60, 2017.

³³ TORRES, M. El tribunal especial para el Líbano y su contribución al fin de la impunidad: una mirada crítica. *Confluências*, v. 23, n. 2, p. 144-156., 2021.

³⁴ NACIONES UNIDAS; REPÚBLICA LIBANESA. *S/RES/1757, 30 mayo 2007*. Anexo acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Libanesa relativo al establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano.

³⁵ NACIONES UNIDAS; REPÚBLICA LIBANESA. *S/RES/1757, 30 mayo 2007*. Anexo acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Libanesa relativo al establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano. Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano.

³⁶ NACIONES UNIDAS; REPÚBLICA LIBANESA. *S/RES/1757, 30 mayo 2007*. Anexo acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Libanesa relativo al establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano. Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano.

³⁷ CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Estatuto de Roma*. 1998. Disponible en: link. Acceso en: 26 jul. 2023.

³⁸ GORAIEB, E.; MACEDO, P. E. V. B. A ampliação da jurisdição internacional: o surgimento de uma jurisdição internacional em matéria penal. *Revista de Direito Internacional*, v. 19, n. 2, p. 244-267, 2022. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8512>. Acceso en: 3 ago. 2024.

Es importante mencionar que la CPI diferencia el rol de la víctima como participante y el rol de la víctima como testigo, que de acuerdo con el *Victim's booklet* emitido por el Victims Participation and Reparations Section de la CPI, tienen como principales diferencias las siguientes:

Victim as a participant:

Participation is voluntary and involves communicating to the Court their own views and concerns

It is up to the victims to decide what they want to say

Participation is possible at all stages of proceedings when considered appropriate by the judges

Always entitled to be represented before the ICC by a legal representative

Participates via a legal representative, and need not appear in person

Victim as a witness:

Called by the Prosecution, the defence, the victims' legal representative or the Chamber

Serve the interests of the Court and the party that calls them

Give evidence by testifying and answering related questions

Called to testify at a specific time

Does not normally have a legal representative

Normally testify in person in the courtroom.³⁹

Con esto se tiene una plena distinción de sus modalidades de participación, lo que demuestra que ha sido precisamente a partir de la adopción de dicho estatuto cuando la víctima ha ido cobrando protagonismo y adoptando posición de víctima y no de testigo, lo que ha representado una responsabilidad para la CPI en sus novedosas actuaciones. Con el ER se le ha concedido un lugar en el proceso con regulaciones específicas que representan sus intereses como víctima y no como víctima-testigo únicamente, donde además de establecerse unas medidas de protección, se contempla su intervención en el juicio para presentar sus opiniones u observaciones de manera directa o por intermedio de su abogado, inclusive la dependencia de víctimas y testigos podrá orientar al Fiscal y a la CPI en las medidas de protección y asistencia para esta población:

Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones: 3. La Corte permitirá,

³⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Victim's booklet: victims before the International Criminal Court*. Haia, 2021.

en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieran afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba. 4. La Dependencia de Víctimas y Testigos podrá asesorar al Fiscal y a la Corte acerca de las medidas adecuadas de protección, los dispositivos de seguridad, el asesoramiento y la asistencia a que se hace referencia en el párrafo 6 del artículo 43.⁴⁰

Del análisis de la norma arriba referenciada, se colige que la CPI toma opiniones de las víctimas, pero no señala que se trate de un testimonio, ni tampoco contempla la obligatoriedad de acudir, y por el contrario se centró en contemplar sus derechos. Tal como se observa en el Artículo 79 del ER, donde se señala la Reparación a las víctimas, la restitución, la indemnización y la rehabilitación se consideran principios que deben ser garantizados adecuadamente, de conformidad a los daños, pérdidas y perjuicios sufridos y se plantea su garantía creándose un Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas de los crímenes de competencia de la CPI y de sus familias.⁴¹

Ahora bien, es necesario señalar que, si bien las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI contemplan los derechos las víctimas, se han detectado limitaciones para su efectiva participación. Dentro de dichas restricciones se identifica que, si bien las víctimas podrán intervenir en cualquiera de las fases del proceso, dicha decisión recae en la Corte ya que esta define específicamente el punto del proceso en el que se dará la intervención con base en el análisis de la conveniencia realizado por el mismo tribunal.⁴² Asimismo, las víctimas deberán cumplir con un conjunto de presupuestos, tales como: tener reconocida su condición de víctima, demostrar que se han afectado sus intereses personales; al mismo tiempo su intervención no podrá menoscabar los derechos del acusado, en especial el derecho a un juicio justo e imparcial.⁴³

⁴⁰ CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Estatuto de Roma*. 1998. Art. 68.

⁴¹ CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Estatuto de Roma*. 1998. Art. 79.

⁴² PASCUAL, R. Las víctimas del delito y su participación en el proceso ante la Corte Penal Internacional. *Revista Boliviana de Derecho*, v. 35, n. 35, p. 290–331, 2023.

⁴³ GONZÁLEZ, P. V. El papel de las víctimas en los procedimientos

Si bien en los instrumentos jurídicos de regulan el proceso judicial de la CPI no se identifican claramente las modalidades de participación de las víctimas, si es posible determinar las etapas procesales en las que de manera explícita se viabiliza su intervención; y en otros casos, es posible inferir dicha posibilidad tras el cumplimiento de algunos presupuestos; tal como se presenta en la tabla 1, donde se señala el tipo de reconocimiento de la norma.⁴⁴

Tabla 1 – Ejemplos de intervenciones de las víctimas en el proceso judicial ante la Corte Penal Internacional

Norma	Participación de la víctima	Tipo de reconocimiento
Estatuto de Roma, art. 68, numeral 3	“La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieran afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba”. ⁴⁵	Explícito. A pesar de que de manera concreta se permite la participación de las víctimas, esto aún depende del criterio de la Sala que corresponda. Tal como indica la Regla 89 de la Reglas de Procedimiento y Prueba, la solicitud podrá ser rechazada si se considera que no ha sido presentada por la víctima o no cumple con los criterios enunciados en el art. 68, numeral 3.

Norma	Participación de la víctima	Tipo de reconocimiento
Estatuto de Roma, artículo 15, numeral 3	“El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello, junto con la documentación justificativa que haya reunido. Las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.” ⁴⁶	Explícito. Tal como se analizará en el siguiente aparte, la Sala de Cuestiones Preliminares considera pertinente la participación de las víctimas en la fase de investigación en el que se aborta el estado de la situación, interpretación que no es sostenida por la Sala de Apelaciones de la Corte.
Estatuto de Roma, artículo 19, numeral 3	El Fiscal podrá pedir a la Corte que se pronuncie sobre una cuestión de competencia o de admisibilidad. En las actuaciones relativas a la competencia o la admisibilidad, podrán presentar asimismo observaciones a la Corte quienes hayan remitido la situación de conformidad con el artículo 13 y las víctimas.	Explícito. En particular estas decisiones son determinantes para los intereses personales de las víctimas dado a que definen el curso del proceso, por lo que también determinan el ejercicio y garantía de los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas.

tos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 3, n. 5, p. 18-41, 2006.

⁴⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT; OFICINA PÚBLICA DE DEFENSA DE LAS VÍCTIMAS. *Representación de víctimas ante la Corte Penal Internacional: manual para los representantes legales*. La Haya, 2018.

⁴⁵ CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Estatuto de Roma*. 1998.

⁴⁶ CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Estatuto de Roma*. 1998.

Norma	Participación de la víctima	Tipo de reconocimiento
Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 119, Subregla 3	“Before imposing or amending any conditions restricting liberty, the Pre-Trial Chamber shall seek the views of the Prosecutor, the person concerned, any relevant State and victims that have communicated with the Court in that case and whom the Chamber considers could be at risk as a result of a release or conditions imposed.” ⁴⁷	Explícito. Se constituye en un avance significativo frente a las disposiciones de los Tribunales Penales Internacionales y Tribunales Ad-Hoc abordados.
Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 92, subregla 2	“In order to allow victims to apply for participation in the proceedings in accordance with rule 89, the Court shall notify victims concerning the decision of the Prosecutor not to initiate an investigation or not to prosecute pursuant to article 53. Such a notification shall be given to victims or their legal representatives who have already participated in the proceedings or, as far as possible, to those who have communicated with the Court in respect of the situation or case in question. The Chamber may order the measures outlined in sub-rule 8 if it considers it appropriate in the particular circumstances.” ⁴⁸	Implícito, dado a que al interpretar esta regla a la luz del artículo 68 permite inferir que las víctimas serán notificadas con miras a que estas puedan solicitar autorización para participar para expresar sus opiniones en cuanto a la decisión del Fiscal en referencia al inicio de la investigación o enjuiciamiento.

⁴⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *ICC-ASP/1/3/ Rules of Procedure and Evidence*, 20 mar. 2002. rule 119.

⁴⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *ICC-ASP/1/3/ Rules of Procedure and Evidence*, 20 mar. 2002. rule 92.

Norma	Participación de la víctima	Tipo de reconocimiento
Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 93	“A Chamber may seek the views of victims or their legal representatives participating pursuant to rules 89 to 91 on any issue, inter alia, in relation to issues referred to in rules 107, 109, 125, 128, 136, 139 and 191. In addition, a Chamber may seek the views of other victims, as appropriate.” ⁴⁹	Explícito, permite amplificar la participación de las víctimas en el proceso.

Fuente: Elaboración propia.

Como se observa en la tabla 1, el ER al igual que las Reglas de Procedimiento y Prueba reconocen el rol de la víctima en diferentes etapas del proceso, demostrando la atención brindada a estos sujetos por la jurisdicción de la CPI. Sumado a los espacios concretos de participación antes reseñados, también es importante indicar que, en las RPP 87 y 88 se establece la posibilidad de salvaguardar la integridad de la víctima a través de medidas especiales de protección ante riesgos generados por razón del testimonio presentado en el marco de un procedimiento penal.⁵⁰ Esto evidencia un avance en la salvaguarda de la protección de la integridad de las víctimas, que a diferencia de los tribunales ad hoc y de los tribunales penales militares, esta era obligada a rendir el testimonio y no contaba con ningún tipo de protección ni antes, ni durante, ni después de acudir ante dichos tribunales.

En el mismo sentido, la figura del representante legal de las víctimas establecido en el ER se constituye en una disposición normativa de relevancia para el proceso y las víctimas interesadas en el mismo. Esta figura es enunciada en el art. 68 del ER, al igual que es desarrollado de manera extensa en las Reglas de Procedimiento y Prueba a partir de la Regla 90, figura que fue establecida dadas las complejidades del procedimiento de la Corte, en el que un número importante de víctimas buscan participar por motivo de la relevancia de los casos y la gravedad de los delitos juzgados.⁵¹ Para este artículo es claro que las

⁴⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *ICC-ASP/1/3/ Rules of Procedure and Evidence*, 20 mar. 2002. rule 93.

⁵⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *ICC-ASP/1/3/ Rules of Procedure and Evidence*, 20 mar. 2002. rule 87 y 88.

⁵¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT; OFICINA PÚBLICA DE DEFENSA DE LAS VÍCTIMAS. *Representación de víctimas ante la Corte Penal Internacional*: manual para los representantes legales.

víctimas también pueden participar a través de su representante legal, no obstante, este tipo de intervención no hace parte de la discusión de este trabajo.

Ahora bien, dado los presupuestos exigidos por el art. 68 numeral 3 del ER, es válido indagar sobre los criterios y estándares establecidos por la CPI para determinar la conveniencia de la participación de las víctimas en las fases del proceso judicial. Para esto es necesario tener presente que el análisis de cada solicitud es realizado por la Corte de manera individualizada, evaluando la afectación de los intereses personales de las víctimas, al tiempo que se deberá garantizar un juicio justo para el presunto responsable.

En el caso del primer criterio referido a la afectación de los intereses personales de las víctimas, de acuerdo con la CPI, el interés general de estas es asegurar que los responsables enfrenten las consecuencias derivadas de la comisión de los crímenes que les han victimizado, el esclarecimiento de los hechos y la individualización de los responsables, de manera que no quede en impunidad los daños sufridos y se preserve el derecho a la justicia.⁵² Esto será determinante para la garantía de reparaciones que reivindiquen los derechos de las víctimas y contribuya a resarcir los daños generados.

Dentro de sus decisiones, la CPI aclara que los intereses personales de las víctimas no son los mismos a los intereses de la Fiscalía al considerar la independencia del rol ejercido por los afectados durante el proceso judicial. La CPI se apoya en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, al señalar que la víctima no puede ser percibida como un enemigo o un aliado de la Fiscalía, dado a que cada uno de estos ejerce un rol con objetivos y condiciones diferentes,⁵³ por lo que no es posible homologar sus intereses. En cada caso a ser analizado por la CPI, se deberá constatar que la participación de las víctimas obedezca a la reivindicación de sus intereses personales propios y no correspondan al desarrollo de una función propia de la Fiscalía.⁵⁴

La afectación sobre los intereses de las víctimas se ven relacionados con diversas etapas judiciales que involucran aspectos como la protección de su integridad, resguardo de su vida privada, determinación de medidas de reparación y establecimiento de la culpabilidad o inocencia de los acusados; entre otros. En el caso específico del derecho a la verdad, la CPI identifica de manera concreta como intereses personales de los afectados la claridad de los hechos ocurridos de manera que se disminuyan las brechas entre la realidad material y lo resultante del procedimiento judicial ejecutado, en palabras de la Corte:

In this regard, the Single Judge underlines that the victims' core interest in the determination of the facts, the identification of those responsible and the declaration of their responsibility is at the root of the well-established right to the truth for the victims of serious violations of human rights.

However, the Single Judge observes that when this right is to be satisfied through criminal proceedings, victims have a central interest in that the outcome of such proceedings:

- (i) bring clarity about what indeed happened; and
- (ii) close possible gaps between the factual findings resulting from the criminal proceedings and the actual truth.⁵⁵

En referencia al segundo criterio analizado por la CPI para determinar la conveniencia de la participación de las víctimas en las fases del proceso, se ubica la garantía de un juicio justo e imparcial, el cual se constituye en un derecho fundamental para el acusado.⁵⁶ Este criterio involucra un conjunto importante de derechos, tales como el derecho a no auto incriminarse, a guardar silencio, al debido proceso, a una defensa entre otros. En el caso específico de la participación de las víctimas, hallamos que la Corte entra a considerar aquellos derechos que podrían verse particularmente transgredidos por la intervención de los sujetos afectados, como es el caso del derecho contar con tiempo y los medios idóneos para la preparación de la defensa, a ser juzgado sin retrasos injustificados y a encontrarse informado duran-

La Haya, 2018.

⁵² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-trial Chamber I. ICC-01/04-01/07-474, 13 mayo 2008. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-01/07-474>. Acceso en: 31 jul. 2023.

⁵³ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-trial Chamber I. ICC-01/04-101, 17 ene. 2006. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-101-ten-corr>. Acceso en: 31 jul. 2023.

⁵⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Appeals Chamber. ICC-01/04-01/06-925, 13 jun. 2007. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-01/06-925>. Acceso en: 31 jul.

2023.

⁵⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Appeals Chamber. ICC-01/04-01/06-925, 13 jun. 2007. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-01/06-925>. Acceso en: 31 jul. 2023.

⁵⁶ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber I. ICC-01/04-01/06-1401, 13 jun. 2008. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-01/06-1401>. Acceso en: 31 jul. 2023.

te el desarrollo del juicio.⁵⁷ En este sentido, la CPI señala que la participación individual de una cantidad extensa de víctimas podría llevar a una ampliación de los términos en que se desarrollaría el proceso judicial, lo que afectaría el derecho a un juicio justo para el acusado.⁵⁸

5 Retos de la CPI para efectos de la reparación integral de las víctimas

Dentro del Estatuto de Roma no se establecen lineamientos o principios concretos para la reparación de las víctimas por lo que se instruye en el art. 75 la obligatoriedad de determinar los parámetros por parte de la CPI. En este sentido, la construcción de dichos principios se ha dado desde la jurisprudencia con especial observancia de los estándares establecidos por otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y la jurisdicción interna de los Estados. De ahí, que el acervo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se haya constituido en un referente importante en la materia gracias al número de casos de reparaciones de víctimas que concurren ante su jurisdicción,⁵⁹ al igual que el establecimiento de medidas de reparación cada vez más especializadas frente a la naturaleza de cada caso en concreto.⁶⁰

Tal como se ha reseñado, la CPI configura el papel de la víctima, dejando de cumplir un rol testigo a con-

tar con derechos dentro del proceso judicial que debe estar guiado por un conjunto de principios. De manera emblemática, la CPI inicia el desarrollo de esta línea jurisprudencial en la decisión que *establece los principios y procedimientos a ser aplicados a las reparaciones* del caso de Thomas Lubanga Dyilo imputado por crímenes de guerra perpetrados en el marco del conflicto armado interno de la República Democrática del Congo, en los primeros años de la década de los 2000.⁶¹ La Corte señala la obligación de garantizar la accesibilidad y participación de las víctimas en el proceso, desde una perspectiva paritaria en cuanto al género, pero además resalta la importancia de conocer las expectativas de estos sujetos:

[...] communication between the Court and the affected individuals and their communities are essential to ensure that reparations have broad and real significance. The Court should consult with victims on issues relating, inter alia, to the identity of the beneficiaries, their priorities and the obstacles they have encountered in their attempts to secure reparations.⁶²

Al establecer esta interacción cercana con la víctima, la CPI busca garantizar que las medidas adoptadas para su reparación realmente conduzcan al fin último para el cual son establecidas, respetando los deseos y consideraciones de los sujetos afectados. En el mismo sentido, la Corte aclara el carácter voluntario de los procesos de reparación por lo que deberá existir la manifestación expresa de las víctimas para llevar a cabo su inclusión en este tipo de programas o medidas.⁶³

Otro de los principios que la CPI establece es la obligación del respeto a la dignidad, no discriminación y no estigmatización de la víctima como una garantía del derecho a la igualdad, por lo que en los procesos de reparación no puede existir distinción entre los sujetos por condiciones de raza, sexo, religión; entre otros.⁶⁴ A través de esta jurisprudencia, la CPI busca desarrollar

⁵⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT; OFICINA PÚBLICA DE DEFENSA DE LAS VÍCTIMAS. *Representación de víctimas ante la Corte Penal Internacional*: manual para los representantes legales. La Haya, 2018.

⁵⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber I. ICC-01/04-01/06-2032, 9 jul. 2009. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-01/06-2032>. Acceso en: 31 jul. 2023.

⁵⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber I. ICC-01/04-01/06-1401, 13 jun. 2008. Case of the prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Disponible en: http://hrlibrary.umn.edu/instate/ICC/Stay_the_Proceedings.html. Acceso en: 31 jul. 2023. ALONSO, H. Olásolo. Derecho a la defensa, estructura del juicio oral y regímenes de penas y reacciones. In: MEDINA, D. C. A. (coord.). *Procedimiento, litigio y representación ante tribunales internacionales*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2017.

⁶⁰ LOPES, A. M. D. Á. Evolução da proteção das mulheres vítimas de violência sexual na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: incorporação da perspectiva de gênero. *Revista de Direito Internacional*, v. 19, n. 2, p. 118-137, 2022. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8416>. Acceso en: 3 ago. 2024.

⁶¹ BUSTOS, F. J. Fiscalía v. Lubanga Dyilo: la primera sentencia sobre reparaciones de la Corte Penal Internacional. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 9, p. 113-125, 2013.

⁶² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber I. ICC-01/04-01/06, 7 ago. 2012. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_07872.PDF. Acceso en: 31 jul. 2023. párrafo 205.

⁶³ BUSTOS, F. J. Fiscalía v. Lubanga Dyilo: la primera sentencia sobre reparaciones de la Corte Penal Internacional. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 9, p. 113-125, 2013.

⁶⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber I. ICC-01/04-01/06, 7 ago. 2012. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_07872.PDF. Acceso en: 31 jul. 2023.

de manera detallada el rol de las víctimas en materia de reparación, incluso realiza mención particular de las víctimas de violencia sexual, así como niños víctimas; ya que en ambos casos existen condiciones particulares que complejizan y expanden el daño causado a los sujetos, circunstancias que deben ser consideradas en la reparación de las mismas.⁶⁵ Finalmente, se señala que las reparaciones establecidas por la CPI no eximen a los Estados de la responsabilidad que estos poseen frente a las víctimas, en especial en cuanto a su reparación en el marco del derecho interno de los mismos, al igual que se reitera la obligación de cooperar en la ejecución de las sentencias y decisiones tomadas por la CPI.⁶⁶

Si bien el desarrollo jurisprudencial dado en el caso Lubanga Dyilo no hace alusión a la participación de las víctimas en el proceso judicial, demuestran la innovación y la reconfiguración del rol ejercido por los afectados los procesos penales internacionales de carácter judicial, pasando de un rol de víctima- testigo, a ser un sujeto con derechos claramente establecidos guiados por principios en el proceso.

A diferencia del caso de Lubanga, se encuentra el de Jean-Pierre Bemba Gombo, detenido en Bélgica por su participación en el conflicto de la República Centroafricana que se libró en entre el 26 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003. Este sujeto pese a ser declarado en marzo del año 2016 por la Sala de Primera Instancia III de la CPI unánimemente culpable de violación, asesinato y saqueo en calidad de jefe militar del Movimiento de Liberación del Congo; en junio de 2018 la Cámara de Apelaciones lo absolvió, indicando que la Sala de Primera instancia lo había condenado erróneamente por casos fuera de su alcance, ya que se “trataba de un comandante remoto que enviaba sus tropas a un país extranjero”.⁶⁷

La absolución en el caso de Bemba acabó con dos precedentes históricos de la CPI, se trataba de delitos

de violencia sexual contra mujeres, hombre, niños y niñas, calificados como crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad; y se trataba de la responsabilidad penal de un jefe militar por los delitos cometidos por las tropas que estaban bajo su mando. De tal forma, que este caso abordaba el daño padecido por víctimas especialmente vulnerables, de las cuales aproximadamente 5.000 participaron del juicio y se quedaron esperando se fijaran para ellas reparaciones.⁶⁸

Con una perspectiva de la responsabilidad penal del superior, el Tribunal Especial para el Líbano en su reglamentación si estipula de manera explícita la responsabilidad del superior jerárquico, para lo que deberá cumplir con tres presupuestos:

- a) El superior tuviera conocimiento de que los subordinados estaban cometiendo o se disponían a cometer tales delitos o hubiera ignorado, en forma deliberada, información que pusiera claramente de relieve esas circunstancias; b) Los delitos estuvieran relacionados con actividades pertenecientes al ámbito efectivo de responsabilidad y control del superior; y c) El superior no hubiera tomado todas las medidas razonables que fuesen necesarias y entraran dentro de sus atribuciones para prevenir o suprimir su comisión o para someter la cuestión a las autoridades competentes a efectos de su investigación y enjuiciamiento.⁶⁹

Esto refleja un avance en cuanto a la no impunidad para establecer algún tipo de responsabilidad penal en toda la cadena de mando en los crímenes que se comenten bajo las órdenes de los superiores jerárquicos; sin que ello implique absolución de quienes lo ejecutan.

6 Discusión: tratamiento, participación y reparación de las víctimas en el derecho penal internacional

Atendiendo que en los tribunales penales militares internacionales no se definió quien era víctima y por ende no había alusión a la participación de esta pobla-

⁶⁵ BUSTOS, F. J. Fiscalía v. Lubanga Dyilo: la primera sentencia sobre reparaciones de la Corte Penal Internacional. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 9, p. 113-125, 2013.

⁶⁶ ALONSO, H. Olásolo. Derecho a la defensa, estructura del juicio oral y regímenes de penas y rearáciones. In: MEDINA, D. C. A. (coord.). *Procedimiento, litigio y representación ante tribunales internacionales*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2017.

⁶⁷ COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Casos: Jean-Pierre Bemba (Bemba I)*. [2018]. Disponible en: <https://www.coalitionfortheicc.org/es/casos/jeanpierre-bemba-bemba-i#:~:text=El%2021%20de%20junio%20de,saqueo%20como%20crimen%20de%20guerra>. Acceso en: 31 jul. 2023.

⁶⁸ WELLER, K. ¿Por qué siguen siendo importantes los juicios de Nuremberg hoy en día?. *Coalition for the International Criminal Court Spanish*, 4 oct. 2016. Disponible en: <https://www.coalitionfortheicc.org/es/news/20161004/por-que-siguen-siendo-importantes-los-juicios-de-nuremberg-hoy-en-dia>. Acceso en: 30 jul. 2023.

⁶⁹ NACIONES UNIDAS; REPÚBLICA LIBANESA. *S/RES/1757, 30 mayo 2007*. Anexo acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Libanesa relativo al establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano. Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano.

ción, no se entrará a discutir sobre su participación pues se afirma desde ya que no fueron sujetos con derechos procesales. Por su parte, en el caso de los tribunales penales ad-hoc la víctima fue esencialmente un testigo, obligada a narrar los hechos en la etapa preliminar del juicio o durante el desarrollo de este, so pena de ser sancionada con pena de multa y sin contar con ningún tipo de protección ante la rendición de su testimonio.

A diferencia de los tribunales arriba indicados, ante la CPI la víctima es tratada como tal, pero no es clara su intervención en el desarrollo del proceso, lo que ha generado recurrentes críticas en cuanto a la vaguedad de las condiciones incluidas en el ER. Por ejemplo, expresiones como “opiniones y observaciones” e “intereses personales” utilizados en el art.68 numeral 3 no permiten generar una única interpretación que brinde certeza sobre el ejercicio del derecho a participar conferido a las víctimas.⁷⁰

La incertidumbre generada por el ER en algunos apartados específicos ha llevado a que las mismas salas de la CPI adopten posturas disímiles en cuanto a la interpretación del articulado. Por ejemplo, se ha debatido sobre las fases procesales en las que las víctimas tendrían permitida su participación. En el caso específico de la fase de investigación, la Sala de Cuestiones Preliminares ha brindado una interpretación amplia del art. 68 numeral 3 del Estatuto, ya que afirma que en esta etapa la Corte ostenta la obligación positiva de escuchar las opiniones, preocupaciones y presentar documentos en cuanto al caso en cuestión, al igual que de analizar dichos insumos.⁷¹ En los términos expresados por la Sala:

The right to present their views and concerns and to file material pertaining to the ongoing investigation stems from the fact that the victims' personal interests are affected because it is at this stage that the persons allegedly responsible for the crimes from which they suffered must be identified as a first step towards their indictment. The close link between the personal interests of the victims and the investigation is even more important in the regime established by the Rome Statute, given the effect that such an investigation can have on future

⁷⁰ SÁNCHEZ, R. A.; SÁNCHEZ, R. A. Participación de víctimas: riesgos y beneficios. Dos lecciones de la Corte Penal Internacional a la Jurisdicción Especial de Paz en Colombia. *Prolegómenos*, v. 22, n. 43, p. 63-78, 2019.

⁷¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-trial Chamber I. *ICC-01/04-101, 17 ene. 2006*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-101-ten-corr>. Acceso en: 31 jul. 2023. párrafos 71-12.

orders for reparations pursuant to article 75 of the Statute.⁷²

En consecuencia, desde la perspectiva de la Sala de Cuestiones Preliminares es fundamental la participación de las víctimas en la fase de la investigación dado a que se desarrolla la identificación de los presuntos responsables de los hechos delictivos, lo que compromete los intereses de las víctimas al considerar las futuras órdenes de reparación que del caso se pudieran derivar.

Por su parte, la Sala de Apelaciones aporta una interpretación distinta, al considerar que el art. 68 numeral 3 habilita la participación de la víctima en las etapas y actuaciones netamente judiciales dada la expresión “fases del juicio” y demás disposiciones del Estatuto y el Reglamento de Procedimiento y Prueba. Bajo el análisis de la Sala de Apelaciones, la fase de investigación no se constituye en una etapa propiamente judicial, por lo que no es posible reconocer a las víctimas un derecho general a participar en esta, aun cuando si tienen derecho a participar en las actuaciones judiciales que en la fase de investigación se realicen, como el caso de los procedimientos relativos a la preservación de pruebas o la protección y privacidad de víctimas y testigos de conformidad con el artículo 57 del Estatuto.⁷³

Ahora bien, al analizar la realidad material en los procesos judiciales recientemente llevados por la CPI, como ya se ha señalado, son las Salas de la CPI las que determinan y autorizan la participación de la víctima con base en los criterios establecidos en el art. 68 numeral 3 del ER. Esto implica que el ejercicio de este derecho continúa a discreción de la Corte, aun cuando muchas de las decisiones tomadas en el proceso poseen una relación intrínseca con los intereses personales de estos sujetos y que el fin último del proceso judicial está anclado al reclamo del derecho a la justicia, verdad y reparación que estos ostentan. Por ejemplo, una de las grandes críticas derivadas del fallo *Dubanga Diylo* se ubica en que este sujeto fue condenado por un número reducido de delitos, lo que conllevó a que se incluyeran dentro de las medidas de reparación a un menor número

⁷² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-trial Chamber I. *ICC-01/04-101, 17 ene. 2006*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-101-ten-corr>. Acceso en: 31 jul. 2023.

⁷³ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-trial Chamber I. *ICC-01/04-593, 13 abr. 2011*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-593>. Acceso en: 31 jul. 2023. párrafos 9-10.

ro de víctimas que no se aproxima al grupo poblacional realmente afectado.

Otro aspecto a analizar en referencia a la ambigüedad en la interpretación realizada por la CPI sobre el ER es en cuanto a la responsabilidad por mando o del superior por los crímenes de sus subordinados. Esto es posible apreciarlo en el contraste en los casos de Lubanga Diylo y Jean-Pierre Bemba Gombo, ya que la absolución de este último deja en evidencia la falta de claridad del ER; o peor aún, si no es posible aplicar el ER contra superiores jerárquicos, entonces ¿qué camino les queda a las víctimas?, ¿de qué manera puede darse el acercamiento de la CPI con las víctimas para efectos de la reparación en estos casos? Para dar respuesta a estos interrogantes, es necesario, tener claro que, ante la absolución o imposibilidad de responsabilizar a los superiores, si no se tiene duda del daño sufrido por las víctimas, es menester que la CPI trace una clara ruta al Fondo Fiduciario en beneficio de las Víctimas para que se dé la Reparación del daño sufrido en la situación de la República Centro Africana, que garantice que no quedarán en olvido por darse la absolución de Bemba.

En cuanto a la reparación de las víctimas, se evidencia un avance en el ER al obligar el acercamiento de la CPI a los sujetos afectados con miras a identificar sus intereses, prioridades y expectativas, y si bien técnicamente esto no se constituye es una participación procesal en una etapa, se observa como una interacción con la finalidad de tomar decisiones de derecho y al mismo tiempo reconoce la importancia de la víctima en el proceso.

7 Conclusiones

En conclusión, en los Tribunales Militares Internacionales de Tokio y Nuremberg la víctima no pudo participar en su calidad de tal, ni se previó una reglamentación para esto, pues fue considerada y tratada como testigo con miras a establecer responsabilidades penales de los victimarios, y no para efectos de generar derechos de atención y reparación para ella atendiendo al daño sufrido. En el caso de los Tribunales Penales Ad Hoc para la Antigua Yugoslavia, Sierra Leona, Ruanda y Camboya si se incluyó en la norma la definición de víctima y su participación, pero percibida esencialmente como testigo y sin protección alguna. Finalmente, en

el caso de CPI, la víctima es formalmente reconocida como sujeto de derechos sustantivos y procesales, lo que se constituye en un avance significativo en el ejercicio de su rol, aun cuando en la realidad material sea necesario trabajar por el ejercicio pleno de sus derechos.

De tal forma, que se concluye que la participación de la víctima fue limitada a ser un testigo en los Tribunales Militares Internacionales y Tribunales Penales Ad-Hoc estudiados, mientras en la CPI si ejerce el rol correspondiente, aun cuando en la actualidad se ubican debates frente a la interpretación del ER y la garantía de los derechos como el de la justicia, verdad y reparación.

Aun así, se resalta el avance en la CPI al brindar atención a los afectados estableciendo su derecho a participar en calidad de víctima, desestimando el rol de testigo que se venía ejerciendo en los Tribunales Penales Ad-Hoc y la total ausencia del ejercicio de este rol en los Tribunales Militares Internacionales. Asimismo, se brinda protección a la víctima, al igual que se instaura el derecho a la reparación, y de manera concreta se crea el Fondo Fiduciario en Beneficio de las víctimas.

Finalmente, se concluye que la CPI, tiene el reto de garantizar la participación efectiva de las víctimas con miras a proteger los derechos a la justicia, a la verdad y reparación de las mismas. Asimismo, es necesario contar con claridad sobre su intervención desde la fase de investigación, fases del proceso judicial, e inclusive en el seguimiento del cumplimiento de sentencias cuando en ellas se ordena reparación para las víctimas. Sumado a esto y considerando lo analizado en el caso de Jean-Pierre Bemba Gombo, otro de los retos es establecer un camino de atención a las víctimas frente a un daño real generado como consecuencia de la comisión de crímenes que son competencia de la CPI, pero el juzgamiento termina en una absolución y no en sentencia condenatoria.

Referencias

ALONSO, H. Olásolo. Derecho a la defensa, estructura del juicio oral y regímenes de penas y reacciones. *In: MEDINA, D. C. A. (coord.). Procedimiento, litigio y representación ante tribunales internacionales*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2017.

- ANTECEDENTES. *Justicia Transicional*, c2024. Disponible en: <https://justiciatransicional.org.ve/antecedentes-justicia-transicional/>. Acceso en: 30 jul. 2023.
- APONTE, A. *Persecución penal de crímenes internacionales*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2011.
- BERNATH, J. 'Complex political victims' in the aftermath of mass atrocity: reflections on the Khmer Rouge Tribunal in Cambodia. *International Journal of Transitional Justice*, v. 10, n. 1, p. 46-66, 1 mar. 2016.
- BLANC, A. El Tribunal Especial para Sierra Leona: un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del derecho internacional humanitario. *Anuario Español de Derecho Internacional*, v. 19, p. 101-137, 2003.
- BUSTOS, F. J. Fiscalía v. Lubanga Dyilo: la primera sentencia sobre reparaciones de la Corte Penal Internacional. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 9, p. 113-125, 2013.
- BYRNE, R. Evaluación de la evidencia testimonial en los procedimientos de asilo: estándares rectores de los tribunales penales internacionales. *International Journal of Refugee Law*, v. 19, n. 4, p. 609-638, 2007.
- CARPINTERO, G. El proceso de Tokio: el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente (1946-1948). *Dignitas*, v. 3, p. 103-127, 2020.
- CARVAJAL, S.; REINA, A.; SERNA, J. *Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente*. [S.l.: s.n.].
- COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Casos: Jean-Pierre Bemba (Bemba I)*. [2018]. Disponible en: <https://www.coalitionfortheicc.org/es/casos/jeanpierre-bemba-bemba-i#:~:text=El%2021%20de%20junio%20de,saqueo%20como%20crimen%20de%20guerra>. Acceso en: 31 jul. 2023.
- COLEGIO DE ABOGADOS DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL. *Tribunal Penal Internacional para Rwanda*. [s.d.]. Disponible en: <https://www.bpi-icb.com/es/noticias/otros-tribunales/tribunal-penal-internacional-para-rwanda>. Acceso en: 30 jul. 2023.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Estatuto de Roma*. 1998.
- CUERVO, B. *et al.* Centro de Investigación de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas. *Revista Vínculos*, v. 11, n. 1, p. 124-161, 2014.
- DELGADO, J. del Carpio. Las víctimas como testigos en el derecho penal internacional (I): especial referencia a los Tribunales ad hoc. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, v. 8, n. 15, p. 128-169, 2013.
- EL PERÚ, 10 años después de la comisión de la verdad. *International Center for Transitional Justice*, 18 ago. 2018. Disponible en: <https://www.ictj.org/es/news/peru-10-anos-despues-de-la-comision-de-la-verdad>. Acceso en: 30 jul. 2023.
- EXTRAORDINARY CHAMBERS IN THE COURTS OF CAMBODIA. *Practice Direction on Victim Participation*. Rev.1, 2008.
- FUNGAIRIÑO, E. Tokyo: hacia la justicia global. *Libertad Digital*, 3 dic. 2015. Disponible en: <https://www.libertaddigital.com/cultura/historia/2015-12-03/como-los-nazis-en-nuremberg-los-japoneses-tambien-se-enfrentaron-a-un-tribunal-militar-internacional-1276562665/>. Acceso en: 30 jul. 2023.
- GIMÉNEZ, J. *La posición de las víctimas de graves crímenes internacionales ante los tribunales militares internacionales y los tribunales penales internacionales*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2017.
- GONZÁLEZ, P. V. El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte. *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 3, n. 5, p. 18-41, 2006.
- GORAIEB, E.; MACEDO, P. E. V. B. A ampliação da jurisdição internacional: o surgimento de uma jurisdição internacional em matéria penal. *Revista de Direito Internacional*, v. 19, n. 2, p. 244-267, 2022. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8512>. Acceso en: 3 ago. 2024.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Appeals Chamber. *ICC-01/04-01/06-925*, 13 jun. 2007. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-01/06-925>. Acceso en: 31 jul. 2023.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *ICC-ASP/1/3/ Rules of Procedure and Evidence*, 20 mar. 2002.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-trial Chamber I. *ICC-01/04-101*, 17 ene. 2006. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-101-ten-corr>. Acceso en: 31 jul. 2023.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-trial Chamber I. *ICC-01/04-593*, 13 abr. 2011. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-593>. Acceso en: 31 jul. 2023.

- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber I. *ICC-01/04-01/06*, 7 ago. 2012. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_07872.PDF. Acceso en: 31 jul. 2023.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber I. *ICC-01/04-01/06-1401*, 13 jun. 2008. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-01/06-1401>. Acceso en: 31 jul. 2023.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber I. *ICC-01/04-01/06-2032*, 9 jul. 2009. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-01/06-2032>. Acceso en: 31 jul. 2023.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Victim's booklet: victims before the International Criminal Court*. Haia, 2021.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT; OFICINA PÚBLICA DE DEFENSA DE LAS VÍCTIMAS. *Representación de víctimas ante la Corte Penal Internacional: manual para los representantes legales*. La Haya, 2018.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-trial Chamber I. *ICC-01/04-01/07-474*, 13 mayo 2008. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-01/07-474>. Acceso en: 31 jul. 2023.
- JARVIS, H. Juicios y penas: la larga búsqueda de justicia para el genocidio de Camboya. *Revista de estudios sobre genocidio*, año 8, v. 12, p. 35-60, 2017.
- LOPES, A. M. D. Á. Evolução da proteção das mulheres vítimas de violência sexual na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: incorporação da perspectiva de gênero. *Revista de Direito Internacional*, v. 19, n. 2, p. 118-137, 2022. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8416>. Acceso en: 3 ago. 2024.
- LÓPEZ, L. *Colección grandes fallos de la justicia penal internacional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2019. v. 5.
- MARCHIORI, H. *Criminología: la víctima del delito*. Ciudad de México: Porrúa, 2000.
- MEJÍA, J. C. Un acercamiento al establecimiento de los tribunales internacionales modernos. *Prolegómenos: derechos y valores*, v. 12, n. 23, p. 201-219, 2009.
- MONTALVO, C. *Tipologías victimológicas del conflicto interno armado colombiano*. Barranquilla: Universidad del Norte, 2021.
- NACIONES UNIDAS; REPÚBLICA LIBANESA. *S/RES/1757*, 30 mayo 2007. Anexo acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Libanesa relativo al establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano.
- PASCUAL, R. Las víctimas del delito y su participación en el proceso ante la Corte Penal Internacional. *Revista Boliviana de Derecho*, v. 35, n. 35, p. 290-331, 2023.
- PÉREZ, M. El tribunal especial para el Líbano y su contribución al fin de la impunidad: una mirada crítica. *Confluencias*, v. 23, n. 2, p. 144-156, 2021.
- RAINER, H. De Nuremberg a La Haya: los crímenes de derechos humanos ante la justicia. Problemas, avances y perspectivas a los 60 años del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. *Análisis Político*, v. 55, p. 20-38, 2005.
- RICARDO, D.; DÍAZ, V. El concepto de víctima al interior de tribunales penales internacionales. *Prolegómenos*, v. 16, n. 32, p. 87-103, 2013.
- RUBIN, P. Common law and statute law. *Legal Studies*, v. 11, p. 205-222, 1982.
- SÁNCHEZ, R. A.; SÁNCHEZ, R. A. Participación de víctimas: riesgos y beneficios. Dos lecciones de la Corte Penal Internacional a la Jurisdicción Especial de Paz en Colombia. *Prolegómenos*, v. 22, n. 43, p. 63-78, 2019.
- TORRES, M. El tribunal especial para el Líbano y su contribución al fin de la impunidad: una mirada crítica. *Confluencias*, v. 23, n. 2, p. 144-156., 2021.
- UNITED NATIONS. Audiovisual Library of International Law. *Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano*. c2023. Disponible en: www.un.org/law/avl. Acceso en: 30 jul. 2023.
- UNITED NATIONS. General Assembly. *Declaration of basic principles of justice for victims of crime and abuse of power*. 1985.
- UNITED NATIONS. *International tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of former Yugoslavia since 1991*. Rules of procedure and evidences. 11 feb. 1994.

UNITED NATIONS; KINGDOM OF CAMBOYA. *NS/RKM/080/12*. Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers. 2004.

VASSILI, M. Los juicios de Tokio: una perspectiva del siglo XXI. *Nippon.com*, 28 ago. 2015. Disponible en: <https://www.nippon.com/es/column/g00303/>. Acceso en: 30 jul. 2023.

WELLER, K. ¿Por qué siguen siendo importantes los juicios de Nuremberg hoy en día?. *Coalition for the International Criminal Court Spanish*, 4 oct. 2016. Disponible en: <https://www.coalitionfortheicc.org/es/news/20161004/por-que-siguen-siendo-importantes-los-juicios-de-nuremberg-hoy-en-dia>. Acceso en: 30 jul. 2023.

Agradecimientos

Se agradece el apoyo realizado por el grupo de investigación en Derecho Privado y Ciencias Penales DEPCI-PE adscrito de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico, que desde su línea sobre victimología ha motivado el fortalecimiento de las investigaciones en estos temas.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O suborno transnacional como crime de lesa humanidade: uma análise da Resolução A/C.6/77/L.4 da AGNU e a possível (in) adequação ao artigo 7º do Estatuto de Roma

Transnational bribery as a crime against humanity: an analysis of AGNU Resolution A/C.6/77/L.4 and the possible (in) adequacy to article 7 of the Rome Statutes

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro

João Glicério de Oliveira Filho

Leonardo Ribeiro Bacellar da Silva

VOLUME 21 • N. 1 • 2024
INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: 25 YEARS

O suborno transnacional como crime de lesa humanidade: uma análise da Resolução A/C.6/77/L.4 da AGNU e a possível (in) adequação ao artigo 7º do Estatuto de Roma*

Transnational bribery as a crime against humanity: an analysis of AGNU Resolution A/C.6/77/L.4 and the possible (in) adequacy to article 7 of the Rome Statutes

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro**

João Glicério de Oliveira Filho***

Leonardo Ribeiro Bacellar da Silva****

Resumo

Discute-se, neste artigo, se o crime de suborno transnacional pode ser considerado crime de lesa humanidade, e, por conseguinte, se seria possível sua adequação à figura típica descrita no artigo 7º do Estatuto de Roma. Para tanto, utiliza-se do método hermenêutico, buscando, por meio da revisão bibliográfica, análise legislativa, documental, e se valendo de precedentes do Tribunal Penal Internacional da Ex-Iugoslávia e do TPI, com uma abordagem qualitativa, questionar se a consideração do suborno transnacional como crime de lesa humanidade seria possível, e se sua tipificação estaria de acordo com o Estatuto de Roma. Ao final, pretende-se, também, discutir os limites necessários à eventual configuração da conduta e a complementaridade da competência do Tribunal Penal Internacional, a fim de não violar os princípios fulcrais do Tribunal, notadamente a legalidade e a complementaridade.

Palavras-chave: suborno transnacional; crime contra a humanidade; Tribunal Penal Internacional; tipificação.

Abstract

This article aims to discuss whether the crime of transnational bribery can be considered a crime against humanity, as well as whether it would be possible to adapt it to the typical figure described in article 7 of the Rome Statute. To this end, the article will use the hermeneutic method, seeking, through a bibliographical review, legislative and document analysis, and using precedents from the International Criminal Court of the former Yugoslavia and the ICC, with a qualitative approach, to question whether the consideration of transnational bribery as a crime against humanity would be possible, and whether its classification would be in accordance with the Rome Statute.

* Recebido em 31/07/2023
Aprovado em 20/08/2024

** Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.
Departamento de Direito Público.
E-mail: fravazzano@gmail.com

*** Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia.
Departamento de Direito Privado.
E-mail: joao@joaoglicerio.com

**** Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.
E-mail: leonardo@thomasbacellar.adv.br

In the end, it is also intended to discuss the necessary limits to the possible configuration of conduct and the complementarity of the competence of the International Criminal Court, seeking not to violate the core principles of the Court, notably legality and complementarity.

Keywords: transnational bribery; crime against humanity; International Criminal Court; typification.

1 Introdução

Verifica-se, no presente artigo, se a prática do suborno transnacional poderá ser tipificada como crime contra a humanidade, desafiando, por conseguinte, a eventual atuação do Tribunal Penal Internacional.

Com efeito, a temática deste artigo revela-se de fundamental importância tendo em vista as repercussões econômicas e sociais advindas da prática da corrupção, porquanto aprofunda desigualdades sociais, além de deteriorar preceitos morais, minando a confiança do cidadão no Estado.

Destarte, a palavra corrupção origina-se do latim, *corruptus*, que significa estragado, subornado¹. É dizer, significa deteriorado, em putrefação.

O desvio de verbas, bem como o pagamento (e recebimento) de valores indevidos a fim de obter uma vantagem pessoal em detrimento do interesse público, não raro provoca distorções e mesmo abstenções na prestação de serviços públicos essenciais. Dessa forma, tem-se a retirada de valores destinados à saúde, por exemplo, para o locupletamento pessoal do representante do povo, ou o pagamento de montantes para beneficiar uma empresa privada em prejuízo de outra mais apta e capaz de melhor prestar um serviço ou fornecer um bem à sociedade.

A ONU² e a Transparência Internacional³ denunciam, há décadas, não apenas os prejuízos financeiros e sociais decorrentes das práticas corruptivas, mas a própria crise de legitimidade de governos e a derrocada da democracia,⁴ bem como o aumento da violência e da criminalidade organizada⁵, como consequências da falta de credibilidade nos órgãos públicos.

Quando se verifica essa distorção em nível internacional, fala-se em suborno transnacional, que provoca tais danos socioeconômicos em uma escala global.

Observa-se, como exemplo, durante a operação “Lava Jato”⁶, a descoberta do pagamento de propina a partidos, políticos e empresários de 12 países distintos pela Odebrecht e Braskem, tornando-se um dos maiores escândalos de suborno transnacional conhecidos⁷.

Para além de compreender o suborno transnacional como um delito que atinge mais de uma nação — definição de crimes transnacionais —, há a necessidade de compreender que a corrupção ofende bem jurídico supranacional⁸, ou seja, valores que têm grande importância para a humanidade, o que poderia desafiar a atuação do Tribunal Penal Internacional. Justamente em razão dessa assertiva, apresenta-se a pergunta problema, que fundamenta este trabalho: é possível considerar o crime

² NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Corrupção tira até 40 bilhões de dólares de países em desenvolvimento todo ano, alerta ONU*. Brasília: UN Brasil, 9 dez. 2013. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/64509-corrup%C3%A7%C3%A3o-tira-at%C3%A9-40-bil%C3%B5es-de-d%C3%B3lares-de-pa%C3%ADses-em-desenvolvimento-todo-ano-alerta-onu>. Acesso em: 19 ago. 2023.

³ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. *O que é corrupção?* Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/perguntas-frequentes/>. Acesso em: 19 ago. 2024.

⁴ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *A corrupção trai pessoas e democracias, diz secretário-geral da ONU*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/130036-corrup%C3%A7%C3%A3o-trai-pessoas-e-democracias-diz-o-secret%C3%A1rio-geral-da-onu>. Acesso em: 19 ago. 2024.

⁵ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. *Índice de percepção da corrupção 2023*. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 19 ago. 2024.

⁶ Não se abordará neste artigo as ilegalidades praticadas durante a operação, pois fugiria por completo do objeto deste trabalho. Cita-se a operação apenas a título de exemplo de descoberta de um dos maiores casos de suborno transnacional envolvendo o Brasil.

⁷ TAVOLIERI, Nathalia. Entenda o “maior caso de suborno da história”. *DW*, 22 dez. 2016. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/entenda-o-maior-caso-de-suborno-da-hist%C3%B3ria/a-36883165#>. Acesso em: 19 ago. 2023.

⁸ TEIXEIRA, Gabriel Haddad. O Tribunal Penal Internacional como um instrumento complementar na proteção dos bens jurídicos internacionais. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 1, p. 37-39, 2012. p. 35.

¹ SARNEY, José. O sal não salga. *Folha de São Paulo*, 10 jun. 2005. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1006200507.htm>. Acesso em: 15 jul. 2023.

de suborno transnacional como crime contra a humanidade, de acordo com o artigo 7º do Estatuto de Roma?

Para tentar respondê-la, no primeiro capítulo, foi traçado um breve esboço histórico das legislações internacionais, dos Tratados e Convenções Internacionais para repressão à corrupção, bem como das leis domésticas que versam sobre a prevenção e repressão à corrupção, conferindo enfoque à discussão da evitação da ocorrência do fenômeno no âmbito das empresas e do Estado.

No capítulo seguinte, passou-se a discutir a iniciativa da Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) em elaborar o Projeto de Artigos Sobre Prevenção e Punição de Crimes Contra a Humanidade, destacando, ainda, os estudos realizados pela comissão específica do órgão para a discussão da adequação da corrupção como crime de lesa humanidade.

Nesse aspecto, verificou-se a Resolução /C.6/77/L.4 DA AGNU com o cronograma dos debates sobre a definição de crimes contra a humanidade e as críticas doutrinárias ao retromencionado Projeto, com enfoque maior aos comentários tecidos pela Anistia Internacional.

No último capítulo, houve a análise do Tratado de Roma, especificamente da tipificação dos crimes contra a humanidade descritos no artigo 7º, e a (im)possibilidade de enquadrar o suborno transnacional como delito de lesa humanidade — ataque sistematizado ou generalizado à população — e as consequências no âmbito do Tribunal Penal Internacional a partir de tal qualificação.

Quanto ao elemento subjetivo do tipo, citou-se o caso emblemático de Tihomir Blaskic, julgado pelo Tribunal Penal Internacional da Ex-Iugoslávia, a fim de verificar a presença do dolo eventual nos crimes contra a humanidade e a Teoria do Domínio do Fato, como possível limite à configuração do suborno transnacional como modalidade de crime da competência do TPI.

Foi empregado nesta pesquisa o método hermenêutico, buscando, por meio da revisão bibliográfica, análise legislativa, documental, e de precedentes do Tribunal Penal Internacional da Ex-Iugoslávia e do TPI, com uma abordagem qualitativa, responder à pergunta problema.

2 A corrupção como fenômeno e a criminalização de sua prática no âmbito internacional e doméstico

Aristóteles definiu a corrupção como a adulteração da natureza das coisas, explicitando a necessidade de se buscar as causas do fenômeno:

sobre a geração e a corrupção das coisas que por natureza se geram e corrompem, há que distinguir, de modo uniforme para todas, as respectivas causas e definições, assim como, sobre o aumento e a alteração, o que é cada um e se é de supor que a natureza da alteração e da geração é a mesma ou é diferente, acompanhando a diferença dos nomes⁹.

É essa degeneração que, uma vez constatada, deve ser analisada em seu âmago, para que a causa não seja negligenciada, a fim de que a coisa corrompida não se torne um “não ser”. A geração de algo é a corrupção de uma coisa, e a corrupção gera, necessariamente, algo novo¹⁰.

A partir dessa premissa, pode-se afirmar que a corrupção é um mal que destrói a existência dos objetos, quaisquer que sejam, e tal assertiva não poderia ser diferente, quando se analisam as discussões acerca do crime de corrupção, tanto no âmbito nacional quanto no espectro internacional¹¹.

Para a Transparência Internacional, a corrupção consiste em:

Em termos gerais, a corrupção é o abuso de poder confiado a alguém para obtenção de ganho privado. Pode ser classificada como grande corrupção, pequena corrupção e aquelas de natureza política ou privada (também conhecida como “corrupção co-

⁹ ARISTÓTELES. *Sobre a geração e a corrupção*. Lisboa: Centro de filosofia da Universidade de Lisboa, 2009. p. 47.

¹⁰ ARISTÓTELES. *Sobre a geração e a corrupção*. Lisboa: Centro de filosofia da Universidade de Lisboa, 2009. p. 71

¹¹ Como define o Ministério da Transparência, o suborno transnacional: pode-se conceituar suborno transnacional como o oferecimento ou outorga, por parte de cidadãos, pessoas que tenham residência habitual e empresas domiciliadas em determinado território, a um funcionário público de outro Estado, direta ou indiretamente, de qualquer objeto de valor pecuniário ou outros benefícios, como dádivas, favores, promessas ou vantagens em troca de ação ou omissão por esse funcionário no exercício de suas funções públicas, relacionada com uma transação de natureza econômica ou comercial (Art. VIII do Decreto n.º 4.410, de 07 de outubro de 2002). BRASIL. *Decreto n.º 4.410 de 7 de outubro de 2002*. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso “e”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.

mercial”) a depender do volume de recursos apropriados indevidamente e do setor em que ocorre.

A grande corrupção corresponde a atos ilícitos praticados pelo alto escalão de governos, que distorcem políticas públicas e o funcionamento dos estados, permitindo que líderes se beneficiem a despeito do interesse público, e também por empresários e executivos de grandes empresas privadas, com prejuízos para a eficiência da economia e ampliação das desigualdades sociais.

A pequena corrupção se refere ao abuso cotidiano cometido por servidores públicos locais de baixo e médio escalão em suas interações com pessoas comuns. Neste caso, muito frequentemente esses cidadãos tentam acessar bens e serviços públicos como hospitais, escolas, delegacias de polícia e outras agências, mas só o conseguem mediante pagamento de determinada quantia a um funcionário público.

A corrupção política se revela na manipulação de políticas públicas, interferência nas instituições e mudanças de regras na alocação de recursos e em linhas de financiamento por parte de autoridades, que abusam de sua posição para ganhar poder, status e dinheiro.

A corrupção privada ou comercial é aquele que não envolve o Poder Público, mas entes privados apenas. Ocorre, por exemplo, quando um funcionário do setor de compras de uma empresa privada recebe suborno para favorecer algum fornecedor também privado. Normalmente, ocorre sem o conhecimento dos superiores hierárquicos e pode resultar em grandes prejuízos às empresas, aos seus sócios controladores e minoritários, além de gerar distorções ao próprio funcionamento do mercado. Apesar disto, ela ainda não é tipificada como crime em alguns países, entre eles (até o momento da redação deste texto em maio de 2018) o Brasil.¹²

Ao tecer um breve esboço histórico sobre o surgimento da preocupação com a prevenção e repressão à corrupção, podem-se apontar alguns eventos importantes ocorridos no estrangeiro, como o *crack* da bolsa de Nova York, quando, pela primeira vez, se verificou que o mercado, sozinho, não era capaz de se autorregular, surgindo o debate acerca da necessidade de criação de agências reguladoras estatais para evitar novos colapsos financeiros¹³.

Avançando no tempo, verifica-se o escândalo envolvendo o financiamento da campanha de Richard Nixon, a respeito do *Caso Watergate*.¹⁴

Com efeito, nos Estados Unidos da América, surge a denominada *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), no ano de 1977 (pós-*Watergate*), editada após uma série de outros escândalos sobre o pagamento de propina¹⁵, notadamente o caso da *Lockheed Aircraft Corporation*, empresa destinada à produção de embarcações, mísseis e aeronaves, a qual, na década de 1970, foi acusada de pagar cerca de US\$ 22 milhões em propinas a funcionários públicos para a assinatura e manutenção de contratos¹⁶.

A lei foi considerada um instrumento inovador e eficaz de combate à corrupção, porque, dentre outros aspectos, alterou o Código Criminal Federal dos Estados Unidos, prevendo a responsabilização de pessoas físicas e jurídicas que se envolvessem em práticas de corrupção¹⁷ com funcionário público estrangeiro, tendo a expressão *foreign official* um alcance maior do que a literalidade pode traduzir, englobando, também, qualquer pessoa que possa atuar em benefício de órgãos públicos ou organismos internacionais, como o Banco Mundial e a Organização dos Estados Americanos.

Nos Estados Unidos se trata, de maneira apartada, por intermédio de outra legislação, da corrupção interna, ou seja, aquela envolvendo agentes públicos locais.

Outrossim, previu a adoção pelas empresas de medidas para evitar a prática de tais crimes, sendo, inclusive, obrigadas a enviar, periodicamente, relatórios por emissão de valores mobiliários¹⁸.

¹⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance en la perspectiva de la criminología económica. *Derecho Penal y Criminología*, ano 9, n. 3, p. 252-267, abr. 2019. p. 256.

¹⁵ FORTINI, Cristiana. Uma rápida comparação entre a Lei 12.846/13 e norte-americano foreign corrupt practices act (FCPA). *Direito do Estado*, 24 nov. 2015. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/cristiana-fortini/uma-rapida-comparacao-entre-a-lei-1284613-e-norte-americano-foreign-corrupt-practices-act-fcpa>. Acesso em: 15 jul. 2023.

¹⁶ PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord.). *Temas de anti-corrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 24.

¹⁷ UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. *Foreign Corrupt Practices Act*. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em 15 jul. 2023.

¹⁸ UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. *Cláusulas anti-suborno e sobre livros e registros contábeis da lei americana anti-corrupção no exterior*. 14 nov. 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/>

¹² TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. *O que é corrupção?* Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/perguntas-frequentes/>. Acesso em: 19 ago. 2024.

¹³ SCHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e o direito penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 18, n. 222, maio 2011.

Até então, inexistia no país e, também, no mundo uma lei tipificando como crime tais condutas e impondo essas obrigações às pessoas físicas e jurídicas, o que levou os Estados Unidos a iniciarem um movimento global de combate à corrupção, sendo, inclusive, posteriormente, em 29 de março de 1996, adotada pelos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção, que tem como finalidade “levar os Estados a envidarem todos os esforços para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, por intermédio da criação e do fortalecimento dos mecanismos voltados para tanto”¹⁹. Essa Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro, por meio do Decreto Legislativo n.º 152/02, e entrou em vigor em 24 de agosto de 2002.

Nos Estados Unidos, o Departamento de Justiça (DOJ) e a *Securities and Exchange Commission* (SEC) são os órgãos responsáveis por aplicar a FCPA, tendo estes, atualmente, a Lei Sarbanes-Oxley, apelidada de SOX, como parâmetro para a análise da efetividade das medidas adotadas pelas empresas destinadas a evitar a prática de ilícitos.

Tal lei foi assinada em 30 de julho de 2002 pelo Senador Paul Sarbanes (Democrata) e pelo Deputado Michael Oxley (Republicano), tendo o intuito de garantir a criação de instrumentos de controle interno nas empresas, de modo a mitigar os inúmeros riscos do negócio, assegurando a transparência e a confiabilidade na gestão das empresas, por intermédio de boas práticas de governança corporativa²⁰, repercutindo, assim, na credibilidade dos investidores em relação ao mercado de capitais.

Nessa mesma linha de comportamento, na Inglaterra, após exacerbadas críticas internacionais e forte pressão da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, entrou em vigor, em 1º de julho de 2011, a *UK Bribery Act*, que, igualmente, visa respon-

sabilizar pessoas físicas e jurídicas envolvidas em atos de corrupção e a estimular a adoção dos programas de *compliance*²¹.

Além de prever a punição a funcionários públicos nacionais e estrangeiros, ela tipifica a corrupção no setor privado e penaliza a pessoa jurídica pela omissão em prevenir atos de corrupção. Todavia, embora louvável o intuito desse diploma legal, ele somente entrou em vigor após a promulgação do chamado *Guia para as pessoas jurídicas em matéria de autorregulação regulada*.²²

À vista desses preceitos legais, muitas empresas multinacionais brasileiras que atuavam em tais países se submetiam às exigências de implantação de um modelo de autorregulação regulada²³, e, assim, antes da entrada em vigor da Lei Anticorrupção brasileira, já possuíam programas de *compliance* estruturados, a citar, exemplificativamente, a Braskem e a Odebrecht, embora, consoante muito divulgado ultimamente, por intermédio dos meios de comunicação, eles não fossem eficazes²⁴.

No Brasil, especialmente em relação à produção legislativa, viu-se criar novos diplomas penais, como a Lei n.º 12.846/2013, intitulada de Lei Anticorrupção Empresarial ou Lei da Empresa Limpa, e aprimorar-se o rigor de outros, como ocorreu em relação à Lei n.º 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), alterada em 2012, com o intuito precípuo de privilegiar a tutela penal sobre o que se percebia como os mais significativos “inimigos” do desenvolvimento do país.

Instituindo a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas envolvidas em atos contrários à Administração Pública nacional e estrangeira²⁵, a aludi-

fcpa-portuguese.pdf. Acesso em: 15 jul. 2023.

¹⁹ GARCIA, Mônica Nicida. *A Convenção Interamericana contra a corrupção e o Ministério Público*. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/combate-crimes-ciberneticos/artigos-1/A%20CICC%20e%20o%20MP.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2023.

²⁰ “A governança corporativa pode ser entendida, em uma primeira acepção, como um conjunto de fundamentos que consubstanciam a condução ética aos negócios”. Sendo compreensível, destarte, os programas de *compliance* como uma das vertentes dessa condução ética dos negócios. ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 26.

²¹ Do inglês, *to comply*, ou seja, atuar em conformidade. Refere-se ao conjunto de medidas preventivas a serem adotadas pelas corporações para evitar a prática de ilícitos, bem como reprimi-los internamente.

²² UNITED KINGDOM. Ministry of Justice. *Bribery Act*. 2010. Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2023.

²³ GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 60, n. 15, p. 129-147, jun. 2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/55>. Acesso em: 15 jul 2023.

²⁴ COSTA, Flávio; AZEVEDO, Guilherme. Nova relação da Odebrecht com o poder é um fator de risco. *UOL*, São Paulo, 25 mar. 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/03/25/nova-relacao-da-odebrecht-com-o-poder-e-um-fator-de-risco-diz-o-monitor-do-acordo-de-leniencia.htm>. Acesso em: 15 jul. 2023.

²⁵ “Art. 1º – Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva ad-

da lei foi a primeira, nacionalmente, a sancionar pessoas jurídicas pela prática de tais atos, o que, anteriormente, se restringia à punição da pessoa física, bem como a mencionar, de modo expresso, os programas de *compliance*.

Dessa forma, em seu artigo 7º, inc. VIII, explicita que serão considerados para atenuar a penalidade a ser imposta à pessoa jurídica a “existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”, o que consiste, efetivamente, em um programa de *compliance*.

Percebe-se, pois, que tanto no âmbito internacional quanto no cenário doméstico, a discussão acerca da adoção de medidas preventivas revela-se fundamental para o combate à corrupção, notadamente quando se constata os efeitos maléficos que as práticas corruptivas promovem na sociedade.

Além da previsão legal retromencionada, há, ainda, no direito interno, o acréscimo promovido pela Lei 10.467/2002, alterando o código penal, passando a prever os tipos penais corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B²⁶), o tráfico de influência em transação comercial internacional (art. 337-C²⁷), e a norma penal não incriminadora explicativa, trazendo

ministrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

²⁶ Corrupção ativa em transação comercial internacional Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: (Incluído pela Lei n.º 10.467, de 11.6.2002) Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei n.º 10.467, de 11.6.2002) Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. (Incluído pela Lei n.º 10.467, de 11.6.2002)

²⁷ Tráfico de influência em transação comercial internacional (incluído pela Lei n.º 10.467, de 11.6.2002) Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional: (Incluído pela Lei n.º 10.467, de 11.6.2002) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei n.º 10.467, de 11.6.2002) Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro. (Incluído pela Lei n.º 10.467, de 11.6.2002)

a definição de quem é funcionário público estrangeiro (art. 337-D²⁸).

Mais recentemente, foi aprovada a primeira disposição doméstica criminalizando a corrupção privada, ainda que restrita ao direito desportivo, qual seja, o artigo 165²⁹ da Lei Geral do Esporte, Lei n.º 14.597/23. Há ainda, o PL 576/2023, passando a dispor sobre outras modalidades de corrupção privada³⁰.

²⁸ Funcionário público estrangeiro (Incluído pela Lei n.º 10.467, de 11.6.2002) Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro. (Incluído pela Lei n.º 10.467, de 11.6.2002) Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais. (Incluído pela Lei n.º 10.467, de 11.6.2002)

²⁹ Art. 165. Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como representante de organização esportiva privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou de omitir ato inerente às suas atribuições: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao representante da organização esportiva privada, vantagem indevida.

³⁰ Título IV-A Dos crimes de corrupção privada Corrupção privada passiva “Art. 207-A. Solicitar ou receber o administrador privado, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem, a fim de realizar ou deixar de realizar ato ou negócio jurídico, bem como para favorecer ou desfavorecer a contratação de determinada pessoa: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Corrupção privada ativa Art. 207-B. Oferecer ou prometer vantagem indevida a administrador privado, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de interesse da empresa: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Definição de “administrador privado” Art. 207-C. Considera-se administrador privado quem exerça, em qualquer pessoa jurídica de direito privado, função de administrador, gerente, diretor, presidente, vice-presidente, controlador, sócio, associado, curador, mantenedor, interventor ou qualquer outra função que lhe dê poder de decisão sobre a realização e o encaminhamento de ato ou negócio jurídico. Parágrafo único. Equipara-se a administrador quem esteja, sob qualquer razão ou pretexto, no exercício de fato de quaisquer das funções citadas no caput, independentemente de constar do contrato social ou outro documento público ou privado. Aumento de pena Art. 207-D. As penas previstos neste Título aumentam: I - de metade se o crime é cometido no âmbito ou contexto de: a - associação que tenha por objetivo o desenvolvimento de atividades de educação ou assistência social sem fins lucrativos ou de fundação de qualquer espécie; b - pessoa jurídica qualificada como organização social, organização da sociedade civil de interesse público ou que, de qualquer forma, esteja formalmente apta a colaborar ou cooperar com o Poder Público; c - sindicatos, associações sindicais, federações sindicais ou centrais sindicais; d - organizações religiosas; e - sociedades anônimas abertas; f - pessoa jurídica que esteja em estado de insolvência, falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial; g - pessoa jurídica que tenha contrato com o Poder Público, mesmo que o ato de corrupção privada não interfira

Apesar da previsão normativa, há inúmeros escândalos de corrupção envolvendo o Brasil, tanto internamente quanto externamente. O mesmo fenômeno é observado internacionalmente, apesar da existência de diversos Tratados e Convenções Internacionais destinados a prevenir e reprimir a corrupção. Pergunta-se: as iniciativas da Organização das Nações Unidas e outros organismos internacionais em tornar a corrupção transnacional crime de lesa humanidade, de fato, ocasionará os efeitos esperados (redução dos casos de corrupção e facilitação da recuperação de fluxos financeiros ilícitamente desviados)?

Quando uma empresa privada por iniciativa ou cedendo a pedido de autoridade estrangeira a suborna para obter benefícios no exterior, como o caso recente da Odebrecht envolvendo o Peru³¹, ocasionando, inclusive, a renúncia do presidente do país³² poderia configurar crime de lesa humanidade? É o que se busca discutir no próximo capítulo.

3 A corrupção como crime contra a humanidade e a Resolução A/C.6/77/L.4 da AGNU

Conforme *ex vi*, não se pode esquecer dos efeitos deletérios da corrupção na sociedade mundial e, justamente por essa razão, há propostas da consideração da corrupção como crime contra a humanidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas³³.

diretamente na execução do contrato II – de dois terços, se do ato resulta dano ambiental, sem prejuízo da responsabilização penal da pessoa jurídica ou das pessoas que foram coautoras ou partícipes na ação ou omissão da qual resultou o dano. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 576/2023*. Altera o Decreto-Lei 2.848, de 1940 (Código Penal), para criar o tipo penal de corrupção privada. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2235894. Acesso em: 15 jul. 2023.

³¹ PERU exigirá US\$ 1 bilhão da Odebrecht como reparação por corrupção. *EBC*, 29 jan. 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2018-01/peru-exigira-us-1-bilhao-da-odebrecht-como-reparacao-por-corrupcao>. Acesso em: 15 jul. 2023.

³² GOMES, Thalles. Presidente do Peru renuncia após escândalos de corrupção envolvendo a Odebrecht. *Brasil de Fato*, 22 mar. 2018. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/03/22/presidente-do-peru-renuncia-apos-escandalos-de-corrupcao-envolvendo-a-odebrecht/>. Acesso em: 15 jul. 2023.

³³ CHADE, Jamil. ONU propõe tratar corrupção como crime contra a humanidade. *Exame*, 1 set. 2017. Disponível em: <https://exame.com/mundo/onu-propoe-tratar-corrupcao-como-crime>

Com efeito, compreende-se que, malgrado haja inúmeras convenções internacionais para prevenção e repressão ao crime organizado transnacional, a corrupção, tráfico internacional de drogas, genocídio, e tantos outros temas que afetam, direta ou indiretamente, os direitos humanos, a inexistência de uma Convenção Internacional para a prevenção e repressão aos crimes de lesa humanidade, culmina em impactar, negativamente, a importância atribuída ao tema pela comunidade internacional.³⁴

Pari passu, constata-se a ineficácia das convenções atuais sobre a corrupção quanto à recuperação dos ativos desviados pelas organizações criminosas e mesmo por atores estatais oficiais (governos de Estado).³⁵

Dessa forma, a proposta da criação de uma convenção específica para dispor sobre os crimes de lesa humanidade está sendo desenvolvida e debatida na comunidade internacional, tendo a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas iniciado, em 2014, os estudos para a confecção do documento, sob a relatoria especial do professor estadunidense Sean D. Murphy³⁶ que, após diversas reuniões e um profícuo diálogo com Estados internacionais, apresentou quatro relatórios que serviriam de base para a minuta do texto da Convenção.

Em 2019 apresentou-se Projeto de Artigos Sobre Prevenção e Punição de Crimes Contra a Humanidade, cujo objetivo principal é a sistematização de regras para que os países internamente evitem e punam a prática de crimes de lesa humanidade e, em se tratando de delitos transnacionais, cooperem entre si para alcançar tais finalidades.

Ou seja: objetivou uma maior internalização dos regramentos já previstos para a prevenção e combate de outros ilícitos previstos em Convenções Internacionais — inclusive com o escopo de evitar uma maior resistên-

contra-a-humanidade/. Acesso em: 18 jul. 2023.

³⁴ BIAZATTI, Bruno de Oliveira. ONU toma medidas para eventual convenção sobre crimes contra humanidade. *Consultor Jurídico*, 8 dez. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-08/bruno-biazatti-luz-fim-tunel>. Acesso em: 18 jul. 2023.

³⁵ CHADE, Jamil. ONU propõe tratar corrupção como crime contra a humanidade. *Exame*, 1 set. 2017. Disponível em: <https://exame.com/mundo/onu-propoe-tratar-corrupcao-como-crime-contra-a-humanidade/>. Acesso em: 18 jul. 2023.

³⁶ BIAZATTI, Bruno de Oliveira. ONU toma medidas para eventual convenção sobre crimes contra humanidade. *Consultor Jurídico*, 8 dez. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-08/bruno-biazatti-luz-fim-tunel>. Acesso em: 18 jul. 2023.

cia da comunidade internacional na aceitação das regras — e o incremento da comunicação entre os países envolvidos no fenômeno do que, propriamente, a criação de novas regras.³⁷

O Projeto, alvo de críticas antagônicas³⁸, traz, em seu preâmbulo, a explanação de uma de suas finalidades:

(2) treaties focused on prevention, punishment and inter-State cooperation exist for many offences far less egregious than crimes against humanity, such as corruption¹⁴ and transnational organized crime. ¹⁵ Consequently, a global convention on prevention and punishment of crimes against humanity might serve as an important additional piece in the current framework of international law, and in particular, international humanitarian law, international criminal law and international human rights law. Such a convention could draw further attention to the need for prevention and punishment and could help States to adopt and harmonize national laws relating to such conduct, thereby opening the door to more effective inter-State cooperation on the prevention, investigation and prosecution of such crimes. In building a network of cooperation, as has been done with respect to other offences, sanctuary would be denied to offenders, thereby⁷ — it is hoped — helping both to deter such conduct ab initio and to ensure accountability ex post. Matters not regulated by such a convention would continue to be governed by other rules of international law, including customary international law³⁹.

³⁷ BIAZATTI, Bruno de Oliveira. ONU toma medidas para eventual convenção sobre crimes contra humanidade. *Consultor Jurídico*, 8 dez. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-08/bruno-biazatti-luz-fim-tunel>. Acesso em: 18 jul. 2023.

³⁸ Como destaca Biazatti, parte compreendeu que o Projeto era demasiado conservador, tanto pela adoção de uma linguagem ultrapassada, quanto por não refletir temas mais contemporâneos que são caros aos direitos humanos e tampouco por trazer regras propriamente novas; outrossim, de outro lado, Michael Wood, criticou o Projeto por trazer regras que não refletem costume internacional. BIAZATTI, Bruno de Oliveira. ONU toma medidas para eventual convenção sobre crimes contra humanidade. *Consultor Jurídico*, 8 dez. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-08/bruno-biazatti-luz-fim-tunel>. Acesso em: 18 jul. 2023.

³⁹ Tradução livre dos autores: tratados focados na prevenção, punição e cooperação interestatal existem para muitas ofensas muito menos flagrantes do que crimes contra a humanidade, como corrupção¹⁴ e crime organizado transnacional. ¹⁵ Consequentemente, uma convenção global sobre prevenção e punição de crimes contra a humanidade pode servir como uma importante peça adicional na estrutura atual do direito internacional e, em particular, do direito internacional humanitário, do direito penal internacional e do direito internacional dos direitos humanos. Tal convenção poderia chamar mais atenção para a necessidade de prevenção e punição e poderia ajudar os Estados a adotar e harmonizar as leis nacionais relativas a tais condutas, abrindo assim as portas para uma cooperação interestatal mais eficaz na prevenção, investigação e repressão de tais crimes. Ao construir uma rede de cooperação, como tem sido feito com relação a outros delitos, o santuário seria negado aos infratores,

Percebe-se, pois, conforme aduzido por Bruno Biazatti⁴⁰, o relator do projeto se preocupou em manter as regras já descritas nos principais Tratados e Convenções já existentes para prevenção e repressão de delitos graves transnacionais, a exemplo das Convenções contra a Corrupção e o Crime Organizado, constantemente citadas no projeto.

Todavia, a repetição quase integral da redação do artigo 7º do Estatuto de Roma⁴¹, na definição sobre crimes contra a humanidade, deixou de atender aos próprios anseios da comunidade internacional, e já apresentados por diversos setores da ONU, quanto ao acréscimo expressamente da corrupção como modalidade de crime de lesa humanidade.

A redação, portanto, do artigo 2º da proposta da Convenção sobre Crimes de Lesa Humanidade, perdeu, a princípio, a oportunidade de abraçar um tema há muito debatido internamente pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU.

Nesse sentido, o Comitê Assessor do Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2014, por meio da A/HRC/AC/13/L.2⁴², já ciente da importância acerca da compreensão da corrupção como crime contra a humanidade, solicitou ao grupo responsável pelos estudos impactos negativos que a corrupção sistêmica ocasiona no exercício dos direitos humanos pelos cidadãos, que o informasse sobre o andamento das pesquisas.

Em 24 de fevereiro de 2015, na 14ª Sessão do Conselho Consultivo de Direitos Humanos, o tema foi no-

assim — espera-se — ajudando tanto a dissuadir tal conduta ab initio quanto a garantir a responsabilização *ex post*. Assuntos não regulamentados por tal convenção continuariam a ser regidos por outras regras do direito internacional, incluindo o direito internacional consuetudinário.

⁴⁰ BIAZATTI, Bruno de Oliveira. ONU toma medidas para eventual convenção sobre crimes contra humanidade. *Consultor Jurídico*, 8 dez. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-08/bruno-biazatti-luz-fim-tunel>. Acesso em: 18 jul. 2023.

⁴¹ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Recomendaciones generales a los estados para una Convención Sobre la Prevención y el Castigo de Crímenes de Lesa Humanidad*: primera reanudación del periodo de sesiones de la sexta comisión de la Asamblea General de la ONU. Disponível em: <https://www.amnesty.org/es/documents/ior40/6497/2023/es/#:~:text=Est%C3%A1%20previsto%20que%20del%2010,los%20cr%C3%ADmenes%20de%20lesa%20humanidad>. Acesso em: 15 jul. 2023.

⁴² UNITED NATIONS. Asamblea General. *Resolución A/C.6/77/L.4*. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N22/691/18/PDF/N2269118.pdf?OpenElement>. Acesso em: 18 jul. 2023.

vamente discutido⁴³, o que demonstra a importância da temática e o incômodo da comunidade internacional acerca dos efeitos da corrupção.

Na 36ª sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, dirigida por Obiora Okafor e Jean Ziegler, apresentou-se relatório indicando o progresso do

[...] estudo baseado em pesquisa sobre o impacto do fluxo de fundos de atividades ilícitas, origem e a não repatriação dos mesmos para os países de origem no gozo dos direitos humanos, inclusive econômicos, direitos sociais e culturais⁴⁴.

Observa-se, por conseguinte, que há inúmeros esforços no sentido de compreender que a corrupção sistemática consiste em uma forma de violação aos direitos humanos. Entretanto, a redação do Projeto de Artigos Sobre Prevenção e Punição de Crimes Contra a Humanidade perdeu, até o momento, a oportunidade de trazer, expressamente, a corrupção como crime de lesa humanidade em seu artigo:

Article 2 - Definition of crimes against humanity

1. For the purpose of the present draft articles, “crime against humanity” means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack: (a) murder; (b) extermination; (c) enslavement; (d) deportation or forcible transfer of population; (e) imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law; (f) torture; (g) rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity; (h) persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph; (i) enforced disappearance of persons; (j) the crime of apartheid; (k) other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health⁴⁵.

⁴³ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. *Human Rights Council Advisory Committee holds fourteenth session from 23 to 27 February in Geneva*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2015/02/human-rights-council-advisory-committee-holds-fourteenth-session-23-27>. Acesso em: 18 jul. 2023.

⁴⁴ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. *Human Rights Council Advisory Committee holds fourteenth session from 23 to 27 February in Geneva*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2015/02/human-rights-council-advisory-committee-holds-fourteenth-session-23-27>. Acesso em: 18 jul. 2023.

⁴⁵ Tradução livre dos autores: Artigo 2. Definição de crimes contra a humanidade. 1. Para efeitos do presente projeto de artigos, “crime contra a humanidade” significa qualquer um dos seguintes

Não obstante, em virtude das já mencionadas críticas, a Resolução A/C.6/77/L.4⁴⁶ estabelece cronograma de atividades acerca da discussão do Projeto Sobre Prevenção e Punição de Crimes Contra a Humanidade, no sentido de propiciar novos debates sobre a configuração dos delitos, bem como mecanismos de prevenção, investigação e repressão de tais condutas.

Assim, a Anistia Internacional⁴⁷ encaminhou documento com as sugestões sobre o texto, objetivando que tais ponderações fossem discutidas na primeira reunião do cronograma, em abril de 2023. Nos comentários, destacou-se que a definição dos crimes contra a humanidade constitui, praticamente, uma cópia mais sucinta do artigo 7º do Estatuto de Roma, porquanto houve a supressão de expressões que permitiriam um alcance maior da tipificação dos crimes contra a humanidade, o que é contrário à ideia inicial do Conselho em ampliar a definição dos delitos de lesa humanidade.

Sugerem, ainda, que o artigo 2º do Projeto, ao se referir ao desaparecimento forçado de pessoas, não traga a expressão “com a intenção de deixá-las (as pessoas desaparecidas) fora do amparo da lei por um período de tempo prolongado”, pois, embora previsto na redação do artigo 7º do Estatuto de Roma, se trata de concepção ultrapassada, quando comparado com a de-

atos quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra qualquer população civil, com conhecimento do ataque: (a) assassinato; (b) extermínio; (c) escravidão; (d) deportação ou transferência forçada de população; (e) prisão ou outra privação grave da liberdade física em violação das regras fundamentais do direito internacional; (f) tortura; (g) estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual de gravidade comparável; (h) perseguição contra qualquer grupo ou coletividade identificável por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos, de gênero ou outros que sejam universalmente reconhecidos como inadmissíveis pelo direito internacional, em conexão com qualquer ato referido neste parágrafo; (i) desaparecimento forçado de pessoas; (j) o crime de apartheid; (k) outros atos desumanos de caráter semelhante, causando intencionalmente grande sofrimento ou lesões graves ao corpo ou à saúde mental ou física.

⁴⁶ UNITED NATIONS. *Asemblea General. Resolución A/C.6/77/L.4*. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N22/691/18/PDF/N2269118.pdf?OpenElement>. Acesso em: 18 jul. 2023.

⁴⁷ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Recomendaciones generales a los estados para una Convención Sobre la Prevención y el Castigo de Crímenes de Lesa Humanidad: primera reanudación del periodo de sesiones de la sexta comisión de la Asamblea General de la ONU*. Disponível em: <https://www.amnesty.org/es/documents/ior40/6497/2023/es/#:~:text=Est%C3%A1%20previsto%20que%20del%2010,los%20cr%C3%ADmenes%20de%20lesa%20humanidad>. Acesso em: 15 jul. 2023.

finição de desaparecimento forçado de pessoas previsto na Convenção Internacional para Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (CPED).⁴⁸

Recomendam, ainda, a supressão no artigo 2.1. com relação ao delito de perseguição, da expressão “em conexão com qualquer outro ato mencionado no presente parágrafo”, pois limita o alcance da norma, defendendo a Anistia Internacional que se trate de conduta autônoma.⁴⁹

Por fim, salientaram, ainda, que a limitação de gênero contida na redação do artigo 7.3 do Estatuto de Roma, e abandonada pelo Projeto, não fosse reinserida, por se tratar de visão ultrapassada da definição de gênero.⁵⁰

Por fim, destaca-se que as conclusões alcançadas por Obiora Okafor e Jean Ziegler⁵¹ quanto aos impactos provocados no exercício dos direitos humanos diante da não repatriação dos valores decorrentes de fluxos financeiros ilícitos:

negative impact of the non-repatriation of illicit financial flows on the enjoyment of human rights⁴⁹. The non-repatriation of illicit financial flows not only contributes to increasing the gap between developed and developing countries; it also hinders

⁴⁸ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Recomendaciones generales a los estados para una Convención Sobre la Prevención y el Castigo de Crímenes de Lesa Humanidad*. primera reanudación del periodo de sesiones de la sexta comisión de la Asamblea General de la ONU. Disponível em: <https://www.amnesty.org/es/documents/ior40/6497/2023/es/#:~:text=Est%C3%A1%20previsto%20que%20del%2010,los%20cr%C3%ADmenes%20de%20lesa%20humanidad>. Acesso em: 15 jul. 2023.

⁴⁹ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Recomendaciones generales a los estados para una Convención Sobre la Prevención y el Castigo de Crímenes de Lesa Humanidad*. primera reanudación del periodo de sesiones de la sexta comisión de la Asamblea General de la ONU. Disponível em: <https://www.amnesty.org/es/documents/ior40/6497/2023/es/#:~:text=Est%C3%A1%20previsto%20que%20del%2010,los%20cr%C3%ADmenes%20de%20lesa%20humanidad>. Acesso em: 15 jul. 2023.

⁵⁰ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Recomendaciones generales a los estados para una Convención Sobre la Prevención y el Castigo de Crímenes de Lesa Humanidad*. primera reanudación del periodo de sesiones de la sexta comisión de la Asamblea General de la ONU. Disponível em: <https://www.amnesty.org/es/documents/ior40/6497/2023/es/#:~:text=Est%C3%A1%20previsto%20que%20del%2010,los%20cr%C3%ADmenes%20de%20lesa%20humanidad>. Acesso em: 15 jul. 2023.

⁵¹ UNITED NATIONS. General Assembly. *Research-based study on the impact of flow of funds of illicit origin and the non-repatriation thereof to the countries of origin on the enjoyment of human rights, including economic, social and cultural rights*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/documents/status-and-update-reports/research-based-study-impact-flow-funds-illicit-origin-and-non>. Acesso em: 18 jul. 2023.

the socioeconomic development of the developing countries in particular, as well as their capacity to deliver basic social services to their citizens. As a consequence, citizens' confidence in the Government and the rule of law is eroded, and corruption and poverty perpetuated. Non-return jeopardizes the enjoyment of economic, social and cultural rights⁵⁰. Illicit financial flows reduce the resources to be committed to social and economic investment and infrastructure, jeopardizing the State's ability to fulfil economic, social and cultural rights to the maximum of its available resources. Diversion of funds through corruption particularly impacts on the socioeconomic rights of the population of the poorest States, which may encounter difficulties in fulfilling their minimum core obligations with respect to the most basic rights: the right to food, the right to an adequate standard of living, and the rights to health and education.⁵²

Decerto, não se pode ignorar os graves impactos gerados pela corrupção transnacional. No entanto, não houve, até o momento, sugestão do acréscimo da corrupção sistemática como crime de lesa humanidade, o que apresenta um desafio para o enquadramento de tal conduta tanto na definição do Projeto — que, como visto, possui por finalidade o reforço da justiça local na prevenção e repressão a tais delitos — quanto no próprio Estatuto de Roma, que será objeto de análise no próximo capítulo.

⁵² Tradução livre dos autores: Impacto negativo da não repatriação de fluxos financeiros ilícitos no gozo dos direitos humanos⁴⁹. A não repatriação de fluxos financeiros ilícitos não só contribui para aumentar o fosso entre países desenvolvidos e em desenvolvimento; também dificulta o desenvolvimento socioeconômico dos países em desenvolvimento em particular, bem como sua capacidade de fornecer serviços sociais básicos a seus cidadãos. Como consequência, a confiança dos cidadãos no governo e no estado de direito é corroída e a corrupção e a pobreza se perpetuam. O não retorno compromete o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais⁵⁰. Os fluxos financeiros ilícitos reduzem os recursos a serem comprometidos com o investimento social e econômico e a infraestrutura, comprometendo a capacidade do Estado de cumprir os direitos econômicos, sociais e culturais ao máximo de suas possibilidades recursos. O desvio de recursos por meio da corrupção afeta particularmente os direitos socioeconômicos da população dos Estados mais pobres, que podem encontrar dificuldades em cumprir suas obrigações básicas mínimas no que diz respeito aos direitos mais básicos: o direito à alimentação, o direito a um padrão de vida adequado, e os direitos à saúde e à educação. UNITED NATIONS. General Assembly. *Research-based study on the impact of flow of funds of illicit origin and the non-repatriation thereof to the countries of origin on the enjoyment of human rights, including economic, social and cultural rights*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/documents/status-and-update-reports/research-based-study-impact-flow-funds-illicit-origin-and-non>. Acesso em: 18 jul. 2023. p. 12.

4 A competência do Tribunal Penal Internacional para julgamento do suborno transnacional como crime de lesa humanidade e a tipificação do artigo 7º do Estatuto de Roma

Neste momento, dentre os delitos previstos no Estatuto de Roma, será objeto de análise se o suborno transnacional poderá ser enquadrado como crime contra a humanidade, ou se haveria a necessidade da elaboração de uma emenda ao Estatuto, tendo em vista o princípio da legalidade.

4.1 A possível configuração do suborno transnacional como crime contra a humanidade

Para que se considere o suborno transnacional como crime de lesa humanidade, deve-se considerar se o agente que pratica o delito possui consciência e vontade em receber valores beneficiando empresas em detrimento da realização de obras ou prestação de serviços de qualidade, provocando, por exemplo, o desvio de verbas destinadas à construção de hospitais ou reforma, ou ocasionando o mau fornecimento de medicamentos, bem como se possui o domínio do fato. Outrossim, o valor em si do montante desviado deve ser também auferido para a qualificação da conduta como de lesa pátria e, por consequência, de lesa humanidade.

De fato, os efeitos deletérios da corrupção configuram ofensa à dignidade e a autodeterminação de uma nação, impedindo que a população civil usufrua, integralmente, dos direitos que são inerentes à humanidade (saúde, cultura, lazer, dentre outros).

Ao cotejar tal compreensão com os crimes de lesa humanidade, pode-se afirmar que a corrupção configura um ataque sistematizado ou generalizado a uma população civil? Necessariamente a corrupção ocasiona a morte de terceiros ou consiste em quaisquer das condutas descritas no artigo 7º do Estatuto de Roma?

4.1.1 Os crimes contra a humanidade no Estatuto de Roma

Desde a Conferência de Roma, a conceituação dos chamados crimes contra a humanidade suscitara intensas divergências⁵³ considerando-se que, ainda em momento posterior ao julgamento de Nuremberg, não houve registro de qualquer convenção internacional voltada tipificar esta conduta — o que foi objeto de discussão no capítulo anterior —, ao contrário de como se sucedeu com o crime de genocídio. Apesar de existirem onze documentos que aludiam tal prática, inexistia carência de uma tipificação em lei. Premente trazer a lume que existiam aspectos semelhantes — todavia não similares — nos tantos registros internacionais que tratavam os crimes contra a humanidade, o que amparava na tipificação desta conduta⁵⁴.

Nesse sentido, o artigo 6º da Carta do Tribunal Militar de Nuremberg, o artigo 5º das normas análogas ao Tribunal para o Extremo Oriente, o *Allied Control Council Law* n.º 10 e a Declaração dos Direitos do Homem de 1948, determinaram os crimes contra a humanidade — conceituação replicada pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (artigos 7 e 10), pelo Pacto de San Jose da Costa Rica de 1969, (artigos 5º e 6º) — e também apresentaram elementos que integram esse tipo penal.

Por derradeiro, a conceituação dos crimes contra a humanidade surgirá no Estatuto dos Tribunais delineado para o julgamento dos crimes cometidos na antiga Iugoslávia e em Ruanda⁵⁵.

Dessa forma, o artigo 7º do Estatuto de Roma (ER) apontará os crimes contra a humanidade como o ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil, em que haja homicídio, extermínio, escravidão, deportação ou transferência forçada, prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, tortura, agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada ou outra forma grave de agressão

⁵³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 234.

⁵⁴ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 234.

⁵⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 234.

sexual, perseguição de um grupo ou coletividade por motivos de raça, cor, etnia, nacionalidade, cultura, gênero, religião, política, desaparecimento forçado de pessoas e *arpatheid*⁵⁶.

Para a ocorrência do crime contra a humanidade, não bastam as condutas delineadas no texto legal em análise, é imprescindível que aconteça uma investida generalizada voltada contra uma população civil. Dessa forma, além de muitas vítimas, o tipo exige que a conduta tenha uma estratégia metodológica, isto é, que ela tenha sido planejada e organizada⁵⁷. Japiassú⁵⁸ aduz, ainda, que, para a existência do crime, é imperioso que haja uma intencionalidade especial, para além do próprio dolo, ou seja, a consciência dos autores de que participam de um ataque.

4.1.2 Os limites da corrupção como lesa humanidade

Como afirmado anteriormente, não se pode considerar qualquer ato de corrupção como crime de lesa humanidade, ou seja, se o suborno transnacional poderá ser considerado um ataque generalizado ou sistematizado à população.

A corrupção somente poderia restar configurado como crime contra a humanidade quando o desvio da verba ou o pagamento realizado por empresas a políticos de uma determinada nação a fim de se obterem vantagens pessoais configura um ataque sistematizado ou generalizado a uma população local, desde que implique em quaisquer das condutas descritas no artigo 7º do Estatuto de Roma.

Outrossim, Cláudia Regina Loreiro, ao se debruçar sobre a possibilidade da admissão do ecocídio como crime contra a humanidade, ponderou que há uma

premente necessidade de releitura dos requisitos para a caracterização do ilícito internacional, tendo em vista a própria evolução das relações humanas e mesmo a aptidão dos costumes (*soft law*) influenciarem a interpretação do TPI.⁵⁹

Com efeito, a possibilidade que se poderia ajustar ao caso do suborno transnacional seriam as alíneas *a* e *k*, desde que as condutas ocasionem a morte de pessoas ou intenso sofrimento físico e/ou mental.

Mas de qual forma o suborno transnacional poderia provocar tais resultados?

Há inúmeros estudos que sustentam que em razão da corrupção em si — principalmente quando relacionada à área da saúde —, indiretamente produz a morte de várias pessoas. Ou seja: a ausência do emprego da verba destinada à construção de hospitais, ampliação de leitos, aquisição de medicamentos, por exemplo, ocasiona sofrimento físico e/ou mental, além da morte de diversas pessoas que necessitam utilizar os serviços da saúde pública. A fim de prevenir e reprimir o suborno transnacional especificamente na área da saúde, em 28 de março de 2018 foi firmada Portaria Conjunta n.º 2 entre o Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União com a ANVISA⁶⁰.

Dessa forma, é possível considerar o suborno transnacional como crime de lesa humanidade, se a promessa ou pagamento da vantagem indevida a autoridade pú-

⁵⁶ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.

⁵⁷ Aponta que o legislador optou no artigo 7º por afastar a expressão “conflitos armados”, para não proporcionar qualquer confusão com o crime de guerra e aumentar o alcance da norma para as demais situações em que não se verifiquem definição naquele tipo. DISSENHA, Rui Carlo. Os crimes contra a humanidade e o Estatuto de Roma. *Academia.Edu*, 2006. Disponível em: https://www.academia.edu/33986890/Os_Crimes_Contra_a_Humanidade_e_o_Estatuto_de_Roma. Acesso em: 15 jul. 2023. p. 11.

⁵⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 242-243.

⁵⁹ Diante da necessidade de releitura dos requisitos para a caracterização dos crimes contra a humanidade, é possível afirmar que um costume internacional ou uma norma *soft law* pode criar precedentes para a caracterização do crime de ecocídio como crime contra a humanidade, em tempos de paz, pois há uma necessidade de se desenvolver uma noção contemporânea dos crimes dessa natureza 80.[...] É possível constatar, a partir da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional, que ao artigo 7º foram incorporados crimes contra a humanidade assentados pela jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais ad hoc, a exemplo do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, nos casos Stakic e Kupreskic, que considerou outros atos desumanos como uma categoria residual de crimes contra a humanidade. Além desses casos, entendeu-se, no caso Akayesu — do Tribunal Penal Internacional para Ruanda — que a nudez forçada poderia ser considerada como ato desumano, o que demonstra a importância da jurisprudência para a interpretação e para a evolução do direito internacional. LOUREIRO, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. O ecocídio perante o estatuto de Roma. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 20, n. 2, p. 344-374, 2023. p. 363.

⁶⁰ CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO; AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Portaria Conjunta CGU/ANVISA nº 002, de 28 de março de 2018*. Disponível em: <https://www.editorarocarati.com.br/v2/Diario-Oficial/Diario-Oficial/POR-TARIA-CONJUNTA-CGU-ANVISA-N-002-DE-28-03-2018.html>. Acesso em: 15 jul. 2023.

blica estrangeira ocorreu para beneficiar empresas que contratam com o país para a construção ou reforma de hospitais, e o faz de forma desidiosa, provocando problemas estruturais, desabamento das estruturas, ou, ainda, para o fornecimento de medicamentos, e não os apresenta ou os entrega já vencidos ou com data próxima do vencimento⁶¹.

O mesmo raciocínio pode ser empregado quando a empresa autora do suborno celebra contrato para construção de estradas e prédios que terminam ruindo pelas péssimas condições de sua edificação.

Assim, o caso do ex-presidente do Peru, Pedro Pablo Kuczynski, que aceitou, em tese, suborno da Odebrecht para que a empresa brasileira ficasse com os contratos do gasoduto Sul Peruano, a rodovia Chacas e dois trechos da rodovia interoceânica Sul⁶² durante os anos de 2004-2004, enquanto era Ministro no governo Alejandro Toledo⁶³ poderia ser qualificado como crime contra a humanidade.

⁶¹ O Relatório Global de Corrupção de 2009 da Transparência Internacional: A escala e o alcance do suborno nos negócios são desconcertantes. Praticamente, duas de cada cinco empresas entrevistadas afirmam que os executivos foram solicitados a pagar propina ao lidar com instituições públicas. A metade estima que a corrupção aumenta os custos de projetos em, no mínimo, 10%. Uma em cinco alega ter perdido negócios devido a pagamentos de propina por parte de um concorrente. Mais de um terço percebe um aumento da corrupção. As consequências são dramáticas. *Somente nos países em desenvolvimento e em transição, políticos e funcionários do governo corruptos recebem propinas estimadas entre US\$ 20 a 40 bilhões por ano* — o que equivale a aproximadamente 20% a 40% do subsídio oficial para o desenvolvimento (*development assistance*). Os custos são mensuráveis não apenas em dinheiro. *Quando a corrupção permite que empresas inescrupulosas violem a lei, as consequências vão desde a falta de água na Espanha, a exploração da mão-de-obra na China, ou desmatamento ilegal na Indonésia, até o uso de medicamentos inseguros na Nigéria e prédios de má construção na Turquia que desabam, provocando mortes.* Até mesmo os pagamentos facilitadores — os numerosos, geralmente pequenos pagamentos realizados pelas empresas para fazer ‘as coisas acontecerem’ — são considerados prejudiciais, uma vez que se multiplicam ao longo do sistema e ajudam a alimentar e sustentar burocracias, partidos políticos e governos corruptos. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Relatório global de corrupção 2009: corrupção e o setor privado*. Disponível em: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/relatorio_global_de_corrupcao_2009_corrupcao_e_o_setor_privado. Acesso em: 15 jul. 2023. p. 17.

⁶² PERU exigirá US\$ 1 bilhão da Odebrecht como reparação por corrupção. *EBC*, 29 jan. 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2018-01/peru-exigira-us-1-bilhao-da-odebrecht-como-reparacao-por-corrupcao>. Acesso em: 15 jul. 2023.

⁶³ GOMES, Thalles. Presidente do Peru renuncia após escândalos de corrupção envolvendo a Odebrecht. *Brasil de Fato*, 22 mar. 2018. Disponível em: [https://www.brasildefato.com.br/2018/03/22/presidente-do-peru-renuncia-apos-escandalos-de-corrupcao-envol-](https://www.brasildefato.com.br/2018/03/22/presidente-do-peru-renuncia-apos-escandalos-de-corrupcao-envol)

Aponta, ainda, o Relatório Global de Corrupção 2009⁶⁴ que o cartel realizado por empresas também promove a impossibilidade de acesso a medicamentos e alimentos pela população, podendo restar configurado, igualmente, como crime contra a humanidade.

Ou seja: somente é plausível aventar tal hipótese se o suborno possui relação direta com as consequências maleficamente indicadas no artigo 7º do Estatuto de Roma, no caso a morte ou sofrimento intenso de pessoas, caso contrário, pelo Princípio da Legalidade, não há de se afirmar que o suborno transnacional é crime de lesa humanidade.

4.2 A problemática envolvendo o domínio do fato e o elemento subjetivo no crime contra a humanidade: os antecedentes no caso Blaskic do Tribunal Penal da ex-Iugoslávia

Nesta seção, analisa-se o preenchimento do elemento subjetivo e mesmo da autoria mediata envolvendo autoridades estrangeiras e os empresários que participam do suborno transnacional e a possibilidade da responsabilização por crimes contra a humanidade.

De fato, cumpre indagar: a intenção do sujeito ao desviar dinheiro dos cofres públicos, ou em prometendo vantagem indevida à autoridade estrangeira visa, de fato, realizar um ataque sistematizado ou generalizado à população local? Há o dolo em sua conduta e na produção do resultado? Ou os sujeitos envolvidos buscam tão somente obter benefício financeiro próprio? Ou se pode afirmar que há a presença de dolo eventual, no momento em que a autoridade estrangeira aceita o suborno para beneficiar uma empresa particular, deixando de contratar a empresa mais competente para a realização da obra ou prestação do serviço público, atendendo a interesses particulares em detrimento do interesse social?

Com relação ao dolo direto, não parece possível. É clara a intenção dos atores na corrupção em obter vantagem indevida, notadamente patrimonial. Quando se promete ou se efetua pagamento, ou mesmo se aceita receber vantagem indevida para a celebração de contra-

vendo-a-odebrecht/. Acesso em: 15 jul. 2023.

⁶⁴ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Relatório global de corrupção 2009: corrupção e o setor privado*. Disponível em: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/relatorio_global_de_corrupcao_2009_corrupcao_e_o_setor_privado. Acesso em: 15 jul. 2023. p. 19.

to em outro país, se visa, justamente, alcançar benefícios financeiros e não provocar a morte de pessoas ou intenso sofrimento físico e/ou mental.

Ocorre que, ao verificar a possibilidade de dolo eventual — quando o sujeito não deseja diretamente o resultado, mas na prática da conduta almejada, visualiza a possibilidade da ocorrência do resultado pior, assume o risco e prossegue com sua ação/omissão, pouco se importando com a repercussão produzida — a discussão ganha corpo.

Neste sentido, Rafael Gonçalves Mota⁶⁵, analisando o pensamento de Tim Macfarland quanto à possibilidade de responsabilização penal do militar que, utilizando de sua posição hierárquica, autoriza o envio de armas dotadas de IA que terminam por perpetrar crimes de guerra, afirma ser possível responsabilizar a autoridade com fulcro no dolo eventual. Considerando-se essa perspectiva, seria possível aplicar este raciocínio ao caso ora em análise?

Com efeito, o artigo 30 do Estatuto de Roma⁶⁶ refere-se aos elementos psicológicos para a responsabilização do sujeito, descrevendo o dolo direto no *caput*, podendo ser extraída a modalidade de dolo eventual da segunda metade do item três do dispositivo em análise. Todavia, há forte divergência quanto à admissibilidade do dolo eventual nos crimes internacionais próprios.

Em verdade, o tema foi objeto de julgamento pelo Tribunal Penal Internacional da Ex-Iugoslávia no caso *Blaskić*⁶⁷, e não houve conclusão expressa pela admissi-

bilidade do dolo eventual nos crimes de guerra e contra a humanidade para parte da doutrina, como assevera Carlos Frederico de Oliveira Pereira⁶⁸. Tal discussão deve-se à utilização confusa do direito continental e o anglo saxão pela Corte.

In casu, o general Tihomir Blaskić, então comandante das forças croatas na Bósnia, foi condenado pelos ataques realizados por seus subordinados a mulçumanos em Lasva Valey, região da Bósnia⁶⁹. O objetivo das forças armadas era aniquilar os inimigos; todavia, ao se deslocarem para Lasva Valey, perceberam que somente havia civis desarmados e mesmo assim prosseguiram com o massacre. Outrossim, nem todas as forças milita-

cis/en/cis_blaskic.pdf. Acesso em: 20 jul. 2023.

⁶⁵ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. A responsabilidade de comando por ação e omissão na jurisprudência das cortes internacionais e nos tratados de DIH. In: PRADO, Luiz Regis; EL TASSE, Adel (coord.). *Direito internacional penal: responsabilidade de comando no Estatuto de Roma e sua implementação no código penal militar*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 99-152. p. 113.

⁶⁶ O artigo 28 do Estatuto de Roma trata, especificamente, sobre a responsabilização criminal do superior hierárquico por condutas praticadas por seus subordinados. Entretanto, o artigo é claro em exigir a presença do dolo para a responsabilização: “Artigo 28. Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores Hierárquicos Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal: a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando: i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal. b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando: a) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes; b) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos; e c) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal. BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.

⁶⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Case Information Sheet: “Lašva Valley” (IT-95-14)*. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/>

⁶⁸ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. A responsabilidade de comando por ação e omissão na jurisprudência das cortes internacionais e nos tratados de DIH. In: PRADO, Luiz Regis; EL TASSE, Adel (coord.). *Direito internacional penal: responsabilidade de comando no Estatuto de Roma e sua implementação no código penal militar*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 99-152. p. 113.

⁶⁹ O artigo 28 do Estatuto de Roma trata, especificamente, sobre a responsabilização criminal do superior hierárquico por condutas praticadas por seus subordinados. Entretanto, o artigo é claro em exigir a presença do dolo para a responsabilização: “Artigo 28. Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores Hierárquicos Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal: a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando: i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal. b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando: a) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes; b) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos; e c) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal. BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.

⁶⁵ MOTA, Rafael Gonçalves. Direito internacional humanitário e as armas autônomas letais. *Revista de Direito Internacional*, v. 19, n. 3, p. 336-354, 2022. p. 351.

⁶⁶ 1. Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais. 2. Para os efeitos do presente artigo, entende-se que atua intencionalmente quem: a) relativamente a uma conduta, se propuser adotá-la; b) relativamente a um efeito do crime, se propuser causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar em uma ordem normal dos acontecimentos. 3. Nos termos do presente artigo, entende-se por “conhecimento” a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar, em uma ordem normal dos acontecimentos. As expressões “ter conhecimento” e “com conhecimento” deverão ser entendidas em conformidade. BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.

⁶⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Case Information Sheet: “Lašva Valley” (IT-95-14)*. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/>

res estavam subordinadas a Blaskic⁷⁰ A defesa de Blaskic em sua apelação apresentou os seguintes argumentos:

H. Alega erros em relação à responsabilidade do apelante pelos crimes cometidos no município de Kiseljak O apelante contestou as conclusões da Câmara de Julgamento de que ele ordenou os ataques ao município de Kiseljak e “deliberadamente correu o risco” de fazer dos muçulmanos e suas propriedades os principais alvos dessas ofensivas. Além disso, ele desafiou a conclusão de que ele “tinha que saber” que ao ordenar tais ataques, crimes de grande violência poderiam resultar⁷¹.

Em sua conclusão, a Câmara de Apelação reduziu a condenação de Blaskic de 45 (quarenta e cinco) anos para 09 (nove) anos, por considerar, justamente, que não havia provas suficientes do efetivo controle militar sobre as unidades na área de Ahmići, a respeito do massacre aos civis muçulmanos desarmados e mesmo a perseguição por razões políticas, racismo ou religiosas nas regiões de Vitez, Busovaca e Zenica. Transcrevem-se as conclusões da Câmara:

a Câmara de Apelações também afirmou que o apelante não tinha controle efetivo sobre as unidades militares responsáveis pelo cometimento de crimes na área Ahmići em 16 de abril de 1993, no sentido de uma capacidade material de prevenir ou punir conduta criminosa e, portanto, os elementos constitutivos de a responsabilidade de comando não foi satisfeita. A Câmara de Apelações não estava, portanto, convencida de que as provas do julgamento, avaliadas juntamente com as provas adicionais admitidas em apelação, provassem, sem qualquer dúvida razoável, que o apelante era responsável sob a responsabilidade criminal superior por não ter prevenido os crimes na área Ahmići ou punir os perpetradores.

Dessa forma, afastou a incidência da responsabilização por atos por comando pela teoria do domínio do

⁷⁰ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. A responsabilidade de comando por ação e omissão na jurisprudência das cortes internacionais e nos tratados de DIH. In: PRADO, Luiz Regis; EL TASSE, Adel (coord.). *Direito internacional penal: responsabilidade de comando no Estatuto de Roma e sua implementação no código penal militar*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 99-152. p. 112.

⁷¹ Texto original: H. Alleged errors concerning the appellant’s responsibility for crimes committed in the Kiseljak municipality The appellant challenged the Trial Chamber findings that he ordered the attacks on the Kiseljak municipality and “deliberately ran the risk” of making Muslims and their property the main targets of these offensives. Furthermore, he challenged the conclusion that he “had to have known” that by ordering such attacks, very violent crimes would result. INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Case Information Sheet*: “Lašva Valley” (IT-95-14). Disponível em: http://www.icty.org/x/cases/blas-kic/cis/en/cis_blaskic.pdf. Acesso em: 20 jul. 2023. p. 6.

fato e pela ausência de dolo – *mens rea* – acerca dos atos discriminatórios.

Percebe-se, pois, que não houve, de fato, afirmação quanto à admissibilidade do dolo eventual nos crimes contra a humanidade e a adoção da Teoria do Domínio do Fato⁷² restou latente, exigindo-se, entretanto, e por respeito óbvio ao Princípio da Presunção de Inocência, que o sujeito não ocupe, simplesmente, posição hierárquica superior aos executores da ação, mas que ele controle a realização ou não do fato, bem como tenha conhecimento do resultado almejado pelos autores diretos.

5 Considerações finais

Após as considerações acerca do fenômeno da corrupção e as previsões legais atuais, tanto no âmbito internacional quanto doméstico, bem como as disposições dos Tratados e Convenções Internacionais, constatou-se que, para os organismos internacionais, notadamente as Nações Unidas, a prevenção e correta repressão destas condutas pelos países internamente e em cooperação entre si, é uma realidade que precisa ser incorporada a partir de um documento solene internacional.

Não obstante, malgrado haja inúmeros esforços, no sentido de demonstrar os danos provocados pela corrupção, em especial o suborno transnacional, tendo, como consequência, a privação do pleno gozo dos direitos humanos pela sociedade, o Projeto de Artigos Sobre Prevenção e Punição de Crimes Contra a Humanidade, apresentado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, não previu a corrupção como crime de lesa humanidade.

Dessa forma, voltou-se o olhar à definição de crime contra a humanidade previsto no artigo 7º do Estatuto

⁷² Falando-se, nos casos das empresas privadas, há ainda a possibilidade de se discutir a responsabilização em vista do domínio da organização (domínio do fato por aparatos organizados de poder). Este artigo não se irá aprofundar tal discussão, por fugir ao objeto imediato da pesquisa (possibilidade de enquadramento da corrupção como crime contra a humanidade). Para aprofundamento na discussão, recomenda-se a leitura do capítulo “O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade da empresa”, na obra “Autoria como domínio do fato”. TEIXEIRA, Adriano; LEITE, Alair; GRECO, Luis. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

de Roma, a fim de verificar se há a possibilidade de adequação da corrupção como crime da competência do Tribunal Penal Internacional.

É, justamente, a necessidade de se traçar parâmetros concretos que se adentra no âmbito da presente pesquisa: poderia o crime de suborno transnacional, qualificado como crime de lesa pátria, amoldar-se à vertente de lesa humanidade?

Ademais, para a configuração do crime contra a humanidade, deve-se observar a exigência da consciência e vontade do sujeito em dois momentos: ao praticar uma das condutas previstas no artigo 7º do Estatuto de Roma, e que tais condutas estejam inseridas em um contexto de ataque sistematizado e generalizado de uma população civil.

Assim, a prática do suborno deve ser grave a tal ponto de representar um ataque sistematizado ou coordenado a uma população civil, comprovando-se que o(s) sujeito(s) desviaram, por exemplo, enormes quantias financeiras, como forma de desestabilizar e acatar determinada sociedade.

Analisando os casos mais comuns que envolvem o suborno transnacional, parece que tal possibilidade, pautada no dolo direto, é impossível, uma vez que a pessoa que oferece ou dá vantagem patrimonial e a autoridade estrangeira que a recebe para beneficiar a empresa privada, visam, tão somente, o lucro ou outro tipo de benefício, notadamente financeiro. Outrossim, admitir a hipótese de dolo eventual no TPI passa a ser possível, desde que se demonstre que também era previsível pelo agente a ocorrência do resultado pior, assumindo o risco e prosseguindo na conduta, ou seja, que a corrupção desaguaria, necessariamente, na desestabilização da sociedade (como forma de ataque à população em si).

De igual forma, o conceito anglo-saxão do “*bad to know*”, exige que se demonstre concretamente que a imprudência do sujeito restou latente, pois ele tinha que saber que um subordinado praticara a conduta e não adotou qualquer medida para impedir ou reprimir tais ações.

Somente estando configurado todos os elementos supradescritos, ocasionando ainda o resultado material de quaisquer das condutas previstas no artigo 7º (a morte, ou grave sofrimento físico ou mental), poder-se-ia admitir que o suborno transnacional fosse tipificado como crime contra a humanidade.

Não obstante, é necessário registrar que, conforme evidenciado nos capítulos 01 e 02 deste artigo, o excesso de Tratados e Convenções Internacionais, se não for acompanhado de uma verdadeira mudança cultural, não terá eficácia prática. Sem essa mudança, tais instrumentos não resultarão na internalização das proibições e na prevenção efetiva dessas práticas.

Referências

AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Recomendaciones generales a los estados para una Convención Sobre la Prevención y el Castigo de Crímenes de Lesa Humanidad: primera reanudación del periodo de sesiones de la sexta comisión de la Asamblea General de la ONU*. Disponível em: <https://www.amnesty.org/es/documents/ior40/6497/2023/es/#:~:text=Est%C3%A1%20previsto%20que%20del%2010,los%20cr%C3%ADmenes%20de%20lesa%20humanidad>. Acesso em: 15 jul. 2023.

ARISTÓTELES. *Sobre a geração e a corrupção*. Lisboa: Centro de filosofia da Universidade de Lisboa, 2009.

BIAZATTI, Bruno de Oliveira. ONU toma medidas para eventual convenção sobre crimes contra humanidade. *Consultor Jurídico*, 8 dez. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-08/bruno-biazatti-luz-fim-tunel>. Acesso em: 18 jul. 2023.

BIJOS, Leila; NÓBREGA, Antônio Carlos Vasconcelos. Suborno transnacional: nova realidade normativa brasileira. *RIL*, Brasília, ano 52, n. 207, p. 239-259, jul./set. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p239.pdf. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 576/2023*. Altera o Decreto-Lei 2.848, de 1940 (Código Penal), para criar o tipo penal de corrupção privada. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2235894. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 22 maio 2023.

- BRASIL. *Decreto nº 3.689 de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.
- BRASIL. *Decreto nº 4.410 de 7 de outubro de 2002*. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso “c”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.
- BRASIL. *Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.
- BRASIL. *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 14.497, de 14 de junho de 2023*. Institui a Lei Geral do Esporte. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14597.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.
- BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Suborno Transnacional*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/suborno-transnacional>. Acesso em: 15 jul. 2023.
- CHADE, Jamil. ONU propõe tratar corrupção como crime contra a humanidade. *Exame*, 1 set. 2017. Disponível em: <https://exame.com/mundo/onu-propoe-tratar-corrupcao-como-crime-contra-a-humanidade/>. Acesso em: 18 jul. 2023.
- CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO; AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Portaria Conjunta CGU/ANVISA nº 002, de 28 de março de 2018*. Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Diario-Oficial/Diario-Oficial/PORTARIA-CONJUNTA-CGU-ANVISA-N-002-DE-28-03-2018.html>. Acesso em: 15 jul. 2023.
- COSTA, Flávio; AZEVEDO, Guilherme. Nova relação da Odebrecht com o poder é um fator de risco. *UOL*, São Paulo, 25 mar. 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/03/25/nova-relacao-da-odebrecht-com-o-poder-e-um-fator-de-risco-diz-o-monitor-do-acordo-de-leniencia.htm>. Acesso em: 15 jul. 2023.
- DISSENHA, Rui Carlo. Os crimes contra a humanidade e o Estatuto de Roma. *Academia.Edu*, 2006. Disponível em: https://www.academia.edu/33986890/Os_Crimes_Contra_a_Humanidade_e_o_Estatuto_de_Roma. Acesso em: 15 jul. 2023.
- FORTINI, Cristiana. Uma rápida comparação entre a Lei 12.846/13 e norte-americano foreign corrupt practices act (FCPA). *Direito do Estado*, 24 nov. 2015. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/cristiana-fortini/uma-rapida-comparacao-entre-a-lei-1284613-e-norte-americano-foreign-corrupt-practices-act-fcpa>. Acesso em: 15 jul. 2023.
- GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 60, n. 15, p. 129-147, jun. 2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/55>. Acesso em: 15 jul. 2023.
- GARCIA, Mônica Nicida. *A Convenção Interamericana contra a corrupção e o Ministério Público*. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/combate-crimes-cirberneticos/artigos-1/A%20CICC%20e%20o%20MP.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2023.
- GOMES, Thalles. Presidente do Peru renuncia após escândalos de corrupção envolvendo a Odebrecht. *Brasil de Fato*, 22 mar. 2018. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/03/22/presidente-do-peru-renuncia-apos-escandalos-de-corrupcao-envolvendo-a-odebrecht/>. Acesso em: 15 jul. 2023.
- INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Case Information Sheet*.

- “Lašva Valley” (IT-95-14). Disponível em: http://www.icty.org/x/cases/blaskic/cis/en/cis_blaskic.pdf. Acesso em: 20 jul. 2023.
- JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito internacional penal: mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. O ecocídio perante o estatuto de Roma. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 20, n. 2, p. 344-374, 2023.
- MOTA, Rafael Gonçalves. Direito internacional humanitário e as armas autônomas letais. *Revista de Direito Internacional*, v. 19, n. 3, p. 336-354, 2022.
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Corrupção tira até 40 bilhões de dólares de países em desenvolvimento todo ano, alerta ONU*. Brasília: UN Brasil, 9 dez. 2013. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/64509-corrup%C3%A7%C3%A3o-tira-at%C3%A9-40-bilh%C3%B5es-de-d%C3%B3lares-de-pa%C3%ADses-em-desenvolvimento-todo-ano-alerta-onu>. Acesso em: 19 ago. 2023.
- PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. A responsabilidade de comando por ação e omissão na jurisprudência das cortes internacionais e nos tratados de DIH. In: PRADO, Luiz Regis; EL TASSE, Adel (coord.). *Direito internacional penal: responsabilidade de comando no Estatuto de Roma e sua implementação no código penal militar*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 99-152.
- PERU exigirá US\$ 1 bilhão da Odebrecht como reparação por corrupção. *EBC*, 29 jan. 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.etc.com.br/internacional/noticia/2018-01/peru-exigira-us-1-bilhao-da-odebrecht-como-reparacao-por-corrupcao>. Acesso em: 15 jul. 2023.
- ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance en la perspectiva de la criminología económica. *Derecho Penal y Criminología*, ano 9, n. 3, p. 252-267, abr. 2019.
- SARNEY, José. O sal não salga. *Folha de São Paulo*, 10 jun. 2005. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1006200507.htm>. Acesso em: 15 jul. 2023.
- SCHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e o direito penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 18, n. 222, maio 2011.
- TAVOLIARI, Nathalia. Entenda o “maior caso de suborno da história”. *DW*, 22 dez. 2016. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/entenda-o-maior-caso-de-suborno-da-hist%C3%B3ria/a-36883165#>. Acesso em: 19 ago. 2023.
- TEIXEIRA, Adriano; LEITE, Alair; GRECO, Luis. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- TEIXEIRA, Gabriel Haddad. O Tribunal Penal Internacional como um instrumento complementar na proteção dos bens jurídicos internacionais. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 1, p. 37-39, 2012.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. *Índice de percepção da corrupção 2023*. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 19 ago. 2024.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. *O que é corrupção?* Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/perguntas-frequentes/>. Acesso em: 19 ago. 2024.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Relatório global de corrupção 2009: corrupção e o setor privado*. Disponível em: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/relatorio_global_de_corrupcao_2009_corrupcao_e_o_setor_privado. Acesso em: 15 jul. 2023.
- UNITED KINGDOM. Ministry of Justice. *Bribery Act*. 2010. Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2023.
- UNITED NATIONS HUMANS RIGHTS. *Human Rights Council Advisory Committee holds fourteenth session from 23 to 27 February in Geneva*. Disponível em: <https://>

www.ohchr.org/en/press-releases/2015/02/human-rights-council-advisory-committee-holds-fourteenth-session-23-27. Acesso em: 18 jul. 2023.

UNITED NATIONS. Assembleia Geral. *Resolução A/C.6/77/L.4*. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N22/691/18/PDF/N2269118.pdf?OpenElement>. Acesso em: 18 jul. 2023.

UNITED NATIONS. *Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity, with commentaries*. Nova York: UN, 2019. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_7_2019.pdf. Acesso em: 18 jul. 2023.

UNITED NATIONS. General Assembly. *Research-based study on the impact of flow of funds of illicit origin and the non-repatriation thereof to the countries of origin on the enjoyment of human rights, including economic, social and cultural rights*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/documents/status-and-update-reports/research-based-study-impact-flow-funds-illicit-origin-and-non>. Acesso em: 18 jul. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. *Cláusulas anti-suborno e sobre livros e registros contábeis da lei americana anti-corrupção no exterior*. 14 nov. 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. *Foreign Corrupt Practices Act*. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em 15 jul. 2023.

OUTROS ARTIGOS

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**O discurso da paz perpétua do
Padre Antônio Vieira**

**Father Antônio Vieira's discourse
of perpetual peace**

Paulo Emílio Vauthier Borges de
Macedo

VOLUME 21 • N. 1 • 2024
INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: 25 YEARS

O discurso da paz perpétua do Padre Antônio Vieira*

Father Antônio Vieira's discourse of perpetual peace

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo**

Resumo

Analisa-se, no presente artigo, uma parte negligenciada no pensamento jurídico do Padre Antônio Vieira: a arquitetura política do Quinto Império. Os estudiosos de Vieira em geral menosprezaram as chamadas “obras proféticas”, e, somente nos últimos vinte anos, passaram a revisita-las. Não obstante, voltam as suas atenções nas estranhas profecias e no milenarismo seiscentista, mas as bases jurídicas dessa proposta de governo mundial ainda carecem de maior elucidação. Ao seguir a sugestão do comentarista Silvano Peloso, busca-se, neste trabalho, suprir essa lacuna, e constatar a centralidade do conceito escolástico de direito das gentes em Vieira, e conclui-se pelo pertencimento do projeto do Quinto Império na tradição dos discursos de paz perpétua. Empregaram-se o método de abordagem indutivo e a análise do discurso. As fontes primárias foram os textos de Vieira como organizados na versão de estudo do *Obras Completas*, coordenado por Pedro Calafate e José Eduardo Franco, bem como o manuscrito Casanatense 706 da obra *Clavis Prophetarum*.

Palavras-chave: Padre Antônio Vieira; paz perpétua; direito das gentes.

Abstract

This article analyzes a neglected aspect of Father Antônio Vieira's legal thought: the political architecture of the Fifth Empire. Vieira scholars in general have always underestimated the so-called “prophetic oeuvres”, and only in the last twenty years have they started to revisit them. However, they focus on the strange prophecies and the 17th century millenarianism, yet the legal foundations of such proposal for a world government still require further elucidation. By following the suggestion of commentator Silvano Peloso, this work seeks to fill this gap, concludes for the centrality of the Scholastic concept of the law of the peoples in Vieira and concludes that the Fifth Empire project belongs to the tradition of discourses of perpetual peace. The inductive method of approach and discourse analysis were used. The primary sources were Vieira's texts as organized in the study version of the *Obras Completas*, coordinated by Pedro Calafate and José Eduardo Franco, as well as the manuscript Casanatense 706 of the book *Clavis Prophetarum*.

Keywords: Father Antônio Vieira; perpetual peace; law of the peoples.

* Recebido em 05/04/2023
Aprovado em 13/08/2024

** Professor de Direito Internacional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), doutor em Direito, doutor em Filosofia e pós-doutor pelo Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB).
E-mail: borgesmacedo@hotmail.com.

1 Introdução

Conta-se que, quando *sir* Isaac Newton faleceu, a *Royal Society* se recusou a comprar os seus manuscritos de temas religiosos (e outros considerados pouco científicos) e os restituiu à família com a recomendação de nunca os levar à público. Anos depois, Samuel Horsley — o organizador da edição da *Opera Omnia* — deparou-se com outros manuscritos de Newton dedicados à alquimia, à cronologia universal, ao apocalipse e à profecia de Daniel e, escandalizado, fechou, com força, a tampa do baú que os continha. Pessoas reconhecidamente grandes, que se destacaram em vida, e mais ainda depois de morrerem, sempre dispõem de algum baú metafórico que alguém tenta esconder o seu conteúdo.¹

Situação similar ocorreu com o livro *Clavis Prophetarum* de Antônio Vieira. Após a morte do autor, o manuscrito original ficou, juntamente com outros escritos, na Bahia, numa arca com duas fechaduras. Em 1669, o Geral Tirso Gonzalez pediu que lhe enviassem o documento, mas o que, de fato, lhe mandaram foi uma cópia, designada hoje por ms. Casanatense 706, censurada pelo dominicano Frei Hyacinthus Santaromana, *Mag. et Theologus Casanatensis Ordinis Praedicatorum*. Em 1774, o novo Geral ordenou que lhe enviassem até Roma o cofre com o manuscrito, mas ele teria ido parar no Santo Ofício, em Lisboa, por motivos que nunca foram esclarecidos.² E essa foi a última notícia do seu paradeiro: ficou perdido por 300 anos. Foram também encontradas outras cópias: o ms. 359 na Biblioteca Gregoriana de Roma (que parece complementar as rasuras do Casanatense) e o ms. 122 no Arquivo Nacional da Torre do Tombo. Então, em 2022, o manuscrito original foi finalmente encontrado na biblioteca da Universidade Pontifícia Gregoriana.³

¹ PELOSO, Silvano. *Antônio Vieira e o Império Universal: a Clavis Prophetarum e os documentos inquisitoriais*. Rio de Janeiro: De Letras, 2007. p. 119.

² LOPES, Antônio S. J. Os 74 anos de evolução da “utopia” de Vieira. In: CONGRESSO INTERNACIONAL TERCEIRO CENTENÁRIO DA MORTE DO PADRE ANTÔNIO VIEIRA, 1999. Braga. *Actas*. Braga: UCP/Província Portuguesa da Companhia de Jesus, 1999. v. 2. p. 874.

³ Os professores Ana Travassos Valdez e Arnaldo Espírito Santo foram os autores da façanha. Santa Sé. MANUSCRITO original do padre Antônio Vieira, apresentado em Lisboa. *Vatican News*, 31 maio 2022. Disponível em: <https://www.vaticannews.va/pt/igreja/news/2022-05/manuscrito-original-padre-antonio-vieira-apresentado-em-lisboa.html>. Acesso em: 1 jun. 2022.

Nas chamadas “obras proféticas” (das quais, a *Clavis* faz parte), Vieira envidou uma proposta milenarista, que não envelheceu bem. Já no século seguinte, um intelectual como Luís Antônio Verney a recebeu com desdém: era religiosa demais, fantasiosa demais e, possivelmente, medieval demais — e iluminista de menos. Mesmo entre religiosos, as opiniões não eram boas. Em vida, essas ideias renderam a Vieira um processo inquisitorial. E, até depois da sua morte, apesar do parecer positivo para publicação da *Clavis Prophetarum* pelo censor Carlos Antônio Casnedi em 1714, no ano seguinte, formou-se nova comissão de censura que, por pouco, não proibiu o livro de ir a público. Ainda assim, as alegações de presença de teses judaizantes e de simpatias do texto com o “pecado filosófico” fizeram a Companhia sustar a publicação do livro até o século XX.⁴

Vieira idealizou um projeto imperialista para Portugal a partir de profecias, mitos e lendas. E acreditava tanto nessas ideias que foi condenado e preso pela Inquisição portuguesa por defendê-las. Essas concepções tinham um valor diferente para o jesuíta (e possivelmente também para os seus colegas da Companhia de Jesus) do que tiveram para os portugueses dos séculos seguintes. Elas consistiam no epifenômeno da linguagem divina da história natural, e o inaciano pensou haver conseguido decifrar esse idioma. O autor não esconde a sua predileção por esses escritos: refere-se aos seus sermões como meras “choupanas”, em oposição à sua obra profética que seriam “palácios altíssimos”⁵; não obstante, até recentemente, os comentaristas esboçaram pouco entusiasmo. Cabe ressaltar que se trata de textos perdidos e censurados de um dos maiores literatos da língua portuguesa. Era de se esperar, portanto, que a recepção fosse mais efusiva, mas, durante muito tempo, essa parte do pensamento vieiriano foi considerada “loucura” e relegada pelos estudiosos. Há um bom motivo para isso: neles, Vieira se propõe a decifrar profecias bíblicas

⁴ FRANCO, José Eduardo. Uma utopia católica sob suspeita: censura romana à *Clavis Prophetarum* do Padre Antônio Vieira, SJ. *Lusitania Sacra*, n. 18, p. 477-482, 2006. O pecado filosófico consistia na tese de que aquelas pessoas que, por ignorância, não conhecessem a mensagem divina revelada não sofreriam a condenação eterna. De fato, Vieira esposou essa noção em relação aos povos ameríndios e africanos. A proposição do perdão da ignorância vencível e invencível de Deus foi condenada pelo Papa Alexandre VIII em 24 de agosto de 1690.

⁵ VIEIRA, Antônio. Carta 751 a Sebastião de Matos e Sousa, de 27 de junho de 1696. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. epistolografia. v. 4, t. 1. p. 516.

e não bíblicas, vulgariza mitos e histórias fantásticas e prenuncia o advento de um império mundial governado pelo próprio Jesus Cristo, cuja capital estaria em Lisboa. Ideias muito estranhas mesmo. Nos últimos anos, porém, elas têm recebido atenção cada vez maior dos comentaristas.⁶ Por trás de tanta extravagância, descobriu-se que havia uma teologia muito sólida e um projeto político-imperial: o Quinto Império.

Como bem percebeu Silvano Peloso, os estudiosos já se detiveram bastante sobre as raízes milenaristas dos escritos proféticos de Vieira, mas não desvendaram com a mesma acuidade as origens dos temas políticos nele contidos, a estrutura jurídica desse império mundial. Peloso então propôs que semelhante análise fosse feita à luz de uma corrente de pensamento político muito prolífica, que abrange escritores do calibre de um Giordano Bruno, Tommaso Campanella, Jean Bodin, Hugo Grotius, Oliver Cromwell, Spinoza, Morus, Newton e os expoentes da Reforma e Contrarreforma.⁷ De fato, a literatura milenarista e joaquimita prevalente em Portugal até a época de Vieira explica a origem das profecias e dos mitos desse pensamento profético, mas os contornos e a natureza desse poder político e outras questões jusinternacionalistas sobre as quais Vieira se debruçou ainda carecem de elucidação. Em outro texto, o mesmo Peloso desvela o surgimento da ideia de um império mundial, nos séculos XVI e XVII, também fundamentada, tal como o de Vieira, nas profecias de Daniel, em escritores políticos como Guillaume Postel, Giordano Bruno e Tommaso Campanella. A existência dessa espécie de projeto em tantos autores diferentes parece apontar para uma genealogia intelectual comum. Peloso não demonstra a relação deles com Vieira, nem com pensadores anteriores; ainda assim, consegue comprovar haver, nesse período, um “estado da arte” no que se refere à proposta de um império mundial.⁸

É claro que essa proximidade deve ser aceita com alguma cautela. O fundamento profético e as bases bí-

blicas que Vieira envidou para o estágio final da história humana tornam o seu pensamento muito diferente dos demais autores citados. A referência feita a essa tradição não serve para traçar o contexto ou a genealogia da obra profética de Vieira, mas para mostrar a afinidade: no inaciano, há um projeto de paz perpétua tal como Rousseau e Kant elaboraram cem anos depois.

2 Do que se trata o Quinto Império?

Em apertada síntese, o Quinto Império representa a consumação de uma das estrofes (ou promessas) da oração do Pai-Nosso: “venha a nós o Vosso Reino...”. E se fundamenta numa profecia de Daniel: “o Deus do céu implantará um reino que nunca será destruído e este reino não passará a um outro povo. Ele esmagará e destruirá todos os reinos, mas ele próprio subsistirá para sempre” (Dn 2: 44). Nessa passagem, já se delinea a estrutura desse império: fundação divina, com hegemonia universal e eterno (ou duradouro até o fim dos tempos).

Trata-se de uma proposta de uma utopia universalizante e humanista. Nela, conjugam-se todos os temas pelos quais Vieira se interessou em toda a sua vida: a crítica ao escravagismo indígena, a missão de pregação cristã a todos os povos do planeta, o fim da discriminação entre cristãos-novos e cristãos-velhos e a defesa da tolerância aos judeus e os contornos de uma complexa conexão entre os poderes temporal e espiritual.

Consoante a exegese tradicional do livro de Daniel, os teólogos em geral (bem como Vieira) reconheciam, nos Assírios, o primeiro império da humanidade, nos Persas, o segundo, nos Gregos, o terceiro, e, nos Romanos, o quarto.⁹ Cumpre salientar que, no século XVII, se acreditava que o Império Romano ainda existia, decaído do seu esplendor, diminuído e dividido, mas vivo. A quinta potência imperial, porém, ainda não havia aparecido. A doutrina corrente, baseada em Prudêncio Clemente, Santo Ambrósio, Jordan de Osnabrück, Ingelbert de Admont, Otto de Freising e Álvaro Pais, considerava que o Império Romano deveria ser o último. *Quarta translata est ad romanus; ista terminabitur mundus*. E a maior parte dos exegetas entendia que o último império

⁶ Confira: FRANCO, José Eduardo. O Quinto Império de Vieira como sonho de regeneração de Portugal e do mundo. *Reflexão*, v. 33, n. 93, p. 31-47, 2008. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=576562027004>. Acesso em: fev. 2023. p. 43-44.

⁷ PELOSO, Silvano. *Antônio Vieira e o Império Universal: a Clavis Prophetarum e os documentos inquisitoriais*. Rio de Janeiro: De Letras, 2007. p. 24-25.

⁸ PELOSO, Silvano. Antonio Vieira e il Quinto Impero: il dibattito in Europa nei secoli XVI e XVII. In: ASSOCIAZIONE DI STUDI SOCIALI LATINO-AMERICANI (ASSLA). *Quinto impero: attualità del pensiero di Antonio Vieira* S.J. Roma: Consiglio Nazionale delle Ricerche, 2000. p. 250.

⁹ VIEIRA, Antônio. História do futuro. Sine libro, capítulo 2º. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 1, t. 3. p. 436-438.

seria o do Anticristo. O Império Romano, como consagrado no Direito de Justiniano, consistiria no estágio final do poder político humano; depois dele, viria uma realidade transcendental e o apocalipse. Além disso, o Papa Leão I defendeu a tese de que a monarquia pontifícia da Igreja teria sucedido naturalmente os césares. Por esse motivo, a ideia de um quinto império humano a suceder o romano chegou, inclusive, a causar espécie aos inquisidores de Vieira durante o interrogatório.¹⁰

Não há divórcio entre o Vieira missionário do Brasil e o Vieira decifrador de profecias. O Quinto Império corresponde ao fim de toda a atividade missionária: a consumação do Reino de Cristo na Terra.¹¹ E essa realização somente se torna possível em virtude das Grandes Navegações. Antes delas, a ideia de unidade de todo o planeta sob a égide do cristianismo não passava de um sonho. Até então, o Velho Mundo encontrava-se profundamente dividido; até mesmo a cristandade europeia estava fragmentada pelas lutas religiosas. Porém, a partir do século XVI, o Novo Mundo, com as suas potencialidades quase infinitas, deveria redimir o Velho. Com as suas viagens marítimas, os portugueses foram artífices de uma nova era, que colocaria todas essas divisões para trás: desvelaram ao mundo o próprio mundo. Como Vieira havia ressaltado no *Sermão da Epifania*:

pois esta é a terra nova e esses são os céus novos que Deus tinha prometido, que havia de criar, não porque não estivessem já criados desde o princípio do mundo, mas porque era este Mundo Novo, tão oculto e ignorado dentro do mesmo mundo, que quando de repente se descobriu e apareceu, foi como se então começara a ser e Deus o criara de novo. E porque o fim deste descobrimento, ou desta nova criação, era a Igreja, também nova, que Deus pretendia fundar no mesmo Mundo Novo, acrescentou logo (pelo mesmo profeta e pelos mesmos termos) que também havia de criar uma nova Jerusalém, isto é, uma nova Igreja, na qual muito se agradasse: *Quia ecce creo Jerusalem exultationem, et populum ejus gaudium* [Is 65: 18].¹²

¹⁰ SALDANHA, Antônio Vasconcelos de. Vieira e o dogma da eternidade do Império Romano. In: CONGRESSO INTERNACIONAL TERCEIRO CENTENÁRIO DA MORTE DO PADRE ANTÔNIO VIEIRA, 1999. Braga. *Actas*. Braga: UCP/Provincia Portuguesa da Companhia de Jesus, 1999. v. 2. p. 900-904.

¹¹ FRANCO, José Eduardo. O Quinto Império de Vieira como sonho de regeneração de Portugal e do mundo. *Reflexão*, v. 33, n. 93, p. 31-47, 2008. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=576562027004>. Acesso em: fev. 2023. p. 37.

¹² VIEIRA, Antônio. Sermão da Epifania, Lisboa, Capela Real, 1662. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obras completas Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. parenética. v. 1, t. 2. p. 356.

O mundo era muito maior do que as comezinhas disputas entre os cristãos. Maior até do que a luta contra os sarracenos. A cosmovisão medieval ficou mesmo ultrapassada. Desse admirável mundo novo viria a força da fundação de uma nova Igreja, uma nova *ecclesia*, uma assembleia universal de todos os cristãos. O Novo Mundo se encarregaria de liberar uma fonte quase inesgotável de energias para esse projeto. As suas riquezas empalideceriam as antigas e tradicionais rotas comerciais. A sua gente, depois de convertida, daria as cabeças e os braços para esse empreendimento. Ademais, havia agora os meios tecnológicos para tanto: as Grandes Navegações, pela primeira vez, tornaram possível a existência de um império verdadeiramente mundial. De modo paradoxal, o modelo ainda é antigo, pois se trata de uma atualização planetária da velha *Respublica Christiana* europeia.

Como em todos os demais discursos de paz perpétua, quando o Quinto Império chegar, haverá a paz mundial. Porém, Vieira se ocupa de uma paz religiosa ou, mais propriamente, “paz messiânica”: os profetas (segundo a lista do próprio Vieira: Salmos 45: 9-10; 71: 7; 75: 3-5; Oseias 2: 17-18; Isaías 2: 4; 32: 17-18; Miqueias 4: 3-4; Zacarias 9: 9-10) anunciaram uma era de paz. Como as guerras ainda ocorrem (e ainda ocorriam à época do jesuíta), então essas profecias somente deverão se concretizar no último estado da Igreja, no Reino consumado de Cristo na Terra.

Ainda assim, não se trata somente de uma paz espiritual ou interior: ela deverá pacificar tanto as almas individuais como os povos. A universalização do cristianismo desempenha uma função nada desprezível para a unidade humana. Vieira sabe muito bem que a condição de paz não resulta da mera ausência de guerra. Para que a paz seja perene, faz-se necessário resolver as causas profundas da injustiça entre os povos, e isso somente poderá ocorrer após a conversão universal ao cristianismo.

Porque o Reino de Cristo consumado (como amide dissemos e abundantemente provámos) não é outra coisa senão o mundo inteiro universalmente convertido à fé e reconhecendo a Cristo como seu Rei e Deus, obedecendo-Lhe e acatando-O. Logo, se não existe, nem existiu paz universal, nem pôde existir até hoje por falta desta condição ou disposição, quando finalmente uma tal condição e disposição se tiver verificado e se tiver consumado o Reino de Cristo e o mundo inteiro convertido e tornado

cristão, só então chegará aquela paz tal como foi prometida pelos profetas.¹³

Porém, a concepção mais fantástica desse projeto diz respeito ao poder político. Tudo se assenta na premissa de que Cristo, enquanto humano, detém tanto poder espiritual como temporal. Aqui, Vieira sabe que trilha caminhos movediços e realiza um jogo de palavras que somente a sua genialidade retórica poderia conceber. Quando Cristo responde à pergunta de Pilatos sobre a sua majestade e afirma que “o meu reino não é deste mundo”, não negou que fosse rei, pois não poderia mentir, mas tampouco afirmou “‘não sou Rei do mundo’, ou ‘o meu Reino não é reino do mundo’, mas [disse que o seu reino] não [é] **de mundo**” (“*non sum rex mundi; vel, regnum meum non est regnum mundi; non vero, de mundo*”)¹⁴. A preposição latina “*de*” indica origem: “*de*

mundo” significa, pois, procedente do mundo. Segundo Vieira, Cristo seria sim rei deste mundo, mas não a partir ou desde este mundo, porque o seu poder procede de uma origem mais elevada. Dessa maneira, o Quinto Império ainda ocorreria **neste** mundo e não somente no próximo.

Cristo exerceria esse governo por meio de um processo de mediação. O primeiro mediador seria o Papa, a quem já entregou o poder espiritual neste mundo, e que continuaria em Roma a dirigir a Igreja agora universal. Cumpre salientar que Vieira não atribuía ao Papa poder temporal algum, somente um poder de ingerência indireto nos negócios terrenos. O segundo seria o Rei de Portugal, “elevado à dignidade de Imperador do Mundo, como recompensa dos serviços prestados pelos portugueses à evangelização das nações e consequente universalização do cristianismo”¹⁵, que deteria o poder temporal propriamente dito em nome de Cristo, como recompensa dos serviços prestados pela evangelização e em realização da promessa de eleição feita a D. Afonso Henriques em Ouriques. Essa autoridade radicar-se-ia em Lisboa, que se converteria na capital do planeta.

Importa ressaltar que o titular dos poderes temporal e espiritual continua a ser Cristo. O Papa e o Imperador governariam o Mundo na qualidade de vigários de Cristo, vice-reis. Portanto, a primeira questão que se deve colocar é como Deus poderia deter uma autoridade mundana.

¹³ VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas. Livro segundo, capítulo III, 861. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 4, t. 3. p. 296. “*Quia regnum Christi consummatum (ut saepe diximus et latissime probavimus) nihil aliud est, quam totus mundus universaliter ad fidem conversus, Christumque ut regem et Deum suum agnoscens, illi serviens et obtemperans. Ergo si pax universalis neque est, neque fuit, neque esse potuit usque adhuc defectu huius conditionis, seu dispositionis, quando tandem talis conditio et dispositio fuerit adimpleta et regnum Christi consummatum, totusque mundus conversus atque Christianus, tunc demum adveniet pax illa, quae et qualis a Prophetis promittitur.*” [ms. Casanatense 706, 861].

¹⁴ VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas. Livro primeiro, capítulo II, 47a. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 5, t. 3. p. 183. [ms. Casanatense 706, 47v].

^{Para} que esse argumento não pareça apenas um malabarismo verbal, Vieira colaciona diversas autoridades da patrística que disseram o mesmo (embora não haja extraído a conclusão sobre o poder temporal de Cristo):

“São Cirilo, explicando as palavras de Cristo *Regnum meum non est de hoc mundo*, no livro 12 sobre São João, diz assim: *Regem se esse non negat, sed Regni Caesaris se non esse hostem ostendit, quia ejus Regnum terrenum non est, sed caeli et terrae, caeterarumque rerum omnium* [‘Ele não nega que é Rei, mas mostra que não é inimigo do reino de César, devido ao seu Reino não ser terreno, mas sim do Céu e da terra, e de todas as outras coisas’]. E Santo Agostinho, no tratado 14 sobre o mesmo evangelista: *Erat quidem Rex non talis qualis ab hominibus fit, sed talis ut homines reges faceret* [‘Era certamente rei; não porém tal como é imaginado pelos homens, mas sim tal que aos homens faça reis’]. E São Gregório, na homilia 8ª sobre os Evangelhos, ponderando o lugar do nascimento de Cristo, não próprio senão alheio, *alienum, dico non secundum potestatem, sed secundum naturam; nam secundum potestatem in propria venit* [‘não segundo o seu poder, mas segundo a sua natureza; porque, de fato, segundo a sua potestade, vem ao que é seu’]. E mais claramente que todos São Bernardo, no Livro 3º *De consideratione*, escrevendo ao Papa Eugênio: *dispensatio tibi super illum credita est, non data possessio; non tu ille, de quo Propheta: et erit omnis terra possessio ejus. Christus hic est, qui possessionem sibi vindicat, et jure creationis, et merito redemptionis, et dono Patris. Cui enim alteri dictum est, postula a me, et dabo tibi gentes haereditatem tuam et possessionem tuam terminos terrae? Possessionem et dominium cede huic, tu curam illius habe* [‘Foi-te dada a administração e

não dada a posse. Não és tu aquele de quem disse o profeta ‘e será toda a terra a sua possessão’. Esse é Cristo, que reivindica para si a posse, quer por direito de criação, quer por mérito de redenção, quer ainda por dom do Pai. Com efeito, a quem mais foi dito ‘pede-me e Eu te darei por herança as nações, e por tua possessão os confins da terra? A posse e o domínio cede-lhos a Ele; tu cuida de os administrares’]. Outras muitas sentenças semelhantes a estas se veem em outros santos padres da mesma e maior antiguidade, como São Ireneu, no Livro 4º, capítulo 17; São Cipriano, *Adversus Judaeos*, capítulo 26, São Hilário, sobre o Salmo 2º, verso 5º; São Jerônimo, livro 4º sobre Jeremias, capítulo 22, e Santo Ambrósio no livro 3º sobre São Lucas.” VIEIRA, Antônio. História do futuro. Livro 2º, capítulo 2º. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 1, t. 3. p. 480-481.

¹⁵ FRANCO, José Eduardo. O Quinto Império de Vieira como sonho de regeneração de Portugal e do mundo. *Reflexão*, v. 33, n. 93, p. 31-47, 2008. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=576562027004>. Acesso em: fev. 2023. p. 40.

3 Os justos títulos do poder político no Reino Consumado de Cristo

A natureza desse poder revela-se, no mínimo, desconcertante. Para Vieira, nas passagens das Escrituras em que se denomina Cristo de “rei”, não há linguagem figurada, nem metáforas. Ele detém essa potestade não como Deus, mas como homem, e ela reúne tanto o poder espiritual como o temporal. Esse senhorio, embora divino, Cristo o adquiriu no seu nascimento e ele não coincide com a majestade inerente da sua natureza divina:

[...] Cristo, enquanto Homem, também quando ainda vivia uma vida mortal, possuiu um senhorio perfeito, próprio e absoluto de todas as coisas, e o reino perfeito, próprio e universal do mundo inteiro, de tal maneira que pôde dispor de todas as coisas, mudar reis e reinos e tudo governar segundo o seu arbítrio, como Rei supremo e Senhor absoluto.¹⁶

Dessa feita, se Cristo exercerá um poder em essência político, deve exibir um justo título para tanto. A argumentação que Vieira desenvolve sobre esses títulos apresenta uma pequena diferença entre a *História do Futuro* e a *Clavis Prophetarum*. Naquela, Vieira arrola seis títulos (embora deixe de explicar um deles): direito da união hipostática, direito de herança, direito de doação, direito de resgate (ou de compra), direito de guerra justa e direito de eleição universal. Vieira retira das Escrituras os quatro primeiros. Na *Clavis Prophetarum*, menciona os quatro títulos bíblicos e se propõe acrescentar mais quatro: o direito de merecimento, o direito de guerra justa, o direito de herança adâmica e o direito de aceitação universal. Esses títulos consistem na origem tanto do poder temporal de Cristo como do seu poder espiritual na Terra. À exceção do direito de união hipostática, de natureza teológica, os títulos que são criação original de Vieira são os de guerra justa e de eleição universal, os quais se inserem no quadro do jusnaturalismo escolástico e correspondem, de fato, aos títulos relativos ao poder político propriamente ditos. Os demais explicam o poder espiritual que Cristo exerce no mundo.

¹⁶ “[...] *Christum, quatenus Hominem etiam cum adhuc mortalem vitam agebat, perfectum, proprium et absolutum rerum omnium dominium et totius orbis perfectum, proprium et universale regnum habuisse; itaut de rebus omnibus disponere, regna et reges mutare et cuncta suo arbitrio moderari, tamquam supremus rex et absolutus Dominus, potuerit.*” VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas. Livro primeiro, capítulo IV, 93-94. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 5, t. 3. p. 209-210. [ms. Casanatense 706, 93-94].

Eis, em síntese, os direitos do senhorio espiritual. O direito de herança se refere ao fato de Cristo ser o filho unigênito do Pai e que recebeu todas as nações e os confins da Terra (Sl. 2: 8). O direito de doação parece se sobrepor ao de herança, pois Vieira emprega o mesmo salmo para justificá-lo, mas o primeiro seria decorrente da filiação, e o segundo integra uma incumbência assumida por Cristo para a salvação dos homens. Trata-se, portanto, de dois predicados distintos: o primeiro de Cristo como filho e outro como salvador. O direito de resgate diz respeito à compra da alma que Jesus realizou de todos os homens, à custa do seu próprio sangue.¹⁷ O direito de merecimento ocorreu porque Cristo, de natureza divina, esvaziou-se a si mesmo, com humildade assumiu a condição de servo e se entregou à morte na cruz. Tal como Davi conquistou o título de rei por merecimento, não por hereditariedade, Cristo também recebeu a realeza como prêmio.¹⁸

Os demais justos títulos interessam mais a este trabalho e merecem análise mais detida, pois se relacionam à autoridade temporal. Primeiro, o direito de herança adâmica. Este, em princípio, filia-se a uma curiosa tradição política aristotélica, muito diferente daquela da escolástica ibérica (que influenciou Vieira de forma mais imediata), cujo representante mais conhecido foi Robert Filmer, para quem haveria um direito de sucessão hereditária de todas as monarquias da Terra que poderia ser traçado até Adão, o primeiro homem, a quem Deus concedeu o poder sobre toda a criação. O poder dos reis não seria diferente do poder doméstico que Adão possuía.¹⁹ Esse título, destarte, repousa num decreto de direito divino positivo. Vieira segue apenas parcialmente o raciocínio de Filmer. Segundo o jesuíta, embora Adão tenha mesmo recebido o primeiro principado de Deus, havia a condição de não comer o fruto da árvore proibida — o pecado original. Assim, porque não cumpriu a sua parte no pacto, Adão foi expulso do paraíso e despojado dessa autoridade. A potestade dos reis pos-

¹⁷ VIEIRA, Antônio. História do futuro. Livro 2º, capítulo 6º. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 1, t. 3. p. 484-485.

¹⁸ VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas. Livro primeiro, capítulo V, 152. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 5, t. 3. p. 242. [ms. Casanatense 706, 152].

¹⁹ FILMER, Robert. *Patriarcha: or the natural power of kings*. London: Richard Chiswell, 1680. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/title/filmer-patriarcha-or-the-natural-power-of-kings>. Acesso em: 1 maio 2023. p. 11.

teriores, portanto, não remonta àquela de Adão. Dessa maneira, Vieira salvaguarda uma conhecida tese escolástica sobre a origem popular da soberania.²⁰ Cristo, contudo, nasceu isento desse pecado original, por obra do Espírito Santo; por isso, nada o impede de herdar o senhorio concedido ao seu antepassado.²¹

Segundo, o direito de guerra justa. Vieira não chega a explicar esse título na *História do Futuro*, dada a necessidade de interromper a obra; não obstante, por causa da novidade desse título, ele o faz de maneira detida na *Clavis Prophetarum*. Trata-se de um direito de resistência, um direito de guerra civil a um tirano, em razão da guerra que Cristo moveu (e venceu) contra o antigo soberano do mundo: o demônio. Que este era o senhor do mundo até a vinda de Cristo as escrituras o comprovam de maneira exaustiva. Ele sempre foi chamado de “o príncipe deste mundo”; o apóstolo Paulo designa os demônios como os “governantes deste mundo” (Ef. 6: 12), e, quando o diabo resolve tentar Cristo, revela categoricamente o seu domínio deste mundo: “dar-te-ei todo esse poder e a sua glória, porque a mim me foi entregue, e dou-o a quem quero” (Lc. 4: 6).

Logo, uma vez que Cristo declarou uma guerra justa contra esse injusto e rebelde tirano, e, depois de o vencer e derrotar, libertou o mundo inteiro do seu poder, e restituiu-o ao seu verdadeiro e legítimo soberano, ou seja, ao Pai e a Si, a partir de então aditou-se-Lhe um novo título de senhorio sobre o mundo inteiro, que é aquele que obtém por direito de guerra justa os vencedores das regiões subjugadas.²²

Esse título pode parecer um tanto alegórico e de substância somente espiritual, mas Vieira o explica melhor. Quando os teólogos interpretam a frase “agora é o juízo do mundo; agora será expulso o príncipe deste mundo” (Jo. 12: 31) a propósito da guerra de Cristo sobre o inimigo, em geral, relacionam-na ao juízo final.

²⁰ Vide MACEDO, Paulo Emílio Borges de. *O nascimento do direito internacional*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2009. p. 259 e ss.

²¹ VIEIRA, Antônio. A Chave dos Profetas. Livro primeiro, capítulo V, 92G. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 5, t. 3. p. 248. [ms. Gregoriana 359, 92].

²² “Cum ergo Christus iustum bellum indicisset huic iniusto et rebelli tyranno, eoque victo ac debellato totum mundum vindicasset ab eius potestate, veroque ac legitimo dominio restituisset, hoc est, Patri et sibi, hinc illi novus titulus accrevit dominationis in mundum universum, qualem obtinent iure iusti belli domituum provinciarum victores.” VIEIRA, Antônio. A Chave dos Profetas. Livro primeiro, capítulo V, 156-157. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 5, t. 3. p. 245. [ms. Casanatense 706, 156-157].

Todavia, esse julgamento divino se aplicará somente aos seres humanos, dotados de alma imortal; os corpos políticos, por sua vez, são mortais e não vão ressuscitar. Assim, deve haver outro juízo aplicado aos reinos e governos humanos. E o modo solene de exercer esse julgamento ocorre por meio dos próprios príncipes cristãos, os quais representam instrumentos que Deus legou ao mundo para a condução da boa política, “ajudando e cooperando Deus com aqueles a quem quer exaltar [...]”.²³

Os governantes cristãos continuam, dessa forma, o trabalho de Cristo. Vieira não compactuava com uma cisão tão absoluta entre os planos sobrenatural e natural, entre espírito e matéria, alma e corpo. “Nem sempre é maior espiritualidade o que mais se opõe ao corpo.”²⁴ Nesse título, portanto, o jesuíta não se refere a uma guerra espiritual entre o bem e o mal, mas a guerras reais e muito terrenas movidas para a finalidade da salvação das almas. Trata-se da guerra justa promovida entre todos os reinos cristãos contra o Islão; da guerra justa entre os reis de Castela e de Portugal contra aqueles príncipes ameríndios que não permitiram a pregação no Novo Mundo, e de todas as guerras justas que soberanos cristãos deflagram no mundo contra forças que desejam impedir, em última instância, o trabalho de libertação do diabo que Cristo legou à humanidade desde o século I. Pela vitória nessas guerras, os príncipes cristãos realizam o juízo de Cristo sobre todos os corpos políticos contrários à salvação humana.

Ademais, Vieira não menciona exatamente quem — provavelmente em razão da natureza doutrinária e universal da obra —, mas não se apresenta tarefa difícil imaginar qual o príncipe cristão Deus quer mais favorecer: o imperador português. Assim, o imperador do mundo atualizará no tempo futuro aquilo que Cristo, no primeiro século, realizou em potência: a derrota final em guerra justa contra as forças terrenas do diabo.

Entre todos os títulos, não há nenhum mais identificável com a escolástica ibérica do que o de direito

²³ “[...] adiuvante et roborante Deo quos vult exaltare [...]” VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas. Livro primeiro, capítulo V, 159. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 5, t. 3. p. 247. [ms. Casanatense 706, 159].

²⁴ VIEIRA, Antônio. História do futuro. Livro 2º, capítulo 5º. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 1, t. 3. p. 474.

da guerra. Em especial, essa modalidade de guerra justa como resistência ativa contra um tirano remete-se às teses do regicídio de Juan de Mariana e Francisco Suárez, as quais Vieira conhecia muito bem. A novidade introduzida por Vieira foi a de constatar a existência de uma guerra bastante real contra as forças demoníacas e aplicar o título da guerra justa a ela. Para o autor, o trabalho de Cristo (ou parte dele) não acabou no século I, mas continua a se atualizar pelas mãos dos soberanos cristãos. Esse empreendimento, porém, chegará à sua conclusão no Reino Consumado de Cristo na Terra — pelas mãos do imperador português.

Por fim, o último título desta análise, o da eleição universal de Cristo, é também o que Vieira mais se detém tanto na *Clavis Prophetarum* como na *História do Futuro*. Ele sabe que trilha caminhos novos ao apresentar a ideia de que todas as nações, “com públicos votos, comum consenso e aplauso”²⁵, elegeram Cristo como rei.

E que essa sujeição espontânea e comum oferta, aceite pelo próprio príncipe, seja bastante para conferir o direito de reino, é evidente de acordo com os princípios gerais dos direitos natural e das gentes. [...] E foi este o modo pelo qual todas as nações receberam e como coroaram Cristo, a saber, através da aceitação espontânea [...].²⁶

Esse direito se assenta na ideia que os homens podem escolher os seus governantes, e que essa eleição não entraria em conflito com a máxima paulina da “*non est enim potestas nisi a Deo*” (não há poder que não venha de Deus). De maneira direta, Vieira afirma: “este título é o mais natural e jurídico entre os homens, em cujas comunidades, quando querem viver juntos e politicamente, põs Deus, como autor da natureza, o poder e jurisdição suprema de eleger e nomear príncipe.”²⁷ Como recorda Calafate, o fundamento desse direito remonta às teses

²⁵ “[...] *publici votis et communi consensu ac plausu* [...]” VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas. Livro primeiro, capítulo V, 168. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 5, t. 3. p. 252. [ms. Casanatense 706, 168].

²⁶ “*Quod vero spontanea ista subiectio et communis oblatio, a principe ipso acceptata, sufficit ad ius regni conferendum, constat ex generalibus principiis iuris naturalis et gentium. [...] Et hic modus fuit, quo universae gentes Christum receperunt et veluti coronaverunt, per spontaneam scilicet acceptationem [...]*” VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas. Livro primeiro, capítulo V, 169-170. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 5, t. 3. p. 253. [ms. Casanatense 706, 169-170].

²⁷ VIEIRA, Antônio. História do futuro. Livro 2º, capítulo 6º. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 1, t. 3. p. 485.

escolásticas da origem popular do poder político que Vieira conhecia e aplicou aos indígenas no *Voto do Padre Antônio Vieira sobre as Dívidas dos Moradores de São Paulo acerca da Administração dos Índios*. Entretanto, enquanto os escolásticos empregavam esse título somente para o problema da transmissão da autoridade da comunidade para o rei, Vieira o estendeu para a aquisição do poder temporal de Cristo.²⁸

Vieira poderia facilitar a sua própria posição ao estabelecer que essa aceitação geral de Cristo ocorreria após a conversão universal, mas ele insiste que isso aconteceu mesmo antes da Encarnação. Dessa feita, ele precisa resolver o problema de como os seres humanos poderiam conhecer a Cristo antes da vinda dEle. O jesuíta dedica uma parte substancial da *História do Futuro* para provar isso, tamanha a importância que atribui a esse título. Argumenta que todas as nações, mesmo antes do século I, já conheciam um Deus único e, quando Ele viesse, concederiam a majestade a Ele. Com apoio do teólogo Alberto Pighio, Vieira mostra que o Messias dos judeus sempre foi esperado como um rei.²⁹ E Cristo seria obviamente esse Messias, ainda que os judeus não o tenham reconhecido como tal.

Outrossim, os outros povos, não somente os judeus, também aguardavam Cristo por seu “natural senhor”. Havia uma base comum desse conhecimento. Primeiramente, pela tradição continuada desde Adão até Noé, cujos três filhos (Sem, Cam e Jafé) foram os segundos povoadores do gênero humano. Essa tradição permaneceu mesmo depois da dispersão ocorrida com a Torre de Babel, porque a mudança das línguas não afetou a memória das pessoas.³⁰ Em segundo lugar, os judeus — que se espalharam pelo mundo — também comunicavam (ou melhor, relembavam) às nações gentias sobre o esperado Messias.³¹ As próprias Escrituras Sagradas

²⁸ CALAFATE, Pedro. O projeto de paz universal do Padre Antônio Vieira: milenarismo, profetismo e modernidade. *Revista de Hispanismo Filosófico*, n. 22, p. 53-72, 2017. Disponível em: <https://ahf-filosofia.es/>. Acesso em: 1 dez. 2022. p. 66.

²⁹ VIEIRA, Antônio. História do futuro. Livro 2º, capítulo 6º. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 1, t. 3. p. 486-487.

³⁰ VIEIRA, Antônio. História do futuro. Livro 2º, capítulo 6º. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 1, t. 3. p. 490.

³¹ VIEIRA, Antônio. História do futuro. Livro 2º, capítulo 6º. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética.

ajudaram essa comunicação, pois o *Pentateuco* de Moisés foi o primeiro livro a vir ao mundo.³² Por último, segundo Vieira, Deus também se fez conhecer aos gentios de modo miraculoso, em diversos momentos, como foi, entre outros, no caso de Jô e das sibilas, cujos versos são mencionados até por Cícero no livro 2 *De Divinatione*.³³ Segundo Vieira, comprova-se esse prévio conhecimento pelo fato de os três reis magos do Oriente terem vindo adorar o menino-Deus recém-nascido.

Vieira desenvolve, na *Clavis Prophetarum*, a tese do conhecimento prévio de Cristo tal como o fez na *História do Futuro*, mas introduz algumas sutis diferenças, que merecem menção. O primeiro modo mencionado pelo autor, que equivale à forma miraculosa que se sucedeu com Jô e com o coro das sibilas, é descrito como a “inspiração interior da luz divina”.³⁴ O quarto modo refere-se aos profetas hebraicos que pregaram às nações gentias. E, por quinto modo, Vieira apresenta a ideia de a cidade de Jerusalém consistir numa nobre metrópole da Ásia, por causa do Templo de Salomão, para a qual afluíram estrangeiros de todas as partes do mundo, e lá teriam travado contato com essa tradição da vinda de um Messias-Rei.³⁵ Os outros modos repetem os mesmos argumentos da *História do Futuro*. Assim, mesmo antes de nascer, Cristo foi desejado e esperado.

Essa espera, ainda que inconsciente, de todas as nações somente se realizará com a universalização do cristianismo. Embora muitas regiões do mundo sejam submetidas por meio de uma guerra justa, Vieira, tal

como os maestros salmantinos, entendia que a conversão propriamente dita deveria ser voluntária. Há uma espécie de “acordo tácito” entre todos os povos sobre a fé cristã e a majestade universal de Cristo.

Ora, essa consumação não é outra coisa senão aquilo que pouco antes dizíamos, a saber, uma fé única e universal de todos os povos através do conhecimento de Cristo; ou seja, reunindo-se e ajuntando-se uns com os outros todos os homens e **de comum acordo assentindo** na unidade da mesma fé e profissão cristã [...] (grifo nosso).³⁶

Ainda que se aceite essa tese do conhecimento geral de Cristo anterior à Encarnação, parece problemática a existência de uma eleição universal, e Vieira, em nenhum momento, descreve como isso aconteceu além do fato de haver uma “expectação geral”³⁷ pela chegada dessa divindade-rei dos judeus. No entanto, mostra-se bastante sugestivo o fato de o jesuíta apresentar essa aceitação com o emprego dos termos “públicos votos, comum consenso e aplauso”. Ver-se-á que a origem popular da soberania não é a única tese escolástica que Vieira emprega neste título.

3.1 A realeza temporal de Cristo e o título da eleição universal na escolástica ibérica

Esses títulos “inventados” por Vieira defluem do direito das gentes da escolástica ibérica. A origem escolástica do direito da guerra vieiriano já foi analisada de maneira exaustiva antes³⁸, mas a ideia de que Cristo receberá a aceitação geral por meio de “públicos votos, comum consenso e aplauso”³⁹ merece exame mais deti-

v. 1, t. 3. p. 501.

³² VIEIRA, Antônio. História do futuro. Livro 2º, capítulo 6º. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 1, t. 3. p. 504.

³³ VIEIRA, Antônio. História do futuro. Livro 2º, capítulo 6º. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 1, t. 3. p. 511-519. Vieira se refere à menção que Cícero faz das Sibilas em que se discute a vinda de um rei. O próprio Cícero, todavia, critica a vagueza do trecho. CICERO, M. Tullius. *De senectute, de amicitia, de divinatione*: with an english translation by William Armistead Falconer. Cambridge: Harvard University Press, 1923. Disponível em: <https://catalog.perseus.org/catalog/urn:cts:latinLit:phi0474.phi053.perseus-eng1>. Acesso em: 1 maio 2023. seção 110.

³⁴ VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas. Livro primeiro, capítulo V, 174. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 5, t. 3. p. 255. [ms. Casanatense 706, 174].

³⁵ VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas. Livro primeiro, capítulo V, 181-187. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 5, t. 3. p. 259-263. [ms. Casanatense 706, 181-187].

³⁶ O trecho completo inclui uma menção ao Apóstolo Paulo, que foi suprimida na tradução do *Obra Completa*: “*Consummationem autem istam nihil aliud esse, quam illud quod paulo ante dicebamus, nempe unam et universalem fidem omnium gentium per veram agnitionem Christi; confluentibus scilicet et sibi occurrentibus omnibus hominibus et unanimiter consentientibus in unitatem eiusdem fidei et professionis Christianae, usque ad eam magnitudinem perfectam et consummatam, quam Christus habuit in plena et virili aetate.*” VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas. Livro segundo, capítulo I, 454. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 5, t. 3. p. 52. [ms. Casanatense 706, 454].

³⁷ VIEIRA, Antônio. História do futuro. Livro 2º, capítulo 6º. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 1, t. 3. p. 486.

³⁸ MACEDO, Paulo Emílio Borges de. O direito das gentes contra a escravidão em Padre Antônio Vieira. *Revista de Direito Internacional*, v. 19, p. 103-135, 2023. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/issue/view/284>. Acesso em: 1 mar. 2024.

³⁹ “[...] *publici votis et communi consensu ac plausu* [...]” VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas. Livro primeiro, capítulo V, 168. In:

do, pois remete Vieira a um intrincado problema relativo ao direito das gentes — já encontrado pela escolástica salmantina. Em princípio, os diversos tipos de *ius* (direito) na escolástica (antiga ou nova) decorrem das suas respectivas *lex*.⁴⁰ Assim, o *ius naturae* corresponde ao resultado justo, numa determinada situação, das obrigações da *lex naturae*, e o *ius civilis* da *lex civilis*. Entretanto, não existe uma “*lex gentium*”. O direito das gentes constitui um direito extralegal. O *ius* pode emanar da *lex*, mas também pode provir de outros institutos, como um contrato, uma sentença etc. A fonte, todavia, do *ius gentium* não era assim tão clara.

Cabe recordar que a problemática do *ius gentium*, herdada pela escolástica ibérica, dizia respeito a um movimento descendente de maior concretização da lei: o modo pelo qual os preceitos divinos passam a vigorar para o homem. Trata-se de uma dedução, dos princípios mais genéricos aos mais específicos, das normas mais abstratas até as mais concretas, do eterno para o contingente, do imutável para o circunstancial, do divino ao terreno: lei eterna, lei natural, direito das gentes e lei civil (e demais leis positivas). Dessa maneira, o direito das gentes desempenhava uma função de elo entre a lei natural e a civil. Esses dois últimos ramos, em determinada medida, consistem em verdadeiros antípodas no que tange à sua mutação e âmbito de validade espacial. Fazia-se necessário, portanto, outro direito que promovesse a transição de um para o outro.

Contudo, *los maestros* precisaram desenvolver essa noção um pouco além disso, se quisessem justificar as suas convicções relativas ao Novo Mundo. Há uma famosa passagem de Francisco de Vitória em que a

sociedade internacional forma uma comunidade assemelhada a um Estado: “e o mundo todo, que de certo modo forma uma república, tem o poder de prescrever, a todos os súditos, leis justas, como são as de direito das gentes.”⁴¹ Fiel à noção aristotélica da sociabilidade natural, Vitória queria exprimir a ideia de que existe uma comunidade que transcende aquela de uma república, a sociedade maior de todos os seres humanos. E, para tanto, ele assemelha a função que as leis (*lex civilis*) desempenham no interior de uma república àquela do *ius gentium* em relação ao *totus orbis*. Dessa feita, um tipo de *ius* passa a estar em pé de igualdade com uma *lex*.

O problema que Vitória criou diz respeito a como um direito extralegal pode se encontrar no mesmo patamar de uma lei. Para Tomás de Aquino, isso não constitui um obstáculo porque o direito das gentes advém, em última análise, da lei natural. No artigo terceiro da questão 57 do Tratado da Justiça, o *ius gentium* é uma espécie de direito natural, “o direito natural *secundo modo*”, e no Tratado da Lei, o *ius gentium* decorre da *lex naturae* de uma forma bastante direta, *per conclusionem*.⁴² Em ambos os tratados, o direito das gentes corresponde a uma parcela do direito natural, ou deflui de uma parcela da lei natural, que é exclusiva dos seres humanos e não se estende aos animais. “O direito das gentes, de certo modo, é natural ao homem, porque é algo racional, já que decorre da lei natural [...]. Não obstante, ele se distingue da lei natural no aspecto em que esta é comum a todos os animais.”⁴³ Portanto, no Aquinate, uma

FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre António Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 5, t. 3. p. 252. [ms. Casanatense 706, 168].

⁴⁰ Tomás de Aquino diferencia direito de lei. O seu Tratado das Leis deve ser lido em conjunto com o Tratado da Graça, pois tanto as leis como a graça constituem princípios externos ao ser humano que o movem para a retidão. O estudo do Direito insere-se, no Aquinate, no Tratado da Justiça; o objeto de análise da virtude justiça é o direito, o *iustum*, que corresponde ao *dikaion* aristotélico. O *jus* é um ente particular, mas a *lex* é universal. O *jus* é *res*, algo que existe de fato. A *lex* é a causa exemplar, o projeto, aquilo para o qual a coisa tende em conformidade com o plano na mente do Criador, mas não a coisa propriamente dita. BASTIT, Michel. *Naissance de la loi moderne: la pensée de la loi de saint Thomas à Suarez*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990. p. 163. A confusão entre os dois termos é moderna e possui raízes no ockanismo. Porém, a distinção é antiga. Os romanos mesmos interpretavam o seu direito como *lex*, como uma tábua de obrigações. VILLEY, Michel. *Le droit et le droit de l'homme*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

⁴¹ “Habet enim totus orbis, qui aliquo modo est una republica, potestatem ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in iure gentium.” VITÓRIA, Francisco de. De potestate civili, 21. In: URDANOZ, Teofilo (ed.). *Obras de Francisco de Vitória: elecciones teológicas*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960. p. 191.

⁴² AQUINO, Tomás de. *Suma teológica: texto latino de la edición crítica Leonina*. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1947. t. 8. 2-2 q. 57 a. 3 e 1-2 q. 95 a. 4.

⁴³ “*Ad primum ergo dicendum quod ius gentium est quidem aliquo modo naturali homini, secundum quod est rationalis, in quantum derivatur a lege naturali [...]. Distinguitur tamen a lege naturali, maxime ab eo quod est omnibus animalibus commune.*” AQUINO, Tomás de. *Suma teológica: texto latino de la edición crítica Leonina*. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1947. t. 6. 1-2 q. 95 a. 4. Cumpre salientar que Aquino, no Tratado da Justiça, chama o direito das gentes de “positivo” numa aceção em que ele não se contrapõe a “natural”. “*Al suponer una intervención de la razón discursiva para deducir lo que no aparece inmediata y absolutamente a la inteligencia, el derecho de gentes tiene algo de positivo, pero tomando el término positivo en un sentido muy amplio, que no es usual en la terminología teológica y en el pensamiento jurídico actual. El derecho de gentes está constituido por las conclusiones deducidas de los primeros principios, absolutamente evidentes, de la ley natural. Hay, pues, un positivo esfuerzo, aunque muy fácil, para deducir y dictaminar esas conclusiones, que están muy próximas a los principios y por eso se ballan al alcance de todas las gentes. Pero la*

vez que o direito das gentes não foi instituído por uma convenção humana, as pessoas podem conhecê-lo por meio da razão.

Nos comentários à *Secunda Secundae*, quando decide investigar propriamente as relações entre o direito das gentes e o direito natural, Vitória diverge de Tomás de Aquino e insere o *ius gentium* no direito positivo. Na explicação do artigo 3 da questão 57, afirma que o direito das gentes não satisfaz a condição do artigo precedente, qual seja, a de que o direito natural versa sobre o que é igual segundo a natureza da coisa. Dessa forma, ele somente pode ser direito positivo e resulta “a partir de um estatuto humano fixado racionalmente” e que se estabelece “por acordo sancionado dos homens”.⁴⁴ O fato de esse *ius* consistir num estatuto racional (e não apenas volitivo) o distingue do *ius civilis* e o aproxima do *ius naturae*; no entanto, por resultar de um estatuto — um *condictio sancitum* —, esse direito encontra-se irremediavelmente no âmbito do direito positivo. O autor exemplifica com o ofício dos diplomatas — uma instituição típica de direito das gentes desde a enumeração de Isidoro de Sevilha. Trata-se de uma instituição humana, portanto positiva, mas indispensável para produzir a paz e a concórdia entre os Estados, e realiza, dessa feita, um imperativo de direito natural.

Por não ser conhecido diretamente pela luz da razão, o *ius gentium* requer um ato que lhe confira validade. Para Vitória, o direito positivo se origina de duas maneiras: pela *condictio privata*, que ocorre nos contratos entre os particulares, e pela *condictio publica*, chamada normalmente de “lei”, que corresponde às convenções adotadas pelo conjunto de uma comunidade. A diferença entre essas duas modalidades resume-se à publicidade da dita convenção humana: as leis são públicas, e os contratos são privados. A publicidade é um elemento importante da lei em toda a escolástica salmantina e integra a própria definição dela, visto que, para existir, não basta à lei ser um projeto ordenador da razão, como em Aquino, mas requer promulgação pela vontade eficiente de uma

autoridade.⁴⁵ Por não ser *lex*, o direito das gentes não passa por dito processo de promulgação, mas, se ele se equipara à lei, a sua publicidade deve vir de alguma outra forma. Vitória então revela que o *ius gentium* foi criado a partir de um consenso comum de todas as gentes e nações (*ex communi consensu omnium gentium et nationum*).⁴⁶ Quando há um acordo entre todos os povos e nações do mundo inteiro, a publicidade se apresenta como um elemento implícito. O aspecto público advém da universalidade da convenção.

Trata-se do sentido que se depreende do contexto mesmo da famosa passagem (*aliquo modo est una republica*). De fato, ela constitui um corolário do que Vitória discutia antes. O autor questiona se as leis internas de um Estado obrigam também os legisladores e os reis (“*An leges civiles obligent legislatores et maxime reges?*”). Essa pergunta se justifica porque alguns soberanos acreditam que se situam acima de toda a república e, por conseguinte, não haveria nenhum poder superior para constrangê-los. Segundo Vitória, porém, os soberanos também integram o Estado, e, como a lei é válida para toda a comunidade, eles também devem observá-la. Já em relação aos príncipes nas relações internacionais, ocorre o que se passa com os contratos: antes do acordo, a pessoa é livre, mas, depois, ela se vinculou àquelas obrigações. E então, o autor infere o corolário:

o direito das gentes não tem força apenas por causa do pacto e convenção dos homens, mas possui verdadeira força de lei. E o mundo todo, que de certo modo forma uma república, tem o poder de prescrever, a todos os súditos, leis justas, como são as de direito das gentes.⁴⁷

fuertza o vigor de obligacion, en esas conclusiones, viene del mismo derecho natural, que substancialmente contienen?. SANTIAGO, Ramirez. Introducción a las cuestiones 95-97. In: AQUINO, Tomas de. *Suma teologica*: texto latino de la edición crítica Leonina. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1947. t. 6. p. 148.

⁴⁴ “[...] *ex statuto humano in ratione fixo*” e “[...] *ex condictio hominum sancitum*”. VITÓRIA, Francisco de. De justitia (q. 57-66). In: VITÓRIA, Francisco de. *Comentarios a la Secunda secundae*. Biblioteca de Teólogos Españoles, Salamanca. Madrid: Beltrán de Heredia, 1932-1935. t. 3. p. 14.

⁴⁵ Provavelmente em virtude da síntese que a escolástica salmantina realiza entre o tomismo e o ockanismo, a lei em geral não é somente um projeto ordenador da razão e, portanto, uma operação da inteligência, mas ela também deve mover as pessoas, o que a vincula com a vontade. Por isso, a promulgação apresenta-se como um requisito de validade da lei. Confira SUAREZ, Francisco. *Tractatus de legibus, ac Deo Legislatore in decem Libris distributus*. Venetiis: Sebastianum Coleti, 1740. Disponível em: <http://bibliotecaforal.bizkaia.net>. Acesso em: 1 jul. 2020. I, 11, 1.

⁴⁶ VITÓRIA, Francisco de. De justitia (q. 57-66). In: VITÓRIA, Francisco de. *Comentarios a la Secunda secundae*. Biblioteca de Teólogos Españoles, Salamanca. Madrid: Beltrán de Heredia, 1932-1935. t. 3. p. 15.

⁴⁷ “*Quod ius gentium non solum habet vim ex pacto et condictio inter homines, sed etiam habet vim legis. Habet enim totus orbis, qui aliquo modo est una republica, potestatem ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quale sunt in iure gentium.*” VITÓRIA, Francisco de. De potestate civili, 21. In: URDANOZ, Teofilo (ed.). *Obras de Francisco de Vitória*: elecciones teologicas. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960. p. 191.

Assim, com essa afirmação, Vitória deseja acentuar a força quase legal do direito das gentes, o que isso não conflita com a sua natureza convencional, pois a sua universalidade lhe conferiu uma *conducta publica*.

Ao tempo de Vitória, as nações já celebravam tratados internacionais tal como hoje conhecemos, mas a ideia de um pacto universal sobre todos os institutos de direito das gentes parece um tanto fantasiosa. Por isso, Teófilo Urdanoz qualifica esse pacto de “virtual ou tácito”⁴⁸, e Fernando D’Oca de “pacto racional”.⁴⁹ A ideia é que se trata de um acordo humano, ou seja, uma instituição de direito positivo, mas que é impulsionada por um imperativo natural. Prenuncia-se, nesse sentido, a autonomia do direito das gentes em relação ao direito natural.

Essa ideia de o direito das gentes decorrer de uma *conducta publica* havia se tornado comum entre os escolásticos ibéricos e se espalhou até mesmo para juristas de fora desse movimento. Essa noção aparece num autor como o jovem Hugo Grotius. No livro *Comentários ao Direito das Presas*, antes de ler Francisco Suárez⁵⁰ e alterar esse entendimento no *Do Direito da Guerra e da Paz*, o jurista holandês afirma que o direito das gentes secundário autêntico⁵¹ se depreende da “validade de um pacto entre os Estados” (*pacti vim habent inter respublicas*), o qual possui força de lei, em oposição ao fundamento do direito das gentes impróprio. A semelhança com Vitória não é coincidência: a origem escolástica desse trecho de Grotius se revela indiscutível, pois, no manuscrito, o autor faz uma referência na margem à obra *Contro-*

versiae de Gabriel Vásquez.⁵² E, no capítulo oitavo, ao explicar o fundamento do direito bilateral de presas por parte dos combatentes, Grotius afirma que ele deriva de um “consenso tácito entre as nações” (*tacitus consensus civitatum*).⁵³ Um pouco adiante, excetua desse direito de apresamento os combatentes que lutam em nome de uma autoridade **privada**, pois somente autoridades públicas poderiam ter participado desse acordo tácito entre os Estados.⁵⁴ Todos os elementos da *conducta publica* vitoriana, portanto, aparecem aqui: um pacto virtual e público entre todos os povos, com força de lei.

Francisco Suárez desenvolve uma posição um pouco diferente sobre esse tema. Em princípio, ele parece concordar com Vitória quando assevera que o direito das gentes procede de um “pacto implícito” (*pacto subintellecto*)⁵⁵, mas ele torna essa noção mais concreta. Ao distinguir o *ius gentium* do *ius civilis*, o teólogo granadino rejeita a diferença mais óbvia, a extensão da validade: enquanto o direito nacional vale somente para um reino, o direito das gentes se estende a todos (ou quase todos) os povos. Suárez considera esta uma característica meramente acidental e quantitativa, a qual não afeta a essência da questão. A esse respeito, ainda acrescenta que, uma vez que se trata de um ato de vontade que origina a lei, parece impossível que o *ius gentium* vigore para todos os povos, porque ele precisaria ser gerado por um consenso de todos os homens. “Porque não é frequente que todos os povos acordem em matérias que dependem da opinião e livre vontade dos homens. É comum para os homens que haja quase tantas inclinações e pareceres como cabeças.”⁵⁶ Por isso, deve haver alguma outra maneira, diversa de um pacto, para se obter essa concordância geral. Então, Suárez recorre a uma espécie de direito extralegal desprezada pelo *mos italicus* prevalente entre os juristas de formação clássica para cumprir a função de fonte. “Os preceitos do direi-

⁴⁸ URDANOZ, Teófilo. Introducción à la releccion primera (de indis recenter inventis relectio prior). In: URDANOZ, Teófilo (ed.). *Obras de Francisco de Vitória*. reacciones teológicas. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960. p. 562.

⁴⁹ D’OCA, Fernando Rodrigues Montes. O direito positivo das gentes e a fundamentação não naturalista da escravidão em Francisco de Vitória. *Mediaevalia*: textos e estudos, n. 31, p. 29-50, 2012. Disponível em: <https://ojs.letras.up.pt/index.php/mediaevalia/article/view/813>. Acesso em: 1 maio 2023. p. 39.

⁵⁰ Sobre a leitura de Suárez e a modificação no pensamento de Grotius, vide MACEDO, Paulo Emílio Borges de. *O nascimento do direito internacional*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2009.

⁵¹ Embora a estrutura voluntarista da obra dificulte esta percepção (uma vez que até o direito natural provém de uma vontade), o direito das gentes primário seria direito natural, já o secundário seria positivo. Esse direito das gentes secundário ainda se divide em autêntico e impróprio. O direito das gentes autêntico corresponde a um verdadeiro direito entre as nações; já o impróprio seria uma parte do direito nacional que surgiu por imitação entre os povos. GROTIUS, Hugo. *De Jure Praedae*: commentarius. La Haye: Hamaker, 1868. p. 26.

⁵² GROTIUS, Hugo. *De Jure Praedae*: commentarius. La Haye: Hamaker, 1868. p. 26, folha 12’.

⁵³ GROTIUS, Hugo. *De Jure Praedae*: commentarius. La Haye: Hamaker, 1868. p. 119.

⁵⁴ GROTIUS, Hugo. *De Jure Praedae*: commentarius. La Haye: Hamaker, 1868. p. 122.

⁵⁵ SUAREZ, Francisco. *Tractatus de legibus, ac Deo Legislatore in decem Libris distributus*. Venetiis: Sebastianum Coleti, 1740. Disponível em: <http://bibliotecaforal.bizkaia.net>. Acesso em: 1 jul. 2020. II, 19, 8.

⁵⁶ “Quia in his quae ab opinione et arbitrio hominum pendent, non solent omnes nationes convenire. Nam hoc est hominum ingenium ut quot sut capita, tot fere sint placita et opiniones.” SUAREZ, Francisco. *Tractatus de legibus, ac Deo Legislatore in decem Libris distributus*. Venetiis: Sebastianum Coleti, 1740. Disponível em: <http://bibliotecaforal.bizkaia.net>. Acesso em: 1 jul. 2020. II, 19, 5.

to das gentes diferenciam-se dos preceitos do direito nacional porque não são formados por leis escritas, mas por costumes, não deste ou daquele Estado ou província, mas de quase todas as nações.”⁵⁷

Apesar de ser um direito extralegal, o costume, em Suárez, ainda pode se equiparar à lei porque também expressa uma *conducta publica*, a qual pode ser verificada de duas formas. A respeito da primeira, por uma notoriedade de fato. Ainda que a ação seja realizada por uma pessoa ou uma autoridade particular, como no caso da usucapião — instituto irmanado ao costume —, ela deve efetuar-se à vista de todos, e não de modo clandestino. Em relação à segunda, por uma notoriedade de direito, uma “constatação jurídica” do ato. Ela ocorre pela anuência tácita ou expressa do soberano, ou pelo seu reconhecimento na doutrina (a opinião dos homens sábios) ou na jurisprudência.⁵⁸

O costume suareziano constitui prova viva e sempre presente da origem popular da soberania. Mesmo após a alienação do poder feita pelo povo para o seu príncipe, aquele ainda conserva alguma capacidade legislativa a qual se materializa no costume. Ressalte-se que, nos costumes que perpassam diversos Estados, os soberanos precisam ratificar essa prática reiterada para que sejam válidos, mas, ainda assim, em última análise, o *ius gentium* se revela um direito de origem popular. Além disso, por causa do seu caráter público, ele pode desempenhar o papel de verdadeira lei entre os Estados.

Antônio Vieira não era um jurista e certamente não estava preocupado em apontar a proveniência legal dos títulos da majestade de Cristo. Não obstante, ele prepara o leitor para esse tipo de abordagem quando afirma que é o título “mais jurídico entre os homens” e assentado nos “princípios gerais dos direitos natural e das gentes”. E toda a linguagem que Vieira emprega para descrever essa eleição universal como resultado de um “comum

consenso” e de “votos públicos” remete o tema para a discussão da *conducta publica* do *ius gentium* da escolástica ibérica. Quer seja pela versão vitoriana, de um pacto racional e tácito, quer pela versão suareziana, de um costume internacional público, Vieira pensava no direito das gentes como um direito positivo e humano quando propôs este título.

4 A paz no Quinto Império

Uma vez assentado que o governo do Quinto Império vieiriano repousa no *ius gentium*, resta analisar a paz que ele pretende instaurar. O tema da paz em Vieira possui uma dignidade própria, e é examinado tanto nas obras proféticas como no *Sermão da Segunda Oitava da Páscoa*, chamado sugestivamente de o “*Sermão da Paz*” e celebrado em Roma, entre os anos de 1670 e 1675, na Igreja da Casa Professa da Companhia de Jesus, no “dia em que é obrigação e costume de toda Itália pregar da paz”.⁵⁹ Como religioso que era, o autor sabia que a paz que Cristo desejava transcendia simples conotações políticas e representava um estado metafísico e moral, não só de um povo, como também da alma individual. No entanto, ela importa para um projeto de paz perpétua porque também tem um conteúdo político, uma vez que resulta da virtude da justiça (Is. 32: 17). Vieira precisava, portanto, conciliar essas dimensões imanentes e transcendentais, interior e exterior da paz. Independentemente da sua proposta milenarista, a própria perspectiva cristã impõe esse tratamento “multidimensional” à paz.

No *Sermão da Paz*, abundam referências a Agostinho. Vieira utiliza a definição de paz do Bispo de Hipona como “concordia ordenada” para demonstrar, primeiramente, que não pode haver paz entre os maus e, em segundo lugar, que, tanto em uma casa quanto em uma república, a ordem impõe imperativos distintos para quem manda e para quem obedece: respectivamente, igualdade e paciência. O pregador principia por analisar o primeiro termo do binômio. Os líderes devem se pautar pela igualdade; isto é, igualdade de tratamento em relação aos seus subordinados. Os superiores não

⁵⁷ “Praecepta iuris gentium in hoc differunt a praeceptis iuris civilis quia non scripto sed moribus, non unius vel alterius civitatis aut provinciae sed omnium vel fere omnium nationum constant.” SUÁREZ, Francisco. *Tractatus de legibus, ac Deo Legislatore in decem Libris distributus*. Venetiis: Sebastianum Coleti, 1740. Disponível em: <http://bibliotecaforal.bizkaia.net>. Acesso em: 1 jul. 2020. II, 19, 6.

⁵⁸ SUÁREZ, Francisco. *Tractatus de legibus, ac Deo Legislatore in decem Libris distributus*. Venetiis: Sebastianum Coleti, 1740. Disponível em: <http://bibliotecaforal.bizkaia.net>. Acesso em: 1 jul. 2020. VII, 11, 5. É impressionante a semelhança dessa concepção com a moderna tese dos dois elementos, que hoje predomina para explicar o fundamento do costume internacional. Confira LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Os métodos no direito internacional*. São Paulo: Lex, 2007.

⁵⁹ Como referido pelo próprio pregador na apresentação do sermão. VIEIRA, Antônio. *Sermão da segunda oitava da páscoa*, Roma, 1670-75. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obras completas Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. parenética. v. 5, t. 2. p. 141.

devem estabelecer distinções ou preferências.⁶⁰ “E qual é a justiça de Deus no governo universal do mundo? Uma igualdade suma, sem exceção de pessoa nem diferença de estado”.⁶¹ Não deve causar surpresa, se essa admoestação lembrar o princípio jurídico da igualdade perante a lei. A ideia da vinculação da paz com o Direito e a Justiça permeia todo o texto.

Como em todos os escritores de um projeto de paz perpétua, a paz, para Vieira, não implica tão-somente a ausência da guerra. Por isso, assevera que “todas as guerras deste mundo se fazem a fim de conseguir a paz”. Todavia, o erro do mundo é imaginar que se conquista a paz por meio da violência. “A paz não se conquista com exércitos armados: conquista-se com uma só espada e com dois escudos: com uma só espada, que é a da justiça, e com dois escudos, que são os das suas balanças.”⁶² O direito é essencial para a paz.

Outrossim, essa imbricação entre paz e direito permeia toda a escolástica salmantina. Segundo os *maestros*, os males e a destruição que se sucedem pela guerra são acidentais à natureza dela, e haveria maiores inconvenientes se a guerra fosse proibida de todo.⁶³ De fato, a Igreja, por causa da sua adesão à doutrina da guerra justa, nunca proibiu de todo a guerra. Isso explica porque a guerra, como afirmou Vieira, não se opõe à paz, mas sim à má paz, aquela que perdura em detrimento da justiça e do direito. Existe uma diferença substancial entre os conceitos de paz e de tranquilidade. Esta é paralisia, mas aquela é harmonia. Harmonia sempre pressupõe um equilíbrio, a balança da justiça. Dessa feita, a “verdadeira” paz apoia-se no Direito.

Ademais, o próprio tratamento multidimensional da paz revela-se bastante comum na escolástica antiga

e nova. O *Tratado da Guerra* de Tomás de Aquino se localiza no *Tratado da Caridade*. Mais do que um tema jurídico, o direito da guerra representa um problema moral, pois a guerra, em conjunto com o ódio, a acídia, a invidia, a discórdia, a porfia, o cisma, a rinha, a sedição e o escândalo, constitui um vício contrário à caridade.⁶⁴ A paz corresponde a um efeito interior em consequência da caridade. Para um teólogo, determinar a justiça numa guerra importa menos para aferir a “in-júria” e mais para determinar um pecado contra uma das três virtudes teológicas. A investigação da justiça ou da injustiça de uma guerra é um meio para um fim de natureza teológica muito mais importante. Uma guerra injusta, além de ferir o direito, fere a caridade.

Por sua vez, Francisco Suárez repete a ordem tomaziana e não aborda o direito da guerra no tratado em que ele discorre sobre as leis e a justiça, o *De Legibus*, mas na última *disputatio* do *Tratado sobre a Fé, a Esperança e a Caridade*. Daí a sua definição de guerra como “a luta exterior que se opõe à paz externa se chama propriamente guerra, quando se estabelece entre dois soberanos e dois Estados”⁶⁵. Perceba-se, no original, a repetição do termo “*exterior*”. A guerra se sobressai por consistir num dos vícios externos à paz, a qual se mostra mais ampla e pressupõe tanto um equilíbrio interno como externo.

Vieira persiste na ideia do equilíbrio e o identifica com o centro. Embora o mundo natural possua um só centro, constata haver, no “orbe político”, vários centros.

Dentro deste orbe político há muitos círculos, maiores ou menores, e cada um tem o seu centro. Os círculos maiores são os reinos, e o centro do reino é o príncipe. Os círculos menores são as cidades, e o centro da cidade é o magistrado; os círculos mínimos são as famílias, e o centro da família é o pai.⁶⁶

⁶⁰ VIEIRA, Antônio. Sermão da segunda oitava da páscoa, Roma, 1670-75. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. parenética. v. 5, t. 2. p. 141-142.

⁶¹ VIEIRA, Antônio. Sermão da segunda oitava da páscoa, Roma, 1670-75. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. parenética. v. 5, t. 2. p. 144.

⁶² VIEIRA, Antônio. Sermão da segunda oitava da páscoa, Roma, 1670-75. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. parenética. v. 5, t. 2. p. 144-145.

⁶³ SUAREZ, Francisco. De Fide, Spe et Charitate. Tractatus de Charitate. Disputatio XIII, De Bello, 1, 2. In: SUAREZ, Francisco. *Opera Omnia*. Parisiis: Ludovicum Vivès, 1858. t. 12. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=aCcNAAAAAYAAJ&pg=GBS.PA736&hl=pt>. Acesso em: 1 jun. 2023. p. 737.

⁶⁴ AQUINO, Tomas de. *Suma teologica*: texto latino de la edición crítica Leonina. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1947. t. 7. 2-2 q. 34 a 43.

⁶⁵ “*Pugna exterior, quae exteriori paci repugnat, tunc proprie bellum dicitur, quando est inter duos principes, vel duas respublicas.*” SUAREZ, Francisco. De Fide, Spe et Charitate. Tractatus de Charitate. Disputatio XIII, De Bello, 1, 2. In: SUAREZ, Francisco. *Opera Omnia*. Parisiis: Ludovicum Vivès, 1858. t. 12. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=aCcNAAAAAYAAJ&pg=GBS.PA736&hl=pt>. Acesso em: 1 jun. 2023. p. 737.

⁶⁶ VIEIRA, Antônio. Sermão da segunda oitava da páscoa, Roma, 1670-75. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. parenética. v. 5, t. 2. p. 149.

Essa identificação do equilíbrio (igualdade) com o centro possibilita a Vieira encontrar uma solução comum em todas as dimensões coletivas da paz, desde a primeira associação, a família, até o reino. Quem se encontra no centro garante a paz. Por isso, no Quinto Império, há a necessidade de existir um só imperador universal acima de todos os príncipes; a divisão política do mundo em diversos Estados apresenta-se insuficiente para a manutenção da paz. Vieira prescreve, dessa feita, um centro espiritual (que já existe) e outro temporal:

[...] há de haver dois monarcas supremos: um que esteja à frente dos assuntos religiosos, como já sucede com o Sumo Pontífice, e outro, que esteja à testa do mundo inteiro nos assuntos políticos; e que, por outro lado, com todas as suas deliberações e força de ânimo, hão de concorrer para a mútua paz, ou seja, sua e dos seus súbditos, numa palavra, do mundo inteiro. Pelo que (insisto eu) se, da união de só dois homens, a reinarem, por consenso geral, sobre o mundo inteiro e a exercerem ambos os poderes, como que de mãos dadas, o temporal e o espiritual, com razão se deveria esperar uma espécie de paz universal [...].⁶⁷

A paz, portanto, tem um fundamento ético; por esse motivo, não pode haver a paz entre os maus. Ela, afora isso, deve se estender ao domínio da política. Vieira não aceita Maquiavel e considera que também os governantes devem agir com retidão. Não se mantém a verdadeira paz pelo medo, nem pela mentira. A multiplicidade de polos políticos dificultaria bastante essa empreitada; por isso, o Quinto Império deve ter apenas um imperador. Ademais, esse centro político estaria irmanado com o centro espiritual, o qual vigiaria a honestidade daquele.

Da parte dos súditos, a paciência tem lugar toda vez que o soberano faltar com a igualdade. Vieira ensina que a etimologia da palavra “paciência” é *pacis scientia* — ciência da paz.⁶⁸ A paciência, nesse sentido, é mais

⁶⁷ “[...] *duos futuros supremos monarchas: unum, qui in sacris, qualis iam est summus pontifex, alterum, qui in politicis universo orbi praesint; hos autem totis consiliis atque animis in mutuam pacem, suam videlicet et subditorum, hoc est totius mundi, conspiraturos. Quod si (inquam) ex sola unione duorum hominum communi consensu in toto orbe regnantium et utramque potestatem, veluti datis manibus, temporalem, spiritualemque exercentium, sperari merito deberet universalem quamdam pacem et solide fundari posse et diu retineri [...]*” VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas, livro III, 878. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 6, t. 3. p. 305. [ms. Casanatense 706, 878].

⁶⁸ VIEIRA, Antônio. Sermão da Segunda oitava da páscoa, Roma, 1670-75. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. parenética. v. 5, t. 2. p. 154.

do que uma mera inclinação emocional; é uma virtude intelectual que pode ser aprendida e praticada, e serve como remédio ao tratamento desigual. O jesuíta, por óbvio, prega, neste trecho, o conformismo político, mas ele desenvolve o argumento além disso. A paz corresponde a um estado intersubjetivo, mas também da alma individual, e a forma como Vieira retorna a essa dimensão individual da paz desvela o seu brilhantismo como retórico. Ele retoma o conceito agostiniano e assinala que toda concórdia é recíproca e relativa. Se uma das partes faltar, o todo não faz sentido. Então, destrói esse argumento e mostra que a mensagem ética da paz ultrapassa a simples reciprocidade.

Assim o ensina Aristóteles, e se demonstra facilmente com dois exemplos vulgares: o da amizade e o do parentesco. A amizade é amor mútuo e recíproco entre dois amigos, e se um só deixa de ser amigo, acabou-se a amizade. No parentesco, o pai é reciprocamente relativo ao filho. E o filho ao pai; e basta que falte só o pai, ou só o filho, para que a relação daquele parentesco se acabe. Do mesmo modo a paz é concórdia mútua, recíproca e relativa: logo, se de uma parte está a guerra, parece que da outra não pode estar nem conservar-se a paz? Respondo que é assim na Filosofia de Aristóteles, mas na de Cristo não. Na Filosofia de Cristo pode estar e conservar-se a relação de uma parte, ainda que falte e se perca da outra. Provo com os mesmos exemplos. Entre Cristo e Judas havia amizade, como entre o mesmo Senhor e os outros apóstolos. Da parte de Judas faltou a amizade: e da parte de Cristo? Não faltou. *Amice, ad quid veniste?* [Mt 26: 50]. Amigo lhe chama, quando já era inimigo; amigo, quando era traidor; amigo, quando lhe fazia tão cruel guerra. Não porque Judas naquele tempo fosse amigo, mas porque Cristo ainda o era. *Interioris amicitiae non immemor* [amizade interior não esquecida], diz São Bernardo.

[...] Esta é a Filosofia de Cristo, e desta sorte, por excesso de paciência, se conserva maravilhosamente de uma só parte a relação da paz, faltando da outra [...].⁶⁹

De uma perspectiva social, a paciência conduz ao conformismo político e à omissão. Porém, interiormente, a paciência exhibe bastante atividade da alma. Ela exige força de caráter e muito amor para aceitar as injustiças.

A dimensão moral da paz, desse modo, demanda muito mais do que existe normalmente na condução

⁶⁹ VIEIRA, Antônio. Sermão da Segunda oitava da páscoa, Roma, 1670-75. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. parenética. v. 5, t. 2. p. 158-160.

regular da política. Por esse motivo, Vieira conclui que a paz do mundo não é paz; a verdadeira paz é a de Cristo.⁷⁰ A paz que vigora no mundo, sem Cristo, é, pois, precária e só poderia ser redimida pelo cristianismo. Assim como a *noblesse, Christianisme oblige*. Parece evidente que não se pode pretender universalizar esse imperativo para o mundo inteiro como ele se encontra. Mas se e todos se convertessem ao cristianismo?

Na *Clavis Prophetarum*, Vieira acredita que o Quinto Império deverá inaugurar o último estado da Igreja na Terra. Com base no *Cântico dos Cânticos*, *Zacarias* e, é claro, o *Apocalipse*, o jesuíta distingue três fases da presença do cristianismo no mundo: o estado “incoado” ou “iniciado”, que principia com a pregação do Reino por parte de Cristo e vai até Constantino; o estado “incompleto” ou “em crescimento”, que abrange Constantino até ao presente (de Vieira), e o estado “concluído e consumado”, que se inicia desde o momento em que o Evangelho for pregado e recebido pelo mundo inteiro até à sua consumação.⁷¹ Nesse momento, toda a sorte de maravilhas mais ou menos sobrenaturais começariam a acontecer: a conversão universal de todos os povos — que inclui o ingresso (ou, quiçá, o retorno) dos judeus na fé cristã —, o fim do pecado e o início de um período de santidade, e uma maior longevidade dos seres humanos (além, por óbvio, da paz universal). Esses eventos concorreriam para a formação de um substrato moral comum que possibilitaria a universalização da dimensão interior da paz, acima mencionada. Segundo Vieira, no Quinto Império, a sombria constatação do *Sermão da Paz* — a de que a paz do mundo não é a paz de Cristo — não terá mais validade. São as promessas de Cristo (bem como de alguns textos do Antigo Testamento citados por Vieira) que receberão cumprimento. Ela é denominada de “paz escatológica”, pois se vincula ao final dos tempos, ou “paz messiânica”, pois decorre das obras do Messias.⁷²

⁷⁰ VIEIRA, Antônio. Sermão da Segunda Oitava da Páscoa, Roma, 1670-75. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre António Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 5, t. 2. p. 162.

⁷¹ VIEIRA, Antônio. A Chave dos Profetas, livro II, capítulo II, 466. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre António Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 6, t. 3. p. 58-59. [ms. Casanatense 706, 466].

⁷² PINTO, Porfírio José dos Santos. *Choupanas e palácios: a arquitetura teológica vieiriana*. 2018. Tese (Doutorado em Literatura e Cultura) – Faculdade de Letras, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018. p. 315.

Resta, ainda, estabelecer a dimensão política dessa paz. Por mais importância que Vieira atribua à paz interior, ele crê existir uma relativa autonomia entre as duas dimensões: “a paz espiritual e interior do espírito não exclui a guerra temporal e exterior; suporta, de facto, mansa e pacificamente as guerras, mas não acaba com elas nem as suprime”.⁷³ O autor, portanto, não sustenta que da paz espiritual possa resultar, de modo necessário, a paz política. É preciso mais. Sem a presença de instituições que resolvam as controvérsias e previnam a violência, a paz exterior não pode subsistir, e os períodos de calma não passariam de meros interstícios entre duas guerras.

Vieira explana com muita clareza a sua posição. Antes do Reino Consumado de Cristo, o autor subscreve a doutrina da guerra justa e condena uma espécie de pacifismo que prega um repúdio tão veemente à violência que acaba por proibir aos cristãos de se engajarem em guerras. Atribui esse erro aos anabatistas, mas o faz remontar até Tertuliano, e inclui, entre os que incorrem nesse equívoco, Melanchthon e Erasmo.⁷⁴ Vieira salienta que a guerra justa se baseia na lei natural e não foi suprimida pelo evangelho. Suportar a violência e as injustiças sem se defender e desistir do seu direito (*ius*) pertence ao estado de perfeição, mas não se trata de um preceito e sim de um conselho.⁷⁵ E, de modo realista, o jesuíta pondera sobre a utilidade da não violência: “o povo desarmado é escravo da guerra, vive oprimido pela guerra e torna-se presa dos seus amos, antes de o ser dos inimigos”.⁷⁶

⁷³ “[...] pax spiritalis et interior animorum non excludit bellum temporale et externum; sustinet quidem bella mansuete et patienter, sed illa non aufert, nec tollit.” VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas, livro II, capítulo III, 826. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre António Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 6, t. 3. p. 273. [ms. Casanatense 706, 826].

⁷⁴ Erasmo professou uma espécie de pacifismo radical chamado de “irenismo”. O termo vem do grego eirenè ou “paz”, e significa “a atitude que professa o repúdio por todo o tipo de beligerância e uma ilimitada confiança na eficácia do diálogo e do recurso à arbitragem para a resolução dos conflitos que opõem os homens”. ROTERDÃO, Erasmo de. *A guerra e a queixa da paz*. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 7. Em geral, os doutrinadores da tradição da guerra justa repudiaram esse pacifismo. Grotius denomina expressamente a postura de Erasmo como exagerada no prolegomenum 29 no seu Tratado da Guerra e da Paz. Vide GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí, RS: Unijuí, 2004.

⁷⁵ VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas, livro II, capítulo III, 814. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre António Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 6, t. 3. p. 266. [ms. Casanatense 706, 814].

⁷⁶ “[...] inermes populi bello serviant, bello prementur et fiant domi-

Vieira não desenvolve a sua versão da doutrina da guerra justa e remete à de Aquino e de Suárez. Ele, inclusive, afirma a licitude da autodefesa⁷⁷, mas isso não implica a redução de todas as causas a somente a esta. Não estava preocupado em desenvolver uma tese; desejava, apenas, refutar os adeptos do pacifismo irenista. Todavia, a referência à lei natural e a conformidade da doutrina da guerra justa com os ditames da justiça importam. Fiel à noção de que a verdadeira paz não pode prescindir do Direito, Vieira retoma a ideia escolástica de a guerra justa constituir a solução possível num mundo imperfeito.

Todavia, num mundo mais próximo do paraíso, quando houver uma consciência ética e cristã generalizada, a guerra não será mais desejável, nem necessária ou inevitável. E, segundo Vieira, as profecias bíblicas parecem anunciar esse período (Salmos 45: 9-10; 71.7; 75,3-5; Oseias 2: 17-18; Isaías 2: 4; 32: 17-18; Miqueias 4: 3-4; Zacarias 9: 9-10). O autor rejeita todas as interpretações que não se conformam com a ideia de se tratar de uma paz real, e não metafórica, exterior, temporal e política.⁷⁸ Nesse tempo, a paz universal deve ocorrer, desde que uma importante condição se verifique.

Por conseguinte, é necessário que a fé universal preceda a paz universal, para que o mundo, tornado conseqüentemente um só pela fé, também se torne um através da caridade e da paz. E da mesma maneira que as guerras tiveram o seu início, e a paz acabou no mundo com a idolatria e as divisões religiosas, a saber, no tempo de Nemrod, assim também naquele tempo, através da unidade de religião e de fé, se acabarão as guerras e se estabelecerá a paz.⁷⁹

norum praeda antequam hostiam.” VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas, livro II, capítulo III, 804. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 6, t. 3. p. 260. [ms. Casanatense 706, 804].

⁷⁷ VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas, livro II, capítulo III, 816. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 6, t. 3. p. 267. [ms. Casanatense 706, 816].

⁷⁸ VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas, livro II, capítulo III, 818 e ss. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 6, t. 3. p. 268 e ss. [ms. Casanatense 706, 818 e ss.].

⁷⁹ “*Oportet igitur, universalem pacem praecedat fides etiam universalis, ut mundus consequenter factus unus per fidem, unus quoque fiat per charitatem et pacem. Et quemadmodum cum idolatria et religionis divisione bella primo ingressa sunt et pax sublata de mundo, tempore videlicet Membrothi; ita etiam tempore illo; per unitatem religionis et fidei, bella tollantur et pax stabilietur.*” VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas, livro II, capítulo III, 866-867. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 6, t. 3. p. 299. [ms. Casanatense 706, 866-867].

Faz-se mister reforçar essa noção de pré-requisito ético. A dimensão interna da paz de Cristo foi alcançada e agora a paz política se revela factível. Vieira parece estar bastante ciente do fenômeno da secularização, que começa a se intensificar no século XVII. Ele responde, então, aos céticos que argumentam que a paz não prevalece entre os Estados cristãos. Consoante o autor, no Quinto Império, a fé não será mais “nua, informe, seca e quase morta, como é aquela de que hoje nos queixamos, obscurecida pelas trevas de inúmeros defeitos”.⁸⁰ Nesse mundo novo, o Espírito Santo infundirá nos homens uma nova ciência.⁸¹ Vieira percebe que a fé fraca que existia no seu tempo não seria suficiente para produzir a paz interior. No Reino Consumado de Cristo, contudo, o próprio Deus abençoará os homens com essa “ciência do Senhor” e irá torná-los mais justos. “Ora, do incessante culto da justiça, cuja raiz é a caridade, que fruto deve esperar-se ao cabo senão o da paz também incessante e da imperturbada harmonia?”⁸² Mais uma vez, o jesuíta ratifica a ideia de que a paz repousa na justiça e no Direito.

Satisfeita a pacificação da alma, a paz exterior, consoante Vieira, acontecerá mediante uma engenharia política deveras interessante: o acordo de cessão da parcela das soberanias em favor do imperador.

Demais, uma vez que todo o direito da paz e da guerra se encontra nas mãos dos reis e, por outro lado, todos os reis naquele tempo hão de servir a Cristo e obedecer às Suas leis, não causa qualquer espanto que mediante alguma aliança todos também se ponham de acordo entre si.⁸³

⁸⁰ “[...] *minime futuram nudam, informem, siccam et pene mortuam, qualem in nostris saeculis deploramus, tot vitiorum tenebris obscuratam* [...]” VIEIRA, Antônio. A Chave dos Profetas, livro II, capítulo III, 867. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 6, t. 3. p. 299. [ms. Casanatense 706, 867].

⁸¹ VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas, livro II, capítulo III, 869-873. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 6, t. 3. p. 300-302. [ms. Casanatense 706, 869-873].

⁸² “*Ex perpetuo autem cultu iustitiae, cuius radix est charitas, qualis demum fructus sperandus, nisi perpetuae quoque pacis et imperturbabilis concordiae?*” VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas, livro II, capítulo III, 873. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 6, t. 3. p. 302. [ms. Casanatense 706, 873].

⁸³ “*Porro cum totum ius belli et pacis sit penes reges, reges autem omnes tempore illo Christo servituri sint, eiusque legibus obtemperaturi; quid mirum, si communi quodam foedere omnes etiam inter se conveniant?*” VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas, livro II, capítulo III, 876. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 6, t. 3. p. 304. [ms.

Os soberanos, que detêm o direito à guerra (*ius ad bellum*), mediante esse *foedere omnes*, devem renunciar a esse direito unilateral. Assim, Cristo, por meio do seu representante temporal, o imperador, é quem deterá todo o direito de celebrar uma guerra, em nome dessa coletividade. Visto que o mundo todo estará reunido nessa aliança, não haverá mais ninguém de fora contra quem o imperador possa declarar guerra. E ela não se destruirá por rivalidades intestinas, porque o imperador deverá “administrar justiça quando for necessário”.⁸⁴ A paz não será imposta pela força, mas unicamente pela autoridade e pela justiça desse monarca.

Vieira promete abordar essa matéria mais à frente⁸⁵, mas não o faz. Essas poucas palavras, todavia, de tão sugestivas, provocaram um impacto considerável em alguns comentaristas. Raymond Cantel afirma que Vieira envidou uma utopia mundial precursora da Organização das Nações Unidas.⁸⁶ Para Antônio Lopes, Vieira concebeu, já no século XVII, uma perspectiva de bem comum mundial tão universalista e emancipatória que imporia uma revisão da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.⁸⁷

Não parece razoável conjecturar como seria a estrutura dessa aliança mundial. De tudo o que Vieira escreveu sobre ela, nada induz o leitor a imaginar algo diferente de uma monarquia, não uma organização internacional nos moldes como conhecemos hoje. Ainda, possivelmente, seria similar à monarquia portuguesa da Restauração: uma monarquia absolutista, permeada de conselhos e corpos intermediários, mas não constitucionalista.⁸⁸

Casanatense 706, 876].

⁸⁴ No original, em vez de “administrar justiça”, “*ius dicat*” – “dizer o direito”, ou, ainda, “exercer jurisdição”. VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas, livro II, capítulo III, 877. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 6, t. 3. p. 304. [ms. Casanatense 706, 877].

⁸⁵ VIEIRA, Antônio. A chave dos profetas, livro II, capítulo III, 877. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. profética. v. 6, t. 3. p. 304. [ms. Casanatense 706, 877].

⁸⁶ CANTEL, Raymond. *Prophétisme et messianisme dans l'oeuvre de Antonio Vieira*. Paris: Hispano-Americanas, 1960. p. 29.

⁸⁷ LOPES, Antônio. *Vieira, o Encoberto*. 74 anos de evolução da sua utopia. Cascais: Principa, 1999. p. 12.

⁸⁸ Antônio Celso Alves Pereira assevera de que haveria nas “Cortes da Nação”, as quais reuniam os três estados, um constitucionalismo incipiente. PEREIRA, Antônio Celso Alves. Restauração Portuguesa: Justiça Tributária para “conservar o recuperado” no Discurso Político-Jurídico de Antônio Vieira, S. J. – Sermão de Santo Antônio – 1642. *Revista do IHGB*, Rio de Janeiro, ano 179, n. 478, p. 85-106,

No entanto, Vieira, de fato, idealizou uma federação universal com o claro propósito de manter a paz. Isso é bastante significativo. Os autores da doutrina da guerra justa, em geral, tratam a guerra ora como um ilícito, ora como a sanção proveniente de uma comunidade jurídica descentralizada a um ilícito. A guerra correspondia ao principal desafio das relações entre os povos, e um direito que não versasse sobre ela seria simplesmente inútil. O direito das gentes, por conseguinte, deveria reduzir a violência de uma guerra e os casos em que se poderia recorrer a ela. Mas ele não a proíbe; pelo contrário, ele a pressupõe. Desde sempre, o direito das gentes foi pensado em função da guerra. Ao estabelecer a paz como o bem comum mundial mais importante, Vieira altera essa lógica. A guerra ainda constitui o principal problema, mas, em vez de procurar regulamentá-la, o autor passa a pensar maneiras de torná-la inviável.

Essa característica aparece em todos os projetos de paz perpétua dos séculos seguintes, desde *O projeto para a paz perpétua na Europa* do abade Saint-Pierre de 1713, a primeira literatura iluminista do gênero, passando pelo *Julgamentos sobre a paz perpétua* de 1782, escrito por Rousseau, *Um plano para uma paz universal e perpétua* de 1789 de Bentham, até o mais famoso de todos, o *À Paz Perpétua* de Kant de 1795. E também consta em propostas mais recentes, como as do marido da Virgínia, o jornalista Leonard Woolf, do diplomata Léon Bourgeois, de um Didrik Nyholm, que seria eleito juiz da Corte Permanente de Justiça Internacional, e dos brasileiros Clóvis Beviláqua e Alberto Torres.⁸⁹ Esses projetos formaram a base da criação da Sociedade das Nações de 28 de junho de 1919.⁹⁰ Não é que a sociedade internacional

2018. p. 94.

⁸⁹ Vide: WOOLF, L. S. *International government: two reports prepared for the Fabian Research Department: Fabian Committee for a supernational authority that will prevent war*. New York: Brentano's, 1916. (obra encomendada pela *Fabian Society* e com prefácio do Bernard Shaw). BOURGEOIS, Léon. *Pour la Société des Nations*. Paris: Bibliothèque-Charpentier, 1910. NYHOLM, Didrik G. *Le Tribunal Mondial*. Cairo: Whitehead, Morris & Company Limited, 1918. BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d'organisation d'une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921. TORRES, Alberto. *Vers la paix: études sur l'établissement de la paix générale et sur l'organisation de l'ordre International*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1909. TORRES, Alberto. *Le problème mondial: études de politique internationale*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1913. As obras desses brasileiros foram publicadas originalmente em francês para o público estrangeiro, o que já denota a intenção dos autores.

⁹⁰ Vide: MACEDO, Paulo Emílio Borges de. Reflexões a partir da história do direito das gentes sobre a suposta crise do direito internacional. In: TIBÚRCIO, Carmen; ROSADO, Marilda; MACEDO, Paulo Emílio Borges de (coord.). *Direito internacional: o futuro do*

atual já houvesse sido pensada por Vieira, como querem os seus comentaristas mais apaixonados; o inaciano, porém, foi o primeiro a se debruçar sobre uma questão que ocuparia o pensamento internacionalista até o século XX.

5 Considerações finais

Neste trabalho, procurou desvendar-se os contornos do projeto de paz mundial de Antônio Vieira. O autor concebe as relações internacionais em função da paz, e apresenta duas visões distintas: antes e depois do advento do Quinto Império. Na primeira, as instituições políticas mais vanguardistas pensadas pela escolástica ibérica, como o direito de guerra, seriam plenamente aplicáveis; na última, porém, essas instituições sofreriam grande reformulação e, inclusive, superação. E, de forma surpreendente, o direito das gentes encontra-se na estrutura desses dois momentos.

A despeito do milenarismo que caducou, nas obras proféticas de Vieira, havia um projeto político de paz perpétua cuja fórmula seria repetida na literatura posterior: uma aliança de todos os povos que formaria uma estrutura supranacional asseguradora da paz, impulsionada por uma moralidade mais desenvolvida. Outrossim, tal como o projeto kantiano⁹¹, o Quinto Império de Vieira se mostra inevitável, garantido por uma filosofia da história. Há, sim, muitas semelhanças, e não se pode deixar de imaginar quão diferente poderia ter sido a tradição filosófica dos projetos de paz perpétua, se o pensamento profético de Vieira não houvesse sido esquecido. Ainda assim, não se devem eliminar os elementos religiosos, providencialistas e simplesmente “estranhos” do pensamento de Vieira somente para tornar o seu projeto político mais moderno e palatável para uma plateia contemporânea. O objetivo do autor não era o projeto imperial, mas a reforma da Igreja e da fé cristã conduzida por um povo que retiraria forças dos seus mitos fundadores. A proposta de Vieira não deve ser julgada conforme a sua contemporaneidade, mas de acordo com a sua originalidade.

E, de fato, Vieira conseguiu apresentar uma característica bastante original do seu direito das gentes. Em princípio, o autor herda da escolástica ibérica a forma como imagina as relações internacionais do seu tempo. Como reproduz a questão da *conducta publica* dos escolásticos salmantinos, o inaciano envida um direito das gentes positivo, distinto do direito natural e fora do contexto cultural romano. Vieira já vislumbrava uma sociedade internacional tal como consagrada no mito vestfaliano (o qual foi criado depois de Vestfália): dividida entre Estados soberanos a perseguir os seus interesses nacionais, por meio da política de potência e *raison d'état*. Ademais, diferentemente dos iluministas franceses e anglo-saxões que hostilizavam o Sumo Pontífice e a Igreja, o autor defendia a importância do poder espiritual e advogava que o papa deveria possuir um poder de ingerência indireto nos assuntos terrenos. Desse modo, essa sociedade poderia buscar fins morais mais elevados.

Portanto, a sociedade internacional do século XVII, segundo Vieira, por possuir uma finalidade ética, já continha em si os gérmenes do Quinto Império. Em geral, a noção de império ou de um Estado mundial mostra-se antitética à de *ius gentium*. Suárez, o escritor que insere de vez o *ius gentium* no direito positivo, rechaça a ideia de que algum dia na história fosse existir ou alguma vez tivesse existido uma autoridade universal de todo o gênero humano, tamanha a inconveniência que haveria para a administração dos recursos.⁹² Por sua vez, os escritores da tradição da paz perpétua, que preconizam, em geral, um poder político universal único, mostraram-se desconfiados do direito internacional. Kant, que idealizou uma federação mundial, chega a taxar Grotius e outros internacionalistas de “ingênuos”⁹³: o direito das gentes não seria verdadeiro Direito, mas mera expressão da política internacional. O direito cosmopolita, que seria verdadeiro Direito, não é direito internacional, mas o direito interno dessa federação universal.

Vieira, todavia, reúne essas duas tradições: o direito das gentes ajuda a estruturar o império futuro. Os justos títulos principais da autoridade de Cristo no Quinto Império, aqueles imaginados pelo jesuíta, o direito de guerra e a eleição universal por meio de um pacto tácito e virtual, provêm inequivocamente do *ius gentium*. Embora eles incidam de maneira redundante em meio a

direito. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2022. p. 421-432.

⁹¹ GALLIE, W. B. *Os filósofos da paz e da guerra*: Kant, Clausewitz, Marx, Engels e Tolstoi. Brasília: EdUNB; Rio de Janeiro: Artenova, 1979. p. 23.

⁹² MACEDO, Paulo Emílio Borges de. *O nascimento do direito internacional*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2009. p. 285.

⁹³ KANT, Immanuel. *A paz perpétua: um projeto filosófico*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008. p. 17.

vários outros títulos, são, segundo o próprio autor, “os mais jurídicos” e certamente os mais terrenos e políticos. E, uma vez fundado o Quinto Império, o *ius gentium* não desaparece e passa a ter outro objetivo. Apesar da incompletude do tratado, Vieira escreveu o suficiente para estabelecer a paz como um bem comum mundial e, dessa feita, conceder ao direito das gentes uma finalidade, uma *démarche*. O *ius gentium* pode deixar de se ocupar da guerra para se tornar um direito para a administração da paz. Não mais um direito da guerra, mas um direito da paz.

Os “palácios altíssimos” de Vieira merecem sair do baú da história. A sua originalidade reside na junção de duas tradições distintas e até mesmo antagônicas: a da doutrina da guerra justa e a dos discursos de paz perpétua. A partir do direito das gentes escolástico, ele concebeu um império mundial pacifista. Vieira, assim, consagra o seu nome também na história das ideias internacionais.

Referências

- AQUINO, Tomas de. *Suma teologica*: texto latino de la edición crítica Leonina. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1947. 18 v.
- BASTIT, Michel. *Naissance de la loi moderne*: la pensée de la loi de saint Thomas à Suarez. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d'organisation d'une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921.
- BOURGEOIS, Léon. *Pour la Société des Nations*. Paris: Bibliothèque-Charpentier, 1910.
- CALAFATE, Pedro. O projeto de paz universal do Padre António Vieira: milenarismo, profetismo e modernidade. *Revista de Hispanismo Filosófico*, n. 22, p. 53-72, 2017. Disponível em: <https://ahf-filosofia.es/>. Acesso em: 1 dez. 2022.
- CANTEL, Raymond. *Prophétisme et messianisme dans l'oeuvre de Antonio Vieira*. Paris: Hispano-Americanas, 1960.
- CICERO, M. Tullius. *De senectute, de amicitia, de divinatione*: with an english translation by William Armistead Falconer. Cambridge: Harvard University Press, 1923. Disponível em: <https://catalog.perseus.org/catalog/urn:cts:latinLit:phi0474.phi053.perseus-eng1>. Acesso em: 1 maio 2023.
- D'OCA, Fernando Rodrigues Montes. O direito positivo das gentes e a fundamentação não naturalista da escravidão em Francisco de Vitoria. *Mediaevalia*: textos e estudos, n. 31, p. 29-50, 2012. Disponível em: <https://ojs.letras.up.pt/index.php/mediaevalia/article/view/813>. Acesso em: 1 maio 2023.
- FILMER, Robert. *Patriarcha: or the natural power of kings*. London: Richard Chiswell, 1680. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/title/filmer-patriarcha-or-the-natural-power-of-kings>. Acesso em: 1 maio 2023.
- FRANCO, José Eduardo. O Quinto Império de Vieira como sonho de regeneração de Portugal e do mundo. *Reflexão*, v. 33, n. 93, p. 31-47, 2008. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=576562027004>. Acesso em: fev. 2023.
- FRANCO, José Eduardo. Uma utopia católica sob suspeita: censura romana à Clavis Prophetarum do Padre António Vieira, SJ. *Lusitania Sacra*, n. 18, p. 477-482, 2006.
- FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra completa Padre António Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014-2016. 32 v.
- GALLIE, W. B. *Os filósofos da paz e da guerra*: Kant, Clausewitz, Marx, Engels e Tolstoi. Brasília: EdUNB; Rio de Janeiro: Artenova, 1979.
- GROTIUS, Hugo. *De Jure Praedae*: commentarius. La Haye: Hamaker, 1868.
- GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí, RS: Unijuí, 2004.
- KANT, Immanuel. *A paz perpétua*: um projeto filosófico. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.
- LOPES, António S. J. Os 74 anos de evolução da “utopia” de Vieira. In: CONGRESSO INTERNACIONAL TERCEIRO CENTENÁRIO DA MORTE DO PADRE ANTÓNIO VIEIRA, 1999, Braga. *Actas*. Braga: UCP/Província Portuguesa da Companhia de Jesus, 1999. v. 2.
- LOPES, António. *Vieira, o Encoberto*: 74 anos de evolução da sua utopia. Cascais: Principa, 1999.
- LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Os métodos no direito internacional*. São Paulo: Lex, 2007.

- MACEDO, Paulo Emílio Borges de. O direito das gentes contra a escravidão em Padre Antônio Vieira. *Revista de Direito Internacional*, v. 19, p. 103-135, 2023. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/issue/view/284>. Acesso em: 1 mar. 2024.
- MACEDO, Paulo Emílio Borges de. *O nascimento do direito internacional*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2009.
- MACEDO, Paulo Emílio Borges de. Reflexões a partir da história do direito das gentes sobre a suposta crise do direito internacional. In: TIBÚRCIO, Carmen; ROSADO, Marilda; MACEDO, Paulo Emílio Borges de (coord.). *Direito internacional: o futuro do direito*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2022.
- MANUSCRITO original do padre Antônio Vieira, apresentado em Lisboa. *Vatican News*, 31 maio 2022. Disponível em: <https://www.vaticannews.va/pt/igreja/news/2022-05/manuscrito-original-padre-antonio-vieira-apresentado-em-lisboa.html>. Acesso em: 1 jun. 2022.
- NYHOLM, Didrik G. *Le Tribunal Mondial*. Cairo: Whitehead, Morris & Company Limited, 1918.
- PELOSO, Silvano. Antonio Vieira e il Quinto Impero: il dibattito in Europa nei secoli XVI e XVII. In: ASSOCIAZIONE DI STUDI SOCIALI LATINO-AMERICANI (ASSLA). *Quinto impero: attualità del pensiero di Antonio Vieira S.J.* Roma: Consiglio Nazionale delle Ricerche, 2000.
- PELOSO, Silvano. *Antônio Vieira e o Império Universal: a Clavis Prophetarum e os documentos inquisitoriais*. Rio de Janeiro: De Letras, 2007.
- PEREIRA, Antônio Celso Alves. Restauração Portuguesa: Justiça Tributária para “conservar o recuperado” no Discurso Político-Jurídico de Antônio Vieira, S. J. – Sermão de Santo Antônio – 1642. *Revista do IHGB*, Rio de Janeiro, ano 179, n. 478, p. 85-106, 2018.
- PINTO, Porfírio José dos Santos. *Choupanas e palácios: a arquitetura teológica vieiriana*. 2018. Tese (Doutorado em Literatura e Cultura) – Faculdade de Letras, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.
- ROTERRÃO, Erasmo de. *A guerra e a queixa da paz*. Lisboa: Edições 70, 1999.
- SALDANHA, Antônio Vasconcelos de. Vieira e o dogma da eternidade do Império Romano. In: CONGRESSO INTERNACIONAL TERCEIRO CENTENÁRIO DA MORTE DO PADRE ANTÔNIO VIEIRA, 1999, Braga. *Actas*. Braga: UCP/Provincia Portuguesa da Companhia de Jesus, 1999. v. 2.
- SUAREZ, Francisco. De Fide, Spe et Charitate. Tractatus de Charitate. Disputatio XIII, De Bello, 1, 2. In: SUAREZ, Francisco. *Opera Omnia*. Parisiis: Ludovicum Vivès, 1858. t. 12. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=aCcNAAAAYAAJ&pg=GBS.PA736&hl=pt>. Acesso em: 1 jun. 2023.
- SUAREZ, Francisco. *Tractatus de legibus, ac Deo Legislatore in decem Libris distributus*. Venetiis: Sebastianum Coleti, 1740. Disponível em: <http://bibliotecaforal.bizkaia.net>. Acesso em: 1 jul. 2020.
- TORRES, Alberto. *Le problème mondial: études de politique internationale*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1913.
- TORRES, Alberto. *Vers la paix: études sur l'établissement de la paix générale et sur l'organisation de l'ordre International*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1909.
- URDANOZ, Teofilo. Introducción à la releccion primera (de indis recenter inventis relectio prior). In: URDANOZ, Teofilo (ed.). *Obras de Francisco de Vitória: reelecciones teologicas*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960.
- VIEIRA, Antônio. Clavis Prophetarum (ms. Casanatenese 706). In: PELOSO, Silvano. *La Clavis Prophetarum di Antonio Vieira: storia, documentazione e ricostruzione del testo sulla base del ms. 706 della Biblioteca Casanatese di Roma*. Viterbo: Sette Città, 2009.
- VILLEY, Michel. *Le droit et le droit de l'homme*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.
- VITÓRIA, Francisco de. *Comentarios a la Secunda secundae*. Biblioteca de Teólogos Españoles, Salamanca. Madrid: Beltrán de Heredia, 1932-1935. 6 v.
- VITÓRIA, Francisco de. De potestate civili, 21. In: URDANOZ, Teofilo (ed.). *Obras de Francisco de Vitória: reelecciones teologicas*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960.
- WOOLF, L. S. *International government: two reports prepared for the Fabian Research Department: Fabian Committee for a supernational authority that will prevent war*. New York: Brentano's, 1916.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Transparencia de la inteligencia artificial en la administración pública: una revisión de estándares internacionales

Transparency of artificial intelligence in public administration: a review of international standards

Transparência da inteligência artificial na administração pública: uma revisão dos padrões internacionais

Lorayne Finol Romero

Ivette Esis Villarroel

VOLUME 21 • N. 1 • 2024
INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: 25 YEARS

Transparencia de la inteligencia artificial en la administración pública: una revisión de estándares internacionales*

Transparency of artificial intelligence in public administration: a review of international standards

Transparência da inteligência artificial na administração pública: uma revisão dos padrões internacionais

Lorayne Finol Romero**

Ivette Esis Villarroel***

Resumen

Este artículo compara estándares de *soft law* aplicables a los sistemas automatizados por inteligencia artificial (IA) en la administración pública, con el propósito de promover la gobernanza con algoritmos confiables, transparentes, responsables y centrados en los derechos de las personas. La metodología se basa en una revisión comparativa dogmática formal para proponer principios aplicables a esta tecnología con un enfoque descriptivo y propositivo. Se argumenta que, en la última década, la sociedad digital basada en datos ha transformado las interacciones y la toma de decisiones, dando lugar a la formulación acelerada de estándares internacionales que influyen en procesos de transformación digital de la administración pública, conforme al concepto de *gobernanza algorítmica*, que apenas comienza a integrarse en los procesos automatizados del sector público. Se concluye que, a pesar de su rápida evolución, la discusión se ha centrado principalmente en aspectos técnicos, descuidando la garantía del derecho de acceso a una explicación de las decisiones y riesgos asociados al oscurantismo de las democracias. El estudio contextualiza cinco principios indispensables de transparencia algorítmica de la administración pública y destaca, dentro de las limitaciones, que no se puede asegurar que el legislador adopte vía *lege ferenda* estas recomendaciones porque estos instrumentos cambian vertiginosamente, y además no surten efectos vinculantes. La contribución principal del artículo es proporcionar una visión global y un intento por armonizarlos, instando a los actores políticos a examinar detenidamente la experiencia comparada para impulsar las regulaciones necesarias que permitan incrementar la confianza de los ciudadanos en sistemas automatizados por algoritmos, y límites más estrictos a la inteligencia artificial en la administración pública.

Palabras clave: transparência; transformación digital; inteligencia artificial; administración pública.

* Recibido em 31/01/2024
Aprovado em 16/09/2024

** Doctora en Derecho por la Universidad de Chile. Post Doctora en Ciencia Política por la Universidad del Zulia de Venezuela. Académica de la Facultad de Derecho y Humanidades; Investigadora del Instituto de Investigación y Postgrado de FACDEH, y perteneciente al Claustro Doctoral de Derecho de la Universidad Central de Chile.

Esta investigación forma parte del proyecto: "Transparencia algorítmica del sector público", N° CIP2022015. La autora agradece el apoyo de la Fundación Santander por la beca para el desarrollo de la estancia de Investigación en la Universidad Internacional de Florida (FIU) en Estados Unidos, en el College Law Visiting Researcher Program.

E-mail: lorayne.finol@ucentral.cl

*** Doctora en Derecho (Universidad de Valencia, España) con posdoctorado en Derecho (Universidade Federal de Uberlândia y Centro Universitário de Brasília, Brasil); Magister Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado (Universidad Central de Venezuela); Abogada (La Universidad del Zulia, Venezuela). Profesora e investigadora, Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae (Chile).

E-mail: iesis@uft.c

Abstract

This article compares soft law standards applicable to systems automated by artificial intelligence (AI) in public administration, with the purpose of promoting governance with reliable, transparent, accountable and people-centered algorithms. The methodology is based on a formal dogmatic comparative review to propose principles applicable to this technology with a descriptive and propositional approach. The study concludes that, despite the rapid evolution, the discussion predominantly focuses on technical aspects of data protection, neglecting keys such as protecting the right to access, algorithmic explanation, and risks to guarantor democracies. The study contextualizes five essential principles of algorithmic transparency of public administration. It emphasizes that the limitations of these studies stem from uncertainty regarding legislative adoption, primarily because they lack binding effects, change rapidly, and are not a direct source of domestic law. The main contribution of the article is to provide a global vision and an attempt to harmonize them, urging political actors to carefully examine the comparative experience in order to promote the necessary regulations to increase citizens' trust in systems automated by algorithms, and stricter limits to artificial intelligence in public administration.

Keywords: transparency; digital transformation; artificial intelligence; public administration.

Resumo

Este artigo compara normas de *soft law* aplicáveis aos sistemas automatizados por inteligência artificial (IA) na administração pública, com o objetivo de promover a governança com algoritmos confiáveis, transparentes, responsáveis e centrados nas pessoas. A metodologia é baseada em uma análise comparativa dogmática formal para fornecer princípios aplicáveis a essa tecnologia com uma abordagem descritiva e propositiva. O estudo conclui que, apesar da rápida evolução, a discussão se concentra predominantemente em aspectos técnicos da proteção de dados, negligenciando chaves como a proteção do direito de acesso, a explicação algorítmica e os riscos para as democracias garantidoras. O estudo contextualiza cinco princípios essenciais da transparên-

cia algorítmica administração pública. Enfatiza-se que as limitações desses estudos decorrem da incerteza em relação à adoção legislativa, principalmente porque eles não têm efeitos vinculantes, mudam rapidamente e não são uma fonte direta de legislação nacional. A principal contribuição do artigo é fornecer uma visão global e uma tentativa de harmonizá-los, instando os atores políticos a examinarem cuidadosamente a experiência comparativa a fim de promover as regulamentações necessárias para aumentar a confiança dos cidadãos em sistemas automatizados por algoritmos e limites mais rígidos para a inteligência artificial na administração pública.

Palavras-chave: transparência; transformação digital; inteligência artificial; administração pública.

1 Introducción

Justificado porque concentran los debates de la mayor parte de la agenda legislativa reciente a nivel global y por la necesidad de regulaciones más efectivas para limitar los riesgos asociados con aplicaciones de la inteligencia artificial (IA) al interior de la función del Estado, nos preguntamos ¿cómo garantizar dentro de la administración pública su aplicación con transparencia y responsabilidad? Su contribución radica en que proporciona una visión global del desarrollo de la normativa internacional, con el objetivo de establecer límites más estrictos para la tecnología de IA por medio de regulaciones que permitan incrementar la confianza de los ciudadanos en sistemas automatizados de decisiones (SDA) de la administración pública¹. En concreto, se identifican cinco principios en un primer intento por armonizar las primeras iniciativas internacionales en regulación de la IA, y que no podrían faltar en las normas que están por venir por lege ferenda, a modo de línea base para su regulación.

Se argumenta que, de no contemplar mecanismos de transparencia en los procesos de automatización por

¹ A lo largo del presente trabajo se emplearán de manera indistinta, las expresiones indicadas a continuación para referirse a los sistemas de automatización de los procesos de toma de decisiones en el sector público basado en algoritmos programados por Inteligencia Artificial (IA). En adelante: “algoritmo público”, “sistemas algorítmicos de la administración del Estado”, “sistema automatizado de decisiones de la administración pública”, “decisiones automatizadas por algoritmos de IA”.

medio de algoritmos que garanticen: derecho de acceso, explicabilidad y revisión, se podrían replicar problemas de oscurantismo, poca legitimidad y cajas negras que, en muchos casos, conllevan mayor ingobernabilidad y crisis de la democracia². Por esta razón, a lo largo de este análisis, se aboga por una mayor responsabilidad algorítmica³, que permita reforzar mecanismos de rendición de cuentas, explicabilidad y revisión de las actuaciones producto de esta tecnología. Porque lo contrario, podría tener consecuencias irreparables en una democracia constitucional garantista⁴. Por ejemplo, la incompreensión de decisiones automatizadas arbitrarias, a la hora de requerir acceso a la información para buscar una explicación por la no asignación de una cama en un hospital, o la asignación de una matrícula escolar. Esto incumple el debido proceso, lo que podría agudizar la desconfianza pública.

El uso de sistemas automatizados en funciones gubernamentales ofrece técnicas y herramientas estadísticas, matemáticas y computacionales que permiten procesar grandes volúmenes de información, generando respuestas personalizadas de manera rápida, precisa y eficiente⁵. La singularidad matemática de los sistemas de IA, al integrarse en procesos de gobierno, facilita el diseño de mejores políticas y la toma de decisiones más precisas y específicas, lo que refuerza tanto la legitimidad como la confianza en los servicios públicos. Sin embargo, dada la gran potencialidad de estos sistemas y la opacidad intrínseca que los caracteriza, la transparencia en la función pública⁶ —como se analiza en este estudio— puede ser, en su dimensión instrumental y objetiva,

el mejor desinfectante cuando se aplica a estos procesos automatizados⁷.

Bajo la presunción de que los sistemas de IA son comparables al panóptico diseñado por Jeremy Bentham —capaz de ejercer vigilancia, observar, preseleccionar, inspeccionar y sancionar a las personas sin las garantías del debido proceso inherentes al Estado de derecho—, este artículo aborda el creciente debate sobre la regulación de la IA⁸.

Para alcanzar el objetivo propuesto, se ha diseñado una metodología comparativa basada en un benchmarking normativo internacional, con el fin de contextualizar cinco principios desde una perspectiva global y descriptiva. Esto resulta pertinente ante el creciente interés por regular la IA, lo cual ha generado una proliferación de estándares, pautas, guías y directrices que buscan incrementar la transparencia y la responsabilidad en el uso de estas tecnologías⁹. Bajo la premisa de que existen grados de normatividad dentro del derecho internacional que le otorgan su relevancia en la formación del derecho contemporáneo —a pesar de que, en muchos casos, estas normas han sido creadas por actores no estatales y carecen de los atributos clásicos de la visión positivista de la creación jurídica—, este artículo identifica y analiza cinco enfoques y acciones clave para utilizar la IA en la construcción de gobiernos eficientes y eficaces, sin ignorar los desafíos éticos y jurídicos asociados. Esta revisión se enmarca dentro de una perspectiva global y armoniza los esfuerzos de organismos internacionales como la UNESCO, la Unión Europea (UE) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)¹⁰.

La elección de un enfoque comparativo cobra sentido dado el desequilibrio notable en el grado de regulación y desarrollo en diferentes regiones, particularmente en América Latina¹¹, donde la regulación de la IA ha

² PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

³ El concepto de responsabilidad exigible a los algoritmos públicos, en que se basa este artículo propone que consecuencia de las múltiples rendiciones de cuentas que pueden usarse para mitigar las brechas existentes en la rendición de cuentas (aunque en términos diferentes), no es solo el tipo convencional de responsabilidad que puede transparentar a estos sistemas, por lo que se proponen un pentagrama con cinco principios que podrían mitigar los riesgos que significa gobernar con IA.

⁴ ORTIZ DE ZÁRATE, Lucía. Explicabilidad (de la inteligencia artificial). *Economía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 22, p. 328-344, 2022. p. 335.

⁵ MARGETTS, Helen; DOROBANTU, Charlotte. Rethinking government with AI. *Nature*, n. 568, p. 163-165, 2019.

⁶ COGLIANESE, Cary; LEHR, David. Transparency and algorithmic governance. *Administrative Law Review*, v. 71, n. 1, p. 1-55, 2019. p. 3.

⁷ FINOL-ROMERO, Lorayne. *Derecho a la transparencia: ¿es suficiente una ley?*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2023.

⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002. p. 185-186.

⁹ CONTRERAS, Pablo; TRIGO, Pablo. La gobernanza de la inteligencia artificial: esbozo de un mapa entre hard law y soft law internacional. In: AZUAJE, Michelle; CONTRERAS, Pablo. (ed.). *Inteligencia artificial y derecho: desafíos y perspectivas*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2021. p. 457-477.

¹⁰ GUERRA, Amina Welten. The attributes of a legal norm and its relation to the traditional production model of international law: a debate on soft law. *Revista de Direito Internacional*, v. 20, n. 2, p. 177-193, 2023. p. 189.

¹¹ CANCELA OUTEDA, Celso. Inteligencia artificial: nuevas

avanzado de manera limitada. No obstante, se reconoce la IA como una oportunidad para fortalecer la cooperación y la influencia de la Unión Europea en este ámbito¹². El contenido de este artículo ha sido estructurado en tres partes. En la primera se hace una revisión de los elementos conceptuales relacionados con la IA. En la segunda sección, se comparan estándares internacionales del Parlamento de la UE, la OCDE y la UNESCO. Y, en la tercera sección, como resultado del benchmarking normativo del ámbito internacional, se contextualizan cinco principios que no podrían faltar en la regulación *lege ferenda* de la IA que se emplea en la automatización de procesos de la administración pública.

2 La inteligencia artificial desde una perspectiva conceptual

En las siguientes líneas se presenta el marco teórico de este análisis, centrado en el concepto de transparencia. Este se entiende como un instituto jurídico con dos dimensiones: por un lado, es un principio de gestión en la administración pública, y por otro, un derecho de las personas¹³, según la cual la exposición y acceso a la información pública podría desincentivar malas conductas y prácticas maliciosas. Esto es especialmente relevante en las aplicaciones de IA, considerados como sistemas computacionales capaces de hacer predicciones, recomendaciones o influir en decisiones, siguiendo instrucciones diseñadas por personas y, en algunos casos, operan con cierto grado de autonomía y aprendizaje automático¹⁴. Tanto, desfavorables para la buena administración, como la probidad y el principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y las personas. Esto bajo la premisa que plantea el modelo del panóptico de Bentham según el cual cuanto más estrictamente nos vigilan, mejor nos comportamos¹⁵.

posibilidades para las relaciones entre la UE y el Mercosur. *Revista de Direito Internacional*, v. 20, n. 2, p. 137-149, 2023. p. 137.

¹² TROTTINO, David Ramiro; KERIKMÄE, Tanel. El mercado de la Unión Europea, de analógico a digital: retos para su interacción y disfrute en el marco latinoamericano. *Revista de Direito Internacional*, v. 20, n. 2, p. 40-49, 2023. p. 47.

¹³ FINOL-ROMERO, Lorayne; CHACÍN FUENMAYOR, Ronald. La transparencia de la función pública en el derecho constitucional latinoamericano. *Revista de Direito Internacional*, v. 19, n. 3, p. 288-311, 2022. p. 289.

¹⁴ Definición tomada de OCDE 2019, considerando 7.

¹⁵ COTINO-HUESO, Lorenzo. Hacia la transparencia 4.0: el uso de la inteligencia artificial y big data para la lucha contra el fraude y la

En consecuencia y vistas las alarmas de advertencia encendidas en forma global por las amenazas catastróficas que los sistemas de IA plantean¹⁶, actores claves como Geoffrey Hinton -considerado uno de los padres de la IA- advierte que se avecina durante el próximo medio siglo un profundo cambio que, de no regularse, puede llegar a ser un arma de destrucción masiva¹⁷. Frente a estas poderosas razones, en un primer nivel de análisis es imprescindible precisar un marco conceptual introductorio de Algoritmos, IA, Máquinas Inteligentes (ML), y Sistemas de Decisiones Automatizadas (SDA), por su importancia para la gobernanza algorítmica¹⁸.

Sin embargo, puede resultar una tarea nada fácil dada la multiplicidad de significados, aspectos técnicos y disciplinas científicas que involucran. Por este problema conceptual, consideramos importante *prima facie* definir algunos conceptos, principalmente porque es una constante evidenciada en estudios similares, como la prueba piloto de la Instrucción General de Transparencia Algorítmica de Chile¹⁹, cuando se evaluó en forma *ex ante* los desafíos específicos de la implementación de portales de transparencia activa de información referida a los algoritmos. En este estudio se evidenció que no se tiene certeza entre las pequeñas diferencias entre la IA, algoritmos y SDA, pese a su importancia para impulsar procesos de gobernanza algorítmica responsable.

En este orden de ideas, uno de los aspectos más distintivos del confuso concepto sobre qué es un algoritmo o cómo funcionan los SDA con IA, se vincula con otros aspectos relacionados con sistemas de *Machine*

corrupción y las (muchas) exigencias constitucionales. *In*: RAMIÓ, Carles (ed.). *Repensando la administración pública*: administración digital e innovación pública. Madrid: Instituto Nacional de Administración, 2021. p. 169-196. p. 170.

¹⁶ New York Times (26 de junio de 2023). Geoffrey Hinton “El padrino de la IA advierte del peligro que se avecina durante medio siglo, de esta manera quien alimentó la tecnología en el corazón de los *chats bots* como Chat GPT ahora le preocupa que cause daños graves”.

¹⁷ Declaración de *Center for AI Safety* (25 de mayo de 2023).

¹⁸ La gobernanza algorítmica como concepto clave, a lo largo de este artículo, se hace cargo de las consecuencias emergentes en torno a la forma como el Estado atiende las necesidades de la sociedad digital, con esto se pone de relieve la idea de que las tecnologías de automatización con algoritmos producen una forma de ordenamiento social, que irradia a diferentes disciplinas del conocimiento y objetos de investigación.

¹⁹ GARRIDO, Romina; COTORAS, Dusan. *Informe pilotaje de la elaboración de la instrucción general sobre transparencia algorítmica*. Santiago: GobLab UAI/ BID Lab, 2023. Disponible en: <https://bit.ly/41PLTSo>. Acceso en: 7 ene. 2024. p. 6. Ver: Informe Pilotaje de la Instrucción General sobre Transparencia Algorítmica.

Learning (ML) y su aplicación en procesos de la administración pública. De tal manera que, por la importancia de definir la delgada línea entre los algoritmos, entendidos como componentes de los SDA, y de sistemas de aprendizaje autónomo conocidos como ML, que en conjunto conforman un subtipo de infraestructuras de IA²⁰. En esta sección nos limitaremos a explicar qué se entiende por los procesos de Gobernanza Algorítmica, donde se aplica este tipo de tecnologías. Con esto se refiere a la automatización de los procedimientos administrativos del Estado, también conocida en la literatura como algoritmización de la gobernanza pública²¹. Es decir, la forma de gobernar en una sociedad digital conducida por datos, entendida como, la extensión de sistemas de decisiones basados en datos, y programados por algoritmos.

De tal manera que la alocución referida a lo largo de este análisis será *gobernanza con algoritmos*, en lugar de gobernanza de los algoritmos. Esta sutil diferencia esconde, al menos conceptualmente, aspectos importantes como qué tipo de medidas de rendición de cuentas y responsabilidades pueden exigirse a la gobernanza con IA. Esto, derivado de las diferentes perspectivas y métodos de aprendizaje automático que involucran para generar respuestas. Algunas de ellas, tan específicas como predictivas, con base en el procesamiento de grandes conjuntos de datos de distintas fuentes, y tipos. Tanto de carácter numérico, texto, imágenes o de voz, dependiendo de los con que se entrena la mayor parte de estas estructuras y modelos de programación, conocidos como *algoritmos*²².

Bajo esta premisa, y sin ánimos de profundizar en la arquitectura de los códigos y cómo funcionan los algoritmos con los que se programan los sistemas de IA, resulta esencial analizar hasta qué punto las formas tradicionales de rendición de cuentas son suficientes para hacer responsables a los algoritmos, al menos cuando son aplicados en los procesos de la administración del

Estado. Para lograrlo, necesitamos desarrollar una explicación conceptual, al menos una primera aproximación, respecto a qué tipo de rendición de cuentas o qué tipos diferentes de mecanismos de prevención pueden distinguirse y cómo funcionan los procesos que buscan regular, aprovechar y ampliar sus beneficios, del mismo modo que robustecer la confianza pública y minimizar sus externalidades negativas.

Justamente por esto último señalado, es importante detenerse en algunos aspectos que lo componen, siempre teniendo presente que no pretende incurrir en una definición reduccionista de un concepto en constante ebullición. Por lo que, a los efectos de este análisis, la responsabilidad exigible a los sistemas de IA se denomina *responsabilidad algorítmica*²³.

Según lo explica Wieringa, este tipo de responsabilidad se refiere a una rendición de cuentas en red, también conocida como una metodología socio técnico, aplicada en cada una de las etapas del ciclo de vida del sistema. Así, la responsabilidad algorítmica a la que se hace referencia tiene una discrepancia inherente a la rendición de cuentas meramente administrativa de las políticas públicas tradicionales. Esto es especialmente importante tener presente, derivado al sinnúmero de diferentes infraestructuras y procesos donde los sistemas algorítmicos pueden aplicarse. Por lo tanto, el objeto regulatorio de la IA está sometido a la responsabilidad algorítmica de la administración pública. Asimismo, dado que los sistemas algorítmicos también traen consideraciones específicas frente a la sociedad en términos de responsabilidad, se distribuye entre muchos actores y foros diferentes.

En concreto se proponen al menos dos fases en la responsabilidad algorítmica, una fase institucional interna (técnica) y una fase pública (genérica) dirigida al escrutinio público de la sociedad en general. Al respecto, siempre aplicable a procesos que incorporar a un algoritmo, entendido como una secuencia de instrucciones o pasos organizados sistemáticamente que, mediante un programa informático basado en la predictibilidad de fórmulas estadísticas y modelos matemáticos, puede realizar procesos similares a los llevados a cabo por seres humanos²⁴.

²⁰ BRUCE, Peter; FLEMING, Grand. *Responsible Data Science: transparency and fairness in algorithms*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2021. p. 5.

²¹ MEIJER, Albert; GRIMMELIKHUIJSEN, Sonia. Responsible and accountable algorithmization: the algorithmic society. In: SCHUILENBURG, Marc; PEETERS, Rik. (ed.). *The Algorithmic Society*. London: Routledge, 2020. p. 53-66. p. 53.

²² BALLESTEROS, Inmaculada Jiménez-Castellanos. Decisiones automatizadas y transparencia administrativa: nuevos retos para los derechos fundamentales. *Revista Española de la Transparencia*, n. 16, p. 191-215, 2023. p. 205.

²³ WIERINGA, Maranke. Hey SyRI, tell me about algorithmic accountability: lessons from a landmark case. *Data & Policy*, v. 5, n. 2, p. 1-24, 2023. p. e2.

²⁴ MEIJER, Albert; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan. Responsi-

En este tenor es importante mencionar que, a la fecha de realización de este análisis, Chile ha promulgado una Política Nacional de Inteligencia Artificial (PNIA) de 2021, mediante el Decreto 20 de diciembre de 2021, pero aún discute en el Congreso el Boletín N° 15.869-19, titulado como Ley que regula los Sistemas de Inteligencia Artificial, la robótica y las tecnologías conexas en sus distintos ámbitos de aplicación.

Es importante señalar que esta iniciativa legislativa aún no se promulga y por el riesgo que plantea implementar sistemas automatizados por medio de IA de aprendizaje autónomo sin un adecuado enfoque en los derechos fundamentales de las personas, el objetivo de este artículo es comparar estándares de *soft law* de sistemas automatizados por IA con el propósito de armonizar principios que guíen la aplicación de esta tecnología por parte de la administración pública, promoviendo su uso responsable, transparente y centrado en los derechos de las personas.

Entendidos los algoritmos como un mero reflejo del procesamiento de los datos con los que se los alimenta, si los datos incorporan sesgos el algoritmo los reproducirá, o peor aún, los exacerbarán²⁵. Por ello, es importante detenerse en algunas consideraciones iniciales, antes de avanzar en este tema. Para esto, es importante introducir el concepto de sociedades conducidas por datos o *data-driven-society* explicado por Pentland²⁶, por ser la nueva forma cómo interactúan las personas en la sociedad digital. Según este postulado, cada acción o proceso de toma de decisiones se basa en información disponible en internet, es decir, datos (entendidos como la representación digital de cualquier tipo de información)²⁷.

Ejemplo de ello, y que no generan mayores preocupaciones son algunas decisiones cotidianas simples, como la elección de una película por medio del ranking de una plataforma digital (Ejemplo; Netflix, Prime de

Amazon, etc.), o también decidir la ruta con menos tráfico con *Google maps*, o decidir sus próximas vacaciones de acuerdo con las recomendaciones algorítmicas (Ejemplo Despegar.com). Pero otras implicaciones han de ser atendidas en decisiones de mayor complejidad, como por ejemplo la determinación de la lista de espera de una cirugía, o la matriculación escolar, o el acceso a un subsidio habitacional para la primera vivienda, o ser clasificado como reincidente frente a una fiscalización de impuestos. Son aspectos que también pueden decidirse con esta tecnología y podrían vulnerar derechos fundamentales.

Derivado de ello, cuando Pentland -antes citado- se refiere a un nuevo paradigma social de comportamiento de las personas, también involucra a procesos de predicción de las actuaciones de las personas con anticipación. Es decir, por medio de la trazabilidad de los datos o huellas digitales que dejan en internet las personas, se hace posible proveer indicios ciertos sobre preferencias y toma decisiones basadas en evidencia y preferencias de las personas. Esto es consecuencia de la capacidad eficiente de procesamiento de grandes conjuntos de datos de estos sistemas que, mediante modelos predictivos de naturaleza matemática y estadística, mucho pueden aportar a los procedimientos que lleva a cabo la administración pública²⁸.

De todos modos, comoquiera que se le mire, estos sistemas también tienen la capacidad de creación de perfiles individualizados por lo que pueden desempeñar un papel importante en la interferencia en las decisiones de las personas, lo que ha trascendido como la dictadura de los algoritmos con impactos, por ejemplo, en procesos electorales. En este tenor, porque los algoritmos a pesar de que son difíciles de explicar, por su propia naturaleza compleja -y dado el cierto halo de misterio gravitante que los envuelve- se han dado a conocer por su implementación inadecuada situaciones poco éticas y vulneración de derechos fundamentales²⁹.

Un ejemplo de ello es el caso *Loomis vs Wisconsin*³⁰, en donde la decisión de un Juez basada en el sistema

ble and accountable algorithmization: how to generate citizen trust in governmental usage of algorithms. In: SCHUILENBURG, Marc; PEETERS, Rik. (ed.). *The Algorithmic Society*. London: Routledge, 2020.

²⁵ MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Peligrosidad, algoritmos y due process: el caso State vs. Loomis. *Revista De Derecho Penal y Criminología*, v. 3, n. 20, p. 485-502, 2018. p. 496.

²⁶ PENTLAND, Alex. The data-driven society. *Scientific American*, v. 309, n. 4, p. 78-83, 2013.

²⁷ Reglamento (UE) 2022/868, Artículo 2.1: "datos, [es] toda representación digital de actos, hechos o información, así como su recopilación, incluso como grabación sonora, visual o audiovisual".

²⁸ MARGETTS, Helen; DOROBANTU, Charlotte. Rethinking government with AI. *Nature*, n. 568, p. 163-165, 2019. p. 163.

²⁹ MANTELERO, Alessandro. *Beyond data: human rights, ethical and social impact assessment in AI*. Haya: T.M.C. Asser Press; Springer, 2022. (Information Technology and Law Series, n. 36). p. 56.

³⁰ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Supreme Court of Wisconsin. *Process Criminal n° 2015.AP157-CR*. For the defendant-appel-

algorítmico COMPAS³¹ niega la libertad condicional de un recluso, por el alto riesgo de incurrir en reincidencia. En este caso, la decisión judicial no se invalidó por la Corte Suprema a pesar de que se demostró posteriormente el riesgo que significa para la justicia penal, que un Juez por medio de un algoritmo -que no es público y protegido por la ley de propiedad intelectual- pueda tomar decisiones basadas en modelos probabilísticos, con consecuencias graves en los derechos de las personas.

Dicho en otras palabras, este algoritmo incorporando en su análisis datos personales y sensibles provenientes de diferentes bases de datos, califica el riesgo y puede predecir las probabilidades que tiene una persona para cometer un delito o reincidir. De tal manera, que el sistema aporta indicios suficientes por medio de un sistema de predicción para que la condena sea proporcional, y en su caso, obtenga o se niegue el beneficio de libertad condicional. Desde esta perspectiva, el algoritmo personifica el panóptico de Bentham³², cuando basándose en la trazabilidad de datos personales -entre los que se encuentran: antecedentes criminales, el domicilio, nivel de instrucción, raza y sexo- clasifica el nivel de riesgo (de menor a mayor) trayendo como consecuencia problemas de discriminación negativa cuando distingue la peligrosidad entre hombres afroamericanos y blancos.

En consecuencia, dado que la IA puede recopilar y procesar grandes cantidades de datos personales sin el consentimiento de los individuos afectando la privacidad, garantías de protección de datos, autodeterminación y acceso a la información, se justifica este primer abordaje teórico conceptual para dimensionar un enfoque regulatorio efectivo. Se podría decir -como primera conclusión- que la transparencia algorítmica entendida como la exposición de la información (técnica y en lenguaje natural) que facilita la comprensión de estos sistemas, podría resultar esencial para garantizar que la IA sea confiable³³. Por estas razones, dado que la deter-

minación de responsabilidad de los sujetos obligados es también un problema ético importante por abordar, a continuación, se precisa qué se entiende por transparencia algorítmica, aplicada a sistemas automatizados de la administración pública en forma y fondo, responsables de los derechos de las personas.

2.1 Automatización de decisiones de la administración pública

Con mucha frecuencia se observa el empleo de las nuevas tecnologías en la administración pública, como una parte de política de modernización del Estado o reflejo del desarrollo de la tecnología de información o también como el progreso de la economía digital 4.0., todo lo cual afecta en su organización interna a la administración pública y sus procedimientos de actuación, como se explica a continuación. En este contexto, no es novedoso observar el uso de programas informáticos de procesamiento de datos en las decisiones públicas, también conocidos como decisiones basadas en evidencias, recomendadas por instrumentos como el Código Iberoamericano del Gobierno Electrónico³⁴. Sin embargo, es con la llegada del modelo de Gobierno Abierto³⁵ cuando este tipo de transformaciones de la gobernanza hacia el interior del Estado cambia la forma de decidir los organismos y empieza a concretarse por medio de los pilares de transparencia, participación y colaboración.

Este tipo de cambios hacia la colaboración y apertura de las decisiones cobra sentido en aquellos casos cuando, por medio de herramientas tecnológicas de apoyo, se hace más eficiente y efectiva la gobernanza y la toma de decisiones públicas. Por tanto, contribuyen con la legitimación de las autoridades y de los sistemas democráticos. Pero cuando los sistemas tecnológicos toman decisiones en forma rápida, autónoma y discrecionalmente, en ámbitos críticos de la vida de las personas -por ejemplo, el derecho de acceso a la salud, al trabajo o la educación- es cuando se encienden las

lant, there were briefs by Michael D. Rosenberg and Community Justice, Inc., Madison, and oral argument by Michael D. Rosenberg. For the plaintiff-respondent, the cause was argued by Christine A. Remington, assistant attorney general, with whom on the brief was Brad D. Schimel, attorney general. Plaintiff-Respondent: State of Wisconsin. Defendant-Appellant: Eric L. Loomis. Judge: Ann Walsh Bradley, jul. 13, 2016.

³¹ BORGES-BLÁZQUEZ, Raquel. El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal. *Ius Et Scientia*, v. 6, n. 2, p. 54-71, 2020. p. 61.

³² FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. nacimiento de la prisión. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002. p. 185-186.

³³ VESTRI, Gabriele. La inteligencia artificial ante el desafío de la

transparencia algorítmica: una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 56, p. 368-398, 2021. p. 8.

³⁴ CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO. *Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico*. Santiago, 10 nov. 2007.

³⁵ CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO. *Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto*. Bogotá, 8 jul. 2016.

alertas de los entendidos en el tema y surgen llamadas de advertencia.

Antes de avanzar, es importante distinguir que los procesos de automatización al interior de la administración pública, al que se hace referencia en este análisis, son aquellos que se pueden programar por sistemas de IA. Esto significa que sus decisiones son dirigidas por sistemas informáticos refinados por tecnología emergente, lo que eventualmente afecta también la forma en que los gobernantes interactúan para resolver asuntos cruciales de las personas, porque también la introducción de algoritmos en las organizaciones públicas está alterando las estructuras, las rutinas y la cultura organizacional³⁶.

Dentro del marco teórico especializado, se distingue entre sistemas de IA fuerte y de IA débil³⁷, entendidos, como aquella tecnología capaz de resolver problemas de forma automática en forma similar como lo haría una persona. Los primeros, se basan en modelos que se alimentan de datos disponibles, y que acceden por redes neuronales, de una forma que no se puede predecir cuál será la respuesta del sistema, porque han sido dotados de alta discrecionalidad. En tanto que, los segundos (IA débiles), son aquellos sistemas basados en modelos de programación para generar respuestas automáticamente basados en criterios suministrados por personas, también conocidos como modelos predecibles de expertos.

Es decir, ambos son programados por algoritmos que generan respuestas basados en criterios, pero se diferencian en cuanto a la complejidad de la tecnología de procesamiento de datos que incorporan diferentes niveles de autonomía y discrecionalidad para responder. Ejemplo, de IA fuerte es el sistema llamado SyRI (Sistema de Indicación de Riesgo), para llevar a cabo un análisis de riesgo de fraude social en 12.000 direcciones en un barrio desfavorecido³⁸.

Estos SDA involucran nuevos desafíos ético-jurídicos, a diferencia de la función pública digitalizada, entendida como aquella cuando para la transmisión de video llamadas durante una audiencia, o cuando se remiten y se reciben notificaciones de actos ejecutivos de la administración pública, se incorpora una plataforma de Zoom o Google. Todo lo anterior, dice relación con el advenimiento de la tecnología 4.0, y marca una diferencia entre la era analógica y la digital. Es decir, una era donde las actuaciones del Estado no requieren del papel para surtir efectos lo cual, dicho de esta forma, no conlleva grandes implicaciones en la esfera jurídica de las personas porque al final son herramientas de apoyo de un procedimiento administrativo, impulsado por funcionarios de la administración pública³⁹.

Con esto en mente, en Chile se promulga la Ley N° 21.180 sobre Transformación Digital del Estado de 11 noviembre de 2019, que modifica las bases de los procedimientos administrativos para avanzar en su digitalización, es decir, en el gobierno digital⁴⁰. Lo que podría contribuir con normas que facilitan la digitalización de trámites, gestión de archivos, y de tareas repetitivas como la notificación de actos de la administración pública. Pero de ninguna manera, se condicen con prácticas de incorporación de procesos de automatización de las decisiones de la administración pública, es decir, procesamiento de grandes volúmenes de datos, por tecnologías que procesan información para decidir automáticamente por medio de redes neuronales interconectadas o *Machine Learning*, en lo sucesivo identificados por las siglas SDA⁴¹.

Por lo anterior, la ley N° 21.180 es insuficiente para regular los algoritmos, porque estaba pensada para el salto cualitativo entre el formato papel al formato electrónico, y de oficinas en edificios a sitios web. Este tránsito se vio acelerado en el marco de una pandemia que

³⁶ GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan. Explaining why the computer says no: algorithmic transparency affects the perceived trustworthiness of automated decision-making. *Public Administration Review*, v. 83, n. 2, p. 241-262, 2023.

³⁷ MIRANZO, Javier. *Inteligencia artificial y derecho administrativo*. Madrid: Editorial Tecnos, 2023. p. 104.

³⁸ COTINO-HUESO, Lorenzo. SyRI, ¿a quién sanciono? Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020. *La Ley Privacidad*, n. 4, p. 1-10, 2020. Disponible en: <https://bit.ly/48lh2zA>. Acceso en: 7 ene. 2024. p. 28.

³⁹ BOIX-PALOP, Andrés; SORIANO ARNANZ, Alba. Transparencia y control del uso de la inteligencia artificial por las Administraciones. In: BALAGUER CALLEJÓN, Francisco; COTINO HUESO, Lorenzo (coord.). *Derecho público de la inteligencia artificial*. Madrid: Fundación Manuel Giménez Abad, 2023. p. 247-283. p. 254.

⁴⁰ GREGORIO, Giovanni de. The rise of digital constitutionalism in the European Union. *International Journal of Constitutional Law*, v. 19, n. 1, p. 41-70, 2021.

⁴¹ MALGIERI, Gianclaudio. Automated decision-making in the EU member states: the right to explanation and other 'suitable safeguards' for algorithmic decisions in the eu national legislations. *Computer Law & Security Review*, 2018. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3233611. Acceso en: 7 ene. 2024.

paralizó al mundo entero por lo que se pensó que, modificando de esta forma lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley N° 19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, se destrababa la discusión sobre el paradigma del gobierno digital. Sin embargo, aporta muy poco o, mejor dicho, nada aporta a desentrañar los secretos de la caja negra al interior del Estado, cuando se decide por medio de algoritmos⁴².

Sin perjuicio de ello y pese a la desregulación normativa aplicable a los SDA, éstos se pueden definir como un sistema de toma de decisiones, programados por medio de inteligencia artificial o algoritmos de sistemas computacionales (ejemplo: programas o *software* computacional), que utilizan herramientas para procesar grandes conjuntos de datos, y por medio de la gestión de grandes volúmenes de información son capaces de generar una respuesta basada en las instrucciones que se le entregan.

Es decir, los SDA pueden producir un acto administrativo o tomar decisiones en nombre de una entidad gubernamental, lo que podrían vulnerar garantías constitucionales como: la motivación de los actos administrativos automatizados, el derecho a una decisión no únicamente automatizada, el derecho a recurrir cuando la decisión perjudique al recurrente o víctima, del mismo modo, que el derecho a rectificar, a oponerse, y en definitiva a los presupuestos procesales garantes de la tutela judicial efectiva⁴³. Bajo este escenario, se considera que la ley de transformación digital ha colmado algunos aspectos del gobierno digital pero el legislador nacional desaprovechó una oportunidad valiosa para incorporar las bases jurídicas suficientemente sólidas como para conseguir impulsar la implantación de los SDA al interior de la Administración pública con enfoque en los derechos de las personas (en inglés conocido como modelos *Human centered AI*⁴⁴).

Teniendo en cuenta lo anterior y bajo la premisa que la actuación administrativa automatizada podría incorporar sistemas de IA robustos o débiles, es decir, totalmente autónomos (sin supervisión humana) y también, semiautomatizados (bajo supervisión humana), para resolver asuntos críticos de las personas⁴⁵. Se piensa que los llamados SDA de la administración pública -entendidos como aquellos procedimientos que hacen referencia a la generación de actuaciones administrativas, entendidas a su vez como actos constitutivos de derechos y/o de obligaciones dictados por medio del cumplimiento de un procedimiento administrativo- deberían ser regulados por la ley y no al libre albedrío de los códigos de fuente, creados por ingenieros. Es decir, procedimientos automatizados por algoritmos para generar respuestas y soluciones en aspectos críticos de las personas, por lo cual la posición que apoya este análisis es aquella que dice relación con que debe ser regulado estrictamente.

De tal manera, porque cuando estas actuaciones se han realizado por procedimientos desprovistos total o parcialmente de la intervención humana, es lo que las distingue del derecho administrativo ordinario en estricto rigor, superando a los procedimientos ordinarios que rigen a la actuación de los organismos del Estado⁴⁶. Bien sea porque estén o no en una plataforma electrónica, cuando se utilizan algoritmos y datos para procesar grandes volúmenes de información de las personas, perfilar, discriminar y tomar decisiones en nombre de una entidad gubernamental, se considera un sistema automatizado de decisiones de la administración pública (SDA).

Ejemplos diferenciados de SDA se encuentran en los algoritmos del Ministerio de Educación (MINEDUC) o del Fondo Nacional de Salud (FONASA). En efecto, el primero versa sobre un plan del Ministerio de Educación que creó un nuevo Sistema de Admisión Escolar (SAE) que opera en todos los niveles de educación preescolar, básica y media (desde prekínder hasta 4to medio), permitiendo que un programa computacional asigne vacantes en establecimientos municipales de edu-

⁴² PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

⁴³ BALLESTEROS, Inmaculada Jiménez-Castellanos. Decisiones automatizadas y transparencia administrativa: nuevos retos para los derechos fundamentales. *Revista Española de la Transparencia*, n. 16, p. 191-215, 2023.

⁴⁴ HIA (12/05/23). Iniciativa que promueve a la IA centrada en el ser humano, originaria de la Universidad de Stanford. Esta organización abarca muchos aspectos de la tecnología y la sociedad. Disponible em: <https://hai.stanford.edu/centers>.

⁴⁵ GAMERO-CASADO, Eduardo. Sistemas automatizados de toma de decisiones en el Derecho Administrativo Español. *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 63, p. 1-35, 2023. p. 3.

⁴⁶ Definición de acto administrativo, artículo 3º Ley 19.880 “se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.

cación, a partir de las preferencias y un ordenamiento aleatorio de los datos ingresados por los postulantes⁴⁷.

En cambio, FONASA posee un sistema de Analista Virtual que brinda apoyo a la tramitación de licencias médicas que realizan las unidades de contraloría médica en las oficinas de la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN)⁴⁸. Se considera que estos sistemas involucran una transformación profunda y conllevan reformas tanto de orden de los procedimientos, los datos que procesan, las normas de transparencia y explicabilidad, así como la creación de espacios y funciones diferenciadas para que, por medio de su aplicación, se pueda controlar el modo como se toman decisiones que afectan temas críticos de las personas como el derecho a la educación, la salud o la libertad personal⁴⁹. Asimismo, cuando estos procedimientos se cumplen en ambientes digitales, también se confunden con la Administración electrónica⁵⁰. Pero tampoco es de este modo como debe entenderse un SDA, porque estos involucran más que la combinación entre TIC y de trámites en formatos electrónicos.

Esto, porque tal y como el concepto de automatización de procesos de acuerdo a la Ley de AI Responsables de EEUU, se entiende como sistemas computacionales, *software* o procesamiento de datos que utilizan cálculos, incluyendo o no aquellos derivados del aprendizaje automático, estadísticas u otras técnicas de procesamiento de datos, que se ha llamado IA, porque se utiliza como base para tomar decisiones o juicios⁵¹. De manera análoga, podemos citar al artículo 22 del Reglamento General Europeo de Protección de Datos (GDPR), cuando contempla el derecho de las personas a no ser objeto de decisiones plenamente automatizadas. En otras palabras, el uso de máquinas por parte de organizaciones en la toma de decisiones sobre particulares sin intervención humana que produzca efectos jurídicos o le afecte significativamente en forma similar.

⁴⁷ Véase el sitio web: <https://algoritmospublicos.cl/proyecto-algoritmo-asignacion-admision-escolar-mineduc>.

⁴⁸ Véase el sitio web: <https://algoritmospublicos.cl/proyecto-analista-virtual-licencias-medicas-fonasa>.

⁴⁹ BENEDIKT-FREY, Carl; OSBORNE, Michael. El futuro del empleo: ¿qué tan susceptibles son los empleos a la informatización?. *Previsión tecnológica y cambio social*, n. 114, p. 254-280, 2017.

⁵⁰ MARTÍN-DELGADO, Isaac. Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada. *Revista de Administración Pública*, n. 180, p. 353-386, 2009. p. 356.

⁵¹ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Congress. [Algorithmic Accountability Act of 2023]. *House of Representatives 5628*. USA, 21 nov. 2023.

En consecuencia, estos procesos automatizados o SDA, cuando garantizan derechos de las personas y respetan límites éticos adecuados para el tratamiento de los datos y las instrucciones que suministran los humanos, podrían ser de gran utilidad para los servicios gubernamentales. Ello porque, para incorporar algoritmos transparentes en la administración del Estado, es necesario cumplir con lineamientos, o estándares óptimos, y así dotar de mayor confianza y eficacia a los procesos gubernamentales⁵² que podrían liberar la toma de decisiones de la subjetividad humana, haciendo más justos y efectivos estos procesos. Y, al mismo tiempo, considerar los mecanismos adecuados de mitigación posibles daños que pueden generar⁵³.

2.2 Desafíos asociados a los sistemas de inteligencia artificial

Los sistemas IA involucran una serie de riesgos y también desafíos que, en esta parte del artículo, se explican desde la perspectiva socio jurídica y, además, se cuestiona cómo se abordan en la doctrina especializada desde un enfoque técnico-legal porque mayormente se ha tratado con un determinismo tecnológico únicamente⁵⁴. Dicho lo anterior y por encima de un sinnúmero abundante de definiciones, es importante referirse a Yuval Noah Harari⁵⁵, por lo que adoptamos la posición filosófica del autor cuando compara a la IA con una revolución de la automatización de procesos que puede ser estudiada, al menos desde dos puntos de vista.

El primero de ellos, se enfoca desde el determinismo tecnológico que ha dado lugar a la creación de algoritmos que pueden aprender, analizar cantidades ingentes de datos y reconocer patrones para las decisiones con una eficiencia sobrehumana. El segundo, se enfoca des-

⁵² Al momento de redacción de este artículo el Ministerio de Ciencia de Chile, publicó los Lineamientos para el uso de herramientas de inteligencia artificial en el sector público. Este instrumento aplicable al sector público básicamente recoge los estándares descritos a continuación, porque no se aleja del consenso global. CHILE. Ministerio de Ciencia de Chile. *Oficio n° 711, de 11 de diciembre de 2023*. Lineamientos para el uso de herramientas de inteligencia artificial en el sector público.

⁵³ GIEST, Sarah; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephen. Introduction to special issue algorithmic transparency in government: towards a multi-level perspective. *Information Polity*, v. 25, n. 1, p. 409-417, 2020.

⁵⁴ WHITE, James; LIDSKOG, Rolf. La ignorancia y la regulación de la inteligencia artificial. *Journal of Risk Research*, v. 25, n. 4, p. 488-500, 2022. p. 489.

⁵⁵ NOAH, Harari Yuval. Reboot for the AI revolution. *Nature*, v. 550, p. 324-327, 2017. p. 324.

de la perspectiva de biólogos y científicos sociales, según los cuales los algoritmos están descifrando las emociones, los deseos y las intuiciones humanas al extremo que pueden llegar a imitar el comportamiento humano en forma gradual (leve y fuerte). De esta forma a la fusión de ambos, el autor define como *infotech* o *biotech*, lo cual está dando lugar a nuevas aplicaciones de estas herramientas provistas por la tecnología y programada por medio de los algoritmos, que puede desempeñar con éxito las tareas llevadas a cabo habitualmente por las personas. Frente a ello, y dada la envergadura que estas aplicaciones pueden llegar a desempeñar, es importante destacar la posición esgrimida por Boix-Palop⁵⁶. Este autor afirma que es muy riesgoso que los algoritmos -los SDA- puedan ser constitutivos de actos jurídicos propiamente dichos. Es decir, crear actos jurídicos con efectos particulares ejecutivos *ipso facto* excepto que una norma lo regule restrictivamente.

Esta corriente del pensamiento jurídico plantea que las respuestas de los SDA no deben ser aplicadas autónomamente, sin supervisión o intervención humana, porque pueden afectar significativamente a los usuarios y también exacerbar sesgos o encerrar en una caja negra procesos de la actividad de la gobernanza que podrían incrementar la desconfianza y la incerteza sobre este tipo de tecnologías⁵⁷. De acuerdo con esta posición, dado que los algoritmos son procesos que permiten analizar grandes conjuntos de datos, estos proporcionan los elementos o indicios necesarios para que tomadores de decisiones, dicese, persona humana determine la decisión final. Ejemplo de ello, se han aplicado algoritmos para decidir zonas de seguridad o de alto riesgo por las tasas de criminalidad, pero no para arrestar a los infractores porque eso lo deciden los magistrados.

En coherencia con lo anterior, por una parte, Coglianese y Lehr⁵⁸ defienden la tesis que los sistemas de IA no

deben pensarse de una manera que puedan sustituir la mano de obra dentro de la administración pública. Por otra parte, Bruce y Fleming⁵⁹, agregan que los procesos asociados a la IA por ser procedimientos provistos por métodos estadísticos y de aprendizaje automático, su función debe limitarse a la respuesta de una tarea encomendada y no constitutivos de situaciones jurídicas de las personas. Para entender mejor esta idea, habría que referirse a Alan Turing, pionero de la IA en 1950 quien comparaba a estos sistemas automatizados por IA con infraestructuras de computación de procesos⁶⁰. Desde entonces, la mayoría de los marcos conceptuales tratan de abordar la siguiente pregunta ¿puede pensar una máquina? Una idea algo descabellada para aquella época.

Sin embargo, actualmente se toma como referencia y se basa en la definición acuñada por John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester y Claude Shannon, quienes, en una conferencia de la Universidad de Dartmouth celebrada en 1956, sentaron los cimientos de dicho término señalando lo siguiente: “A los efectos actuales, el problema de la inteligencia artificial es el de hacer que una máquina se comporte de una manera que se llamaría inteligente, si un ser humano no se comportara así”⁶¹. Por estas razones, cobra fuerza la posición jurídica que plantea Floridi que, frente a este fenómeno multidisciplinar, se requiere de un *hexagrama* regulatorio⁶².

Ello, porque además de los distintos aspectos técnicos involucrados que dificultan su explicabilidad y trazabilidad, se requiere de mecanismos de tratamiento de grandes conjuntos de datos personales y enfoques garantistas de derechos fundamentales. Por todo lo anterior, se justifica el estudio con detenimiento de este tipo de sistemas, especialmente aquellos que implementa la administración pública, dado que podrían hacer que los servicios públicos sean más justos y efectivos, al ‘liberar’ la toma de decisiones de la subjetividad humana en pro-

⁵⁶ BOIX-PALOP, Andrés. Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 1, p. 223-270, 2020. Para mayor detenimiento de esta posición, el autor afirma que «Los algoritmos son reglamentos». El autor plantea que, por la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones, estos deben considerarse como reglamentos de ley.

⁵⁷ GOODMAN, Bryce; FLAXMAN, Seth. European Union regulations on algorithmic decision making and a “Right to Explanation”. *AI Magazine*, v. 38, n. 3, p. 50-57, 2017.

⁵⁸ COGLIANESE, Cary; LEHR, David. Transparency and algo-

rithmic governance. *Administrative Law Review*, v. 71, n. 1, p. 1-55, 2019. p. 33.

⁵⁹ BRUCE, Peter; FLEMING, Grand. *Responsible Data Science: transparency and fairness in algorithms*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2021. p. 5.

⁶⁰ VALLE-CRUZ, David; PLATA-CESAR, Nely; GONZÁLEZ-RUÍZ, Leonardo. *Handbook of research on applied artificial intelligence and robotics for government processes*. [S.l.]: IGI Global, 2022. p. 24.

⁶¹ MCCARTHY, John *et al.* A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on artificial intelligence. *AI Magazine*, v. 7, n. 4, p. 12-14, 2016.

⁶² FLORIDI, Luciano. The end of an era: from self-regulation to hard law for the digital industry. *Philosophy and Technology*, v. 34, p. 619-622, 2021.

cesos diferenciados⁶³. O también, en sentido contrario, en virtud de sus influencias en las vidas de las personas, la política y la sociedad, también podrían afectar los derechos fundamentales y desencadenar otros efectos no deseados con connotaciones algunas veces apocalípticas⁶⁴.

En consecuencia, por las consideraciones previas cada vez es más importante considerar los riesgos múltiples que involucran el tratamiento y gobernanza de conjuntos de datos que alimentan a los sistemas de IA⁶⁵. Al respecto, es importante señalar la especial contradicción con la que se topa el legislador chileno con una legislación cada vez más dividida -tal y como lo explican Contreras, Trigo y Ortíz⁶⁶- consecuencia del sistema fragmentado, verbigracia, el modelo de protección sectorial de los datos personales en Chile, en parte inspirado en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea de 2016. Lo anterior, porque en otras materias se ha incorporado modificaciones que lo alejan del modelo europeo, a pesar de que el reglamento europeo es el modelo que, por consenso global, ha dado algunos resultados positivos⁶⁷. Verbigracia, la política de acceso abierto de datos de investigaciones, asociada al movimiento de acceso abierto del conocimiento científico, basado en los pilares del gobierno abierto⁶⁸.

3 Estándares *soft law* para la gobernanza con IA

Este apartado tiene por objeto analizar comparativamente las heterogéneas fuentes e instrumentos normativos contentivos de las iniciativas internacionales que pretenden proponer principios comunes aplicables a la gobernanza algorítmica (es decir, con IA) en la administración del Estado. Esto porque el panorama general de los estándares éticos propuestos por organismos internacionales, son muy variados y amenazan con su rápida proliferación. A continuación, se analiza una pequeña muestra conforme a la siguiente estrategia metodológica:

En primer lugar, las recomendaciones y principios fueron clasificados en criterios de agrupación por similitud, es decir, los estándares éticos contenidos en algunos de sus postulados obligaciones de transparencia algorítmica.

En segundo lugar, se operacionalizan sistemáticamente acorde con alguno de los aspectos que involucran, es decir, las buenas prácticas y códigos de conducta que recomiendan.

Y, en tercer lugar, por la línea de tiempo acotada en donde se han creado. En resumen, estos instrumentos, además de responder al sentido, propósito y razón del ámbito material de la gobernanza de la IA, se delimitan dentro de un ámbito temporal corto.

Nos apoyamos en la teoría filosófica jurídica propugnada por Floridi⁶⁹, quien define a los estándares éticos de la IA como el fin de una era de la autorregulación, que debe avanzar hacia marcos jurídicos robustos en inglés conocidos como *hard law*. En otras palabras, estos criterios podrían significar los fundamentos de una futura ley dura por venir sobre la transparencia, acceso a la información, y protección de datos y la privacidad, en el contexto de los sistemas algorítmicos del sector público⁷⁰.

Es posible que, en un futuro próximo, como mecanismo para uniformar las soluciones legislativas mundiales, (i) sean dictadas leyes modelo en este ámbito bajo el amparo de organizaciones internacionales que sirvan

⁶³ GIESTI, Sarah; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephen. Introduction to special issue algorithmic transparency in government: towards a multi-level perspective. *Information Polity*, v. 25, n. 1, p. 409-417, 2020.

⁶⁴ El Centro de *AI safety*, ha dejado claro en la “Declaración sobre el riesgo de IA” de mayo 2023. En él expertos en IA y figuras públicas expresan su preocupación por el riesgo de la IA.

⁶⁵ DÍAZ-BENUSSI, Carlo. Obligaciones de seguridad en el tratamiento de datos personales en Chile: escenario actual y desafíos regulatorios pendientes. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, v. 9, n. 1, p. 227-279, 2020. p. 227

⁶⁶ CONTRERAS, Pablo; TRIGO, Pablo; ORTIZ, Leonardo. Un sistema fragmentado: La protección sectorial de los datos personales en Chile. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n. 35, p. 36-64, 2022. p. 47.

⁶⁷ BORDACHAR BENOIT, Michelle. Comentarios al proyecto de ley chileno sobre protección de datos personales: Deficiencias e inconsistencias en los derechos Arco. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, v. 11, n. 2, p. 397-414, 2022. p. 398.

⁶⁸ FINOL-ROMERO, Lorayne. Paradoja datos abiertos-privacidad como preámbulo de la política de acceso abierto impulsada desde universidades. *Revista Gobierno y Administración Pública*, v. 5, n. 5, p. 40-64, 2023. p. 44.

⁶⁹ FLORIDI, Luciano. The end of an era: from self-regulation to hard law for the digital industry. *Philosophy and Technology*, v. 34, p. 619-622, 2021.

⁷⁰ FINOL-ROMERO, Lorayne. *Derecho a la transparencia: ¿es suficiente una ley?*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2023.

de patrón a los parlamentos nacionales, tal como ha ocurrido con éxito en el ámbito del Derecho comercial internacional⁷¹. Y, (ii) también puede ocurrir que, bajo el consenso de los Estados, se negocien tratados internacionales en la materia siguiendo los parámetros de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados. Por lo pronto, frente a esta posición doctrinal, a continuación, a través de un análisis comparativo de una muestra no representativa de estándares de *soft law*⁷², esta investigación propone cinco principios generales indispensables para la gobernanza de algoritmos transparentes y responsables⁷³.

En efecto ha sido la jurisprudencia constitucional alemana reciente esgrimida por el Tribunal Constitucional Federal (TCF), donde surgen algunas señales sobre hacia dónde se debe avanzar legislativamente. En este tenor, porque la judicialización de casos específicos ha elevado los estándares mínimos que debe considerarse a la hora de legislar esta materia. Al respecto el TCF alemán, resuelve los recursos de inconstitucionalidad presentados en 2019 y declara la nulidad de dos leyes prácticamente idénticas de los estados de Hesse y Hamburgo⁷⁴.

En esta sentencia, se reconoce la utilidad de estos sistemas frente a la gestión de un volumen de datos en constante crecimiento y cada vez más heterogéneo en términos de su calidad y formato, lo cual, difícilmente podría obtenerse manualmente, especialmente bajo presión de tiempo. Sin embargo, exige criterios específicos sobre cómo regular con garantías los presupuestos de

uso de SDA de análisis de datos, vinculados a infracciones penales específicas.

Aclara además que, si el análisis o la evaluación de datos automatizados permiten una invasión grave de la autodeterminación informativa, esto sólo puede justificarse bajo las estrechas condiciones que generalmente se aplican a las medidas de vigilancia secreta intrusivas, es decir, sólo para proteger intereses legales particularmente importantes, siempre que exista al menos un riesgo suficientemente concreto para ellos y periodos concretos.

En consecuencia, el aporte de este proceso de comparación radica en que se basan en una línea de tiempo que se ha caracterizado como iniciativas legislativas recientes, comprendidas desde 2019-2021. Aunque no se puede asegurar que el legislador adopte sus soluciones vía *lege ferenda*, debido a que estos instrumentos de *soft law* cambian vertiginosamente y no surten efectos vinculantes. Al final su contribución se centra en el posicionamiento doctrinal sobre la transparencia necesaria y qué tipo de mecanismos garantes del derecho de acceso a la información deben contemplarse para que la IA sea aplicada con ética y responsablemente en la administración pública.

3.1 Comparación de estándares de IA en el ámbito internacional

El análisis comparado se limita -como ya se dijo- a los estándares contenidos en las iniciativas recientes de la Unión Europea, la OCDE y UNESCO. Para lograrlo, se aplicó la técnica de categorización de contenidos y se clasificaron los estándares en cinco principios generales, bajo la premisa que el *soft law* podría funcionar, anticipando y experimentando soluciones, del mismo modo que facilitando su actualización por medio de plan de mejoras⁷⁵. Sin perjuicio de ello, la hipótesis sobre la que se funda este análisis se basa en que la creación de normas jurídicas en este ámbito dota de certeza jurídica a las aplicaciones de IA, sobre todo al interior de la administración del Estado, para evitar una nueva huida del principio de la legalidad. Por lo cual, este análisis podría

⁷¹ FELER, Alan Matías. Soft Law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas. *Lecciones y Ensayos*, n. 95, p. 281-303, 2015. BERMÚDEZ ABREU, Yoselyn. *El soft law como método unificador del derecho mercantil internacional*. Maracaibo: La Universidad del Zulia, 2007.

⁷² A los efectos de este análisis, normas de *soft law* se entienden como un conjunto de normas genéricas que se aplican a distintos sectores, pero no son fuente directa de obligaciones legales porque carecen de coercibilidad y no son creadas por organismos legislativos. En efecto, esta fórmula normativa se recomienda porque favorece el encuentro en foros multilaterales en los que convergen Estados, organismos internacionales, empresas y sociedad civil. GUERRA, Amina Welten. The attributes of a legal norm and its relation to the traditional production model of international law: a debate on soft law. *Revista de Direito Internacional*, v. 20, n. 2, p. 177-193, 2023. p. 189.

⁷³ COTINO-HUESO, Lorenzo. Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida. *Revista Española de la Transparencia*, n. 16, p. 17-63, 2023. p. 2.

⁷⁴ Sentencia del TCF, establece principios rectores sobre sentencia de fecha 16 de febrero de 2023.

⁷⁵ FLORIDI, Luciano. The European Legislation on AI: a brief analysis of its philosophical approach. *Philosophy and Technology*, v. 34, p. 215-222, 2021. p. 215.

ser la antesala para la propuesta de criterios que podrían orientar futuras iniciativas legislativas a nivel nacional⁷⁶.

a) Principios establecidos por la Comisión y Parlamento de la Unión Europea

La UE ha desarrollado una serie de estándares para garantizar mejores condiciones de desarrollo y la innovación de soluciones con esta tecnología, lo suficientemente flexible para regular aplicaciones hoy por hoy desconocidas, o para amoldarse a los cambios que experimenten las ya existentes, basado en una taxonomía de riesgo y de obligaciones de transparencia⁷⁷. Esta iniciativa surge de las Directrices éticas para una IA fiable, asociadas a Recomendaciones de política de inversión en IA, contenidas en Estrategia Europea de IA de la Unión Europea⁷⁸, que tiene como objetivo “hacer de la UE un centro de clase mundial para la IA y garantizar que la IA esté centrada en las personas y sea confiable”.

Destaca del proceso de creación, la conformación del Grupo Independiente de Expertos de Alto nivel sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea. Además de dos instrumentos clave, el primero, denominado Directrices éticas para una IA fiable (citados como HLEG de AI, de 2019) y el segundo, Libro Blanco sobre la inteligencia artificial (citado como Comisión Europea, 2020). En HLEG de AI, se sistematiza detalladamente el conjunto de recomendaciones formuladas por los expertos bajo el propósito de robustecer la confianza en la IA. Destaca que el énfasis de estos sistemas radica en su enfoque, centrado en beneficio del ser humano, y proponen para ello que, dado el potencial de transformación que ofrecen estas herramientas para el bien de la humanidad -por ejemplo, en el sector de la salud con el diagnóstico precoz, así como, medioambientalmente en la administración del riesgo del cambio climático-, son particularmente útiles para mejorar la predicción, optimizar las operaciones y la asignación de recursos escasos, y también para personalizar los servicios. Sin embargo, dada las implicaciones de los sistemas de IA para los derechos fundamentales, así como los riesgos

de seguridad para los usuarios, también son motivo de preocupación⁷⁹.

Por estas razones, los estándares se presentaron en la Comisión Europea sobre Inteligencia Artificial de 2018 y se resumen en siete directrices para la inteligencia artificial, a saber: 1) transparencia y explicabilidad; 2) responsabilidad y rendición de cuentas; 3) privacidad, diversidad, no discriminación y equidad; 4) solidez técnica y seguridad; 5) participación, acción y supervisión humana; 7) bienestar social y medioambiental. Con estas directrices, Europa ha apostado al desarrollo de la IA sin descuidar la graduación de los riesgos asociados de sus aplicaciones, y aspira a convertirse en un referente en la materia de forma similar como lo hizo con la Directiva General de Protección de Datos (GDPR) de 2016.

Dentro de ello, figura la transparencia y la explicabilidad que establece que los sistemas deben ser capaces de explicar sus decisiones y que se debe a los ciudadanos, por lo que deben ser informados cuando están interactuando con un sistema de IA. Otro de los cuales, es la responsabilidad, que establece que los desarrolladores de IA deben ser responsables de las decisiones que toman sus sistemas. Del mismo modo, la privacidad, que exige que los datos personales sean protegidos, para mitigar los riesgos asociados a la equidad, la discriminación y la exclusión⁸⁰. El otro de ellos, es la robustez, que implica que los sistemas de IA deben ser seguros y resistentes a los ciberataques. Destaca dentro de estos principios, la participación humana, que implica que los ciudadanos deben tener el derecho a intervenir en las decisiones que afectan sus vidas.

En tanto que, en el segundo instrumento creado es el conocido como el Libro Blanco sobre IA⁸¹, en el que se reiteran los siete principios éticos para la IA antes referidos, pero concentrados. Además, refuerza la necesidad de garantizar la autonomía y respeto de las personas, mayor transparencia, responsabilidad, protección de la privacidad, la equidad y la robustez de los sistemas

⁷⁶ REYES-OLMEDO, Patricia. Estándares técnico-jurídicos de gestión para servicios digitales de información legislativa. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, v. 6, n. 2, p. 57-95, 2017. p. 60.

⁷⁷ UNIÓN EUROPEA. *Ley de Inteligencia Artificial del Parlamento Europeo*. 2023. Disponible en: <https://bit.ly/3NEkb5d>. Acceso en: 17 nov. 2023.

⁷⁸ UNIÓN EUROPEA. *Estrategia Europea Digital (COM/2018/237)*. Disponible en: <https://bit.ly/4asTAlh>. Acceso en: 17 nov. 2023.

⁷⁹ UNIÓN EUROPEA. *Briefing of Artificial intelligence act*. 12 jun. 2023. Disponible en: <https://bit.ly/3RRDE57>. Acceso en: 17 nov. 2023.

⁸⁰ MUÑOZ-GUTIÉRREZ, Catherine. La discriminación en una sociedad automatizada: contribuciones desde América Latina. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, v. 10, n. 1, p. 271-307, 2021.

⁸¹ UNIÓN EUROPEA. *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*. Bruselas, 19 feb. 2020.

de mitigación de riesgo. Estos principios se basan en la idea de que la IA debe ser desarrollada y utilizada para mejorar la vida de las personas, donde el principio de la autonomía humana hace referencia a la prohibición a manipular o coaccionar a las personas para que tomen ciertas acciones o adquieran determinados comportamientos.

Finalmente, en concreto, con estos instrumentos emerge un primer marco ético establecido por la UE y busca garantizar que todo sistema de IA en el territorio europeo sea confiable, seguro y transparente, es decir, que las tecnologías de IA sean legales, éticas y robustas, además que la Unión debe asignar, al menos 1.000 millones de euros al año en financiación, dirigidos a los programas *Horizon Europe* y *Digital Europe* para invertir en el desarrollo de IA⁸².

b) Principios del Consejo sobre IA de la OCDE

La Recomendación OCDE⁸³ fue creada por el Consejo sobre Inteligencia Artificial, y fue adoptada el 21 de mayo de 2019. En ella el Consejo establece cinco principios éticos que deben ser considerados en el desarrollo y uso de la IA. Estos principios son: debe ser diseñada para fomentar el bienestar humano, debe ser justa, transparente y explicada, del mismo modo, que debe ser robusta, segura y estar protegida. Es suma, para los efectos de los países que adoptaron esta recomendación, por medio del respeto de la privacidad y la protección de datos personales, la IA debe ser responsable.

En este sentido, exhorta a modo de recomendaciones generales seguir cinco principios clave para la implementación de la IA: (I) La IA debe estar al servicio de las personas y del planeta, promoviendo el crecimiento inclusivo y el desarrollo sostenible. (II) Los sistemas de IA deben respetar el Estado de Derecho, los derechos humanos y los valores democráticos, incorporando salvaguardas que permitan la intervención humana cuando sea necesario. (III) La transparencia y explicabilidad son fundamentales, garantizando que las personas sepan cuándo interactúan con IA y puedan cuestionar sus resultados. (IV) Los sistemas de IA deben ser seguros

y confiables, con mecanismos de evaluación de riesgos durante toda su vida útil. (V) Los responsables del desarrollo y gestión de la IA deben rendir cuentas por su correcto funcionamiento, alineado con estos principios.

Finalmente, resalta el criterio pro homine en el instrumento, cuando enfatiza que el principio de respeto por los derechos humanos implica que la IA debe ser desarrollada y utilizada de manera que respete los derechos y las libertades fundamentales. Esto incluye la necesidad de evitar la no discriminación y el sesgo en la toma de decisiones. Por otra parte, como principio de transparencia se refiere a la necesidad de que los sistemas de IA sean comprensibles y explicables, es decir, no los limita a sistemas de registros de información catastral únicamente. Lo cual obliga a los desarrolladores y usuarios de la IA a ser capaces de explicar cómo funciona el sistema y cómo tomar decisiones con el algoritmo en un lenguaje claro. Esto implica un compromiso con la transparencia y la responsabilidad en todas las fases del desarrollo y uso de la IA.

c) Recomendación UNESCO sobre la ética de la IA

La recomendación UNESCO⁸⁴ sobre la ética de la IA es un instrumento que busca establecer principios éticos para su desarrollo y uso. Fue aprobada en noviembre de 2019 en la Conferencia General 41ª celebrada a finales de 2021 y se enfoca en promover la transparencia, la responsabilidad, la inclusión y la privacidad en el desarrollo y uso de la IA. Este instrumento establece dentro del ámbito material normativo, que su objetivo principal es proporcionar un marco universal de valores, principios y acciones para orientar a los Estados en la formulación de sus leyes, políticas u otros instrumentos relativos a la IA, de conformidad con el derecho internacional.

Conforme a ello, la UNESCO, recomienda mediante la precitada recomendación que se dirige a los Estados Miembros, tanto en su calidad de actores de la IA como de autoridades responsables de la elaboración de marcos jurídicos y reguladores a lo largo de todo el ciclo de vida de los sistemas de IA. Para concretar tan ambicioso ámbito normativo, el llamado de la UNESCO se basa en diez principios básicos, como se aprecia

⁸² UNIÓN EUROPA. *Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones*. Bruselas: Unión Europea, 2019.

⁸³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*. 2019. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Acceso en: 17 nov. 2023.

⁸⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO). *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*. París: Unesco, 2021. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_spa. Acceso en: 17 nov. 2023.

en el siguiente listado: 1) Proporcionalidad e inocuidad. 2) Seguridad y protección. 3) Equidad y no discriminación. 4) Sostenibilidad. 5) Derecho a la intimidad y protección de datos. 6) Supervisión y decisión humana. 7) Transparencia y explicabilidad. 8) Responsabilidad y rendición de cuentas. 9) Sensibilización y educación. 10) Gobernanza y colaboración adaptativas y de múltiples partes interesadas.

Por otra parte, hace énfasis en la necesidad de controlar y vigilar su correcto funcionamiento, porque estos sistemas además de ser capaces de procesar datos e información de una manera que se asemeja a un comportamiento inteligente, porque abarca generalmente aspectos de razonamiento, aprendizaje, percepción, predicción, planificación o control, también puede afectar derechos de las personas.

Finalmente, la UNESCO además establece principios aplicables a la IA para que sea diseñada y utilizada de manera que respete los derechos humanos, la diversidad cultural y el medio ambiente. También se enfoca en la importancia de la transparencia en el desarrollo y uso de la IA la cual debe tener objetivos legítimos, incluyendo la necesidad de explicar cómo se toman las decisiones algorítmicas.

4 Una necesaria armonización de estándares

La armonización de estándares aplicables a los algoritmos es necesaria porque la IA se está convirtiendo en una herramienta cada vez más importante en la toma de decisiones en una variedad de campos, tanto del sector privado como en la administración pública⁸⁵. Además, porque podrían evitar problemas de insuficiencia regulatoria y la falta de coherencia interna entre el marco legal y los avances de la tecnología, del mismo modo, que generan antinomias, que surgen producto de una acentuada fragmentación en la regulación de la IA, y de una carrera vertiginosa por llegar en primer puesto a su regulación. Conforme a ello, se configura un panorama poco alentador que se pretende disipar con la operacionalización de criterios comparativos, a continuación:

Tabla 1 - Cuadro comparativo de estándares soft law de IA

Organismos/ Criterios	Año Creación	Comisión de Exper- tos	Canti- dad de Están- dares	Finali- dad	Ámbito Territo- rial
UE	2018	Grupo de expertos de alto nivel de IA (HLEG). Comité de Política Digital (CDEP). Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología.	7	Coope- ración y economía digital.	27 países de la unión europea.
OCDE	2019	Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología.	5	IA con- fiable y Estado de Dere- cho.	42 países. Miem- bros 36 y 6 obser- vadores.
UNE- SCO	2021	Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología.	10	Respeto de los de- rechos de las perso- nas (<i>Pro homine</i>).	193 países de la Organi- zación de Naciones Unidas (ONU).

Fuente: Elaboración propia.

La tabla retrata el consenso global en torno a la regulación de estándares de IA. Esta materia, aunque avanza rápidamente, por lo pronto, podría pensarse en pilares fundamentales, para hacerla transparente, explicable y responsable, donde además de garantizar la confianza es esta tecnología, las personas conozcan su funcionamiento basado en los principios de equidad, no maleficencia, rendición de cuentas y accesibilidad. Dicho en otras palabras, sin desconocer las múltiples implicaciones que involucran este tipo de tecnología, será a partir de la realidad política y cultural de cada país como se concretizarán en la legislación nacional, no obstante, esta revisión comparada contribuye con una pregunta simple pero necesaria en estos procesos: ¿qué principios pueden aplicarse de forma supletoria, a los sistemas automatizados por algoritmos de la administración pública?

En todo caso, es importante reiterar que se tiene conciencia que el debate no se agota en estas someras páginas, no obstante, pueden aportar algunas luces respecto a cómo regular a nivel nacional esta materia, con la finalidad de garantizar la confianza de los ciudadanos en la gobernanza algorítmica y la responsabilidad de los

⁸⁵ GOODMAN, Bryce; FLAXMAN, Seth. European Union regulations on algorithmic decision making and a “Right to Explanation”. *AI Magazine*, v. 38, n. 3, p. 50-57, 2017.

organismos que aplican este tipo de tecnología en procesos de toma de decisiones. Esta tesis se basa en la propuesta de Mökander; Juneja, Watson y Floridi⁸⁶ quienes afirman que esta estrategia centrada en proponer estándares éticos armonizados para la IA pretende dar respuesta a una necesidad apremiante, y responde a la presión por incrementar las estrategias de las compañías digitales, conforme a un marco regulador robusto, y no dejar en manos de la autorregulación de las organizaciones que implementen dichos sistemas algorítmicos, el debate sobre estos dilemas éticos.

Para tratar de contribuir con elementos que respondan a la pregunta planteada, a continuación, se detallan semejanzas y diferencias observadas, durante el proceso de comparación. Con este propósito en primer lugar, se han agrupado las similitudes que se exponen brevemente, a los fines de contribuir con una visión global comparativa de los elementos principales comunes, y seguidamente, se explican las diferencias que las distinguen.

La primera de las semejanzas radica en la metodología de creación. En todos los instrumentos de *soft law*, el proceso de creación se inicia con un estudio diagnóstico impulsado por un grupo de expertos que, a partir de un preanálisis, logran describir las bases de las recomendaciones propuestas como un insumo necesario para que un cuerpo colegiado delibere, modifique o adhiera su contenido.

La segunda semejanza observada es aquella relacionada con la necesidad de garantizar el enfoque en los derechos humanos fundamentales, el aprovechamiento de los beneficios de este tipo de tecnología emergente, y cómo por su implementación se puede dotar de eficacia a la gestión pública para el fortalecimiento de la democracia por intermedio de la gobernanza algorítmica⁸⁷. Como también puede observarse del cuadro comparativo, garantizar una regulación de algoritmos transparentes y responsables podría ser una tarea nada sencilla, dada la polisemia y problemas conceptuales que conlleva la regulación armonizada de este tipo de

sistemas algorítmicos, cuyo ámbito normativo se basa en garantizar el respeto de la legalidad, la democracia y la justicia⁸⁸.

c) La tercera semejanza hace referencia al enfoque especial en dotar de altos estándares de explicabilidad, auditabilidad, trazabilidad, así como rendición de cuentas. En conjunto, conforman las obligaciones garantías de la transparencia de los algorítmicos, entendida como aquellas atribuciones donde la administración garantiza que sean entendibles, revisables y auditables los fundamentos de las dediciones automatizadas que se producen⁸⁹. También es un común denominador en los instrumentos analizados la necesidad de garantizar la agencia humana, es decir, garantizar la interacción máquina-humano, siempre garantizando que las personas comprendan que están interactuando con este tipo de sistemas y que ellos, están sometidos a la supervisión humana continua. Ello, porque es su derecho a una decisión que no esté basada únicamente en el tratamiento automatizado de datos, incluida la elaboración de perfiles, cuando es llamada a producir efectos jurídicos que le afecte significativamente⁹⁰.

Ahora bien, dentro de las diferencias se pudo observar lo siguiente:

a) En primer lugar, las recomendaciones de la UE tienen como propósito principal promover la *economía digital del espacio de la Unión*. En forma parecida a la recomendación de la OCDE, enfocada en *motorizar la innovación digital* derivada de este tipo de tecnología en el marco de las instituciones de la democracia y el respeto de los derechos de las personas. En tanto que la Recomendación UNESCO, en términos generales a la hora de esbozar su finalidad, indica que las aplicaciones de este tipo de tecnología deben *proteger en todas sus aplicaciones la vida y convivencia en sociedad*, además, de elevar los sistemas de seguridad para mitigar riesgos de este tipo de tecnología para prevenir los daños. Por esta razón, se observa una orgánica diferente en cada una de ellas. En otras palabras, se observa una diferencia significativa en

⁸⁶ MÖKANDER, Jakob *et al.* The US Algorithmic Accountability Act of 2022 vs. The EU Artificial Intelligence Act: what can they learn from each other?. *Minds and Machines*, v. 32, p. 751-758, 2022. p. 752.

⁸⁷ COBBE, Jennifer; LEE, Michelle Seng Ah; SINGH, Jatinder. Reviewable automated decision-making: a framework for accountable algorithmic systems. *In: ACM CONFERENCE ON FAIRNESS, ACCOUNTABILITY, AND TRANSPARENCY*, 21., 2021, New York. *Papers* [...]. New York: ACM, 2021. p. 7

⁸⁸ ORTIZ DE ZÁRATE, Lucía. Explicabilidad (de la inteligencia artificial). *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 22, p. 328-344, 2022. p. 334.

⁸⁹ COTINO-HUESO, Lorenzo. SyRI, ¿a quién sanciono? Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020. *La Ley Privacidad*, n. 4, p. 1-10, 2020. Disponible en: <https://bit.ly/48lh2zA>. Acceso en: 7 ene. 2024. p. 28.

⁹⁰ En forma similar, lo contempla el artículo 22 Reglamento General de protección de Datos (GPDR).

el tipo de la comisión de dónde provienen, siendo un Grupo de expertos de alto nivel (HLEG) de IA, en la UE, el Comité de Política Digital (CDEP) de la OCDE y la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología, en la UNESCO.

b) En segundo lugar, otra de las diferencias notables de los tres instrumentos, es el ámbito territorial de aplicación. En ese sentido, por razones relativas al principio de autodeterminación, las recomendaciones propuestas por HLGE de la UE son aplicables en el territorio de los 27 estados por los que está constituido. En tanto que, las recomendaciones OCDE⁹¹ en los 42 países que las aceptaron, de los cuales; son 36 países partes y 6 países se unieron en calidad de observadores (Brasil, Colombia, Costa Rica, Argentina, Perú y Rumania). Finalmente, las recomendaciones de la UNESCO surten efecto en los 193 Estados parte que los conforman, por lo que, su carácter territorial es de un mayor alcance que los dos instrumentos anteriores.

c) En tercer lugar, otro de los aspectos distintivos es la cantidad de postulados y recomendaciones que propone cada uno de ellos. El instrumento de la UE propone 5 estándares para una IA confiable. El instrumento OCDE contiene 5 y el instrumento propuesto por UNESCO contiene 10 principios clave para un marco universal y desarrollo ético de la inteligencia artificial que asegure la promoción y protección de los derechos humanos.

En consecuencia, una regulación clara y robusta apoyada en la armonización global también podría ayudar a evitar problemas de insuficiencia regulatoria y de coherencia consecuencia de antinomias jurídicas, que surgen producto de una acentuada fragmentación en la regulación de la IA⁹². De tal manera porque, los riesgos son muy altos, de no lograr una adecuación del pentagrama normativo necesario para regular un fenómeno polisémico que involucra gobernar estos sistemas, la falta de acción de los reguladores agudizan la incerteza jurídica, confusión y falta de claridad para las empresas y los usuarios de la IA que operan en múltiples jurisdic-

ciones. Bajo esta circunstancia, esta propuesta contextualizada da cuenta de un corte de caja inicial del desarrollo de las propuestas multilaterales internacionales.

4.1 Contextualización de principios para la regulación de algoritmos de IA

Para contextualizar los principios rectores de transparencia algorítmica como un pilar fundamental de la gobernanza de sistemas automatizados por IA, especialmente aquellos que aplica la administración pública, primero habría que decir que existe una convergencia global, referida a la necesidad de crear postulados generales que sirvan de base y orientación de su regulación⁹³. Lo anterior, coincide con la tesis de Robert Alexy⁹⁴ según la cual este tipo de regulación básicamente principialista, también catalogadas como normas no restrictivas garantes de la realización de derechos fundamentales, son mandatos de optimización. Al respecto es importante conectarlo con Ronald Dworkin⁹⁵ para explicar que, dada la finalidad orientativa e interpretativa, los principios generales del derecho por sí solos no pueden ofrecer la solución a los problemas jurídicos derivados de su aplicación. De esta forma, teniendo presente que el proceso de contextualización de principios, son resultado de la operacionalización de criterios⁹⁶ (Ver tabla N°1), se presentan como postulados mínimos que no pueden faltar en la legislación sobre IA. Dentro de los cuales, se encuentran:

1. Ética de los datos: Los sistemas algorítmicos utilizan grandes cantidades de datos, y es esencial incorporar instrucciones generales o normas técnicas para gobernar la información que alimentan a estos sistemas, fomentar la innovación y la creación de valor público, pero también garantizar protección, seguridad y la responsabilidad, conforme al modelo de datos abiertos y gobierno abierto, para el desarrollo sostenible e inclusivo.

2. Centrados en el ser humano: Los algoritmos deben estar diseñados para respetar el Estado de Derecho,

⁹¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Cuarenta y dos países adoptan los Principios de la OCDE sobre Inteligencia Artificial*. [2019]. Disponible en: <https://bit.ly/3NUMZeE>. Acceso en: 20 nov. 2021.

⁹² CONTRERAS, Pablo; TRIGO, Pablo; ORTIZ, Leonardo. Un sistema fragmentado: La protección sectorial de los datos personales en Chile. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n. 35, p. 36-64, 2022.

⁹³ MÖKANDER, Jakob *et al.* The US Algorithmic Accountability Act of 2022 vs. The EU Artificial Intelligence Act: what can they learn from each other?. *Minds and Machines*, v. 32, p. 751-758, 2022.

⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 322.

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1989. p. 9.

⁹⁶ CRESWELL, Jhon. *Investigación cualitativa y diseño investigativo selección entre cinco tradiciones*. California: SAGE Publications, 2009. p. 25.

los valores democráticos y los derechos humanos fundamentales. Esto incluye la supervisión humana de los procesos y garantiza que los algoritmos se centren en la resolución de problemas que afectan a las personas. También se destaca la importancia de los datos en la formación de los algoritmos y cómo los datos de entrenamiento pueden influir en las respuestas de la IA.

3. Transparencia y explicabilidad: Las aplicaciones con algoritmos de deben a la transparencia, por ser esencial para entender cómo funciona la gobernanza algorítmica. Esto se logra a través de información entregada por información por medio de transparencia focalizada, que debe garantizar que las decisiones y su funcionamiento sean comprensibles. En otras palabras, es necesario la publicación de información clave como, por ejemplo, informes de evaluación de impacto, reparaciones, sanciones, licencias de funcionamiento y también, de repositorios de algoritmos de acceso abierto.

4. Seguridad y protección: Por la necesidad de gestionar los riesgos relacionados con los datos personales y la protección de los derechos fundamentales. Esto implica describir cómo se revisa y verifica una decisión automatizada y quién tiene acceso a los datos, así como las fuentes de datos, entre otros aspectos. También es importante crear mecanismos de reparación del daño causado por algoritmos defectuosos que discriminan.

5. Responsabilidad y rendición de cuentas: Subraya la importancia de la responsabilidad y la rendición de cuentas de los actores involucrados en el desarrollo y el uso de sistemas algorítmicos. Esto incluye la descripción de roles y responsabilidades, así como la necesidad de promover mecanismos de respuesta a requerimientos basados en la confianza pública.

En definitiva, se resalta la especial atención sobre el enfoque en la transparencia que subyace detrás de las aplicaciones de este tipo de sistemas, por lo que se requieren nuevos mecanismos más amigables y cotidianos de acceso a la información que permitan eliminar brechas, que además faciliten la cultura de confianza en estos sistemas⁹⁷. Por todo lo anterior, en estos cinco principios rectores, se fundamentan los principios socio-jurídicos que podrían garantizar la aplicación de IA en forma transparente y responsable, desde una pers-

pectiva que facilite la incorporación de la automatización de procesos de transformación digital que recaen sobre aspectos críticos de la vida de las personas⁹⁸.

5 Conclusiones

El análisis comparativo de estándares de *soft law* en materia de inteligencia artificial (IA) aplicables a los sistemas de decisión automatizada (SDA) en la administración pública ha permitido responder la pregunta inicial sobre cómo garantizar el uso transparente y responsable de la IA en el sector público.

En primer lugar, este artículo ofrece una aproximación conceptual a los SDA basados en IA y su aplicación en la administración del Estado. Estos sistemas, que emplean métodos estadísticos y aprendizaje automático para procesar grandes volúmenes de datos y generar respuestas, tienen el potencial de transformar la administración pública. Sin embargo, su falta de transparencia algorítmica puede socavar la confianza ciudadana en la institucionalidad democrática, al generar actos administrativos sin cumplir con los principios de legalidad y buena administración. Por ello, se propone que desde el diseño de estos algoritmos se incorporen medidas técnico-jurídicas que aseguren un uso transparente y responsable, alineado con los principios democráticos y el respeto al debido proceso.

La rápida evolución de estos sistemas está moldeando el concepto de gobernanza algorítmica. Es decir, impulsar procesos de gobierno con IA -es decir, conjunto de procesos del Estado-. Si bien la automatización puede mejorar la eficiencia estatal, también plantea riesgos éticos cuando se toman decisiones críticas sin garantizar la explicabilidad y el acceso a la información. Regular su funcionamiento es crucial para mitigar estos riesgos y asegurar que las decisiones automatizadas beneficien a las personas y respeten sus derechos.

En segundo lugar, este artículo contextualiza cinco principios clave para una efectiva incorporación de la IA en la administración pública: i) armonizar los estándares de ética de los datos con la gobernanza de la información y la protección de datos; ii) garantizar que los

⁹⁷ RIVERA-EISENMANN, Mauricio. Transparencia e inteligencia artificial: una nueva perspectiva. *Encrucijada: Revista Electrónica Del Centro De Estudios En Administración Pública*, n. 37, p. 60-71, 2021. p. 61.

⁹⁸ DOMAGALA, Natalia. What is our new Algorithmic Transparency Standard?. *Gov.UK*, 29 nov. 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3LUqLUw>. Acceso en: 29 nov. 2021. Ver Guía Estándar de transparencia algorítmica v1.1, del Gobierno Reino Unido (UK).

algoritmos estén centrados en el ser humano y no reemplacen la supervisión humana; iii) promover la transparencia y explicabilidad de los algoritmos, para proteger el acceso a la información y el derecho de acceso a la justicia; iv) asegurar un entorno digital seguro que fomente la innovación sin comprometer la ciberseguridad; y v) establecer mecanismos claros de responsabilidad y rendición de cuentas para todos los actores involucrados, tanto del sector tecnológico como del sector público.

Estos principios representan una síntesis inicial de los estándares promovidos por organismos internacionales como el Parlamento de la Unión Europea, la OCDE y la UNESCO, todos ellos enfocados en fomentar la transparencia y la responsabilidad en el uso de la IA. La Unión Europea. En particular, esta posición doctrinal destaca el liderazgo de este tipo de lineamientos globales tipo soft law, como ha sucedido previamente con el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR), en lo que se ha denominado el “Efecto Bruselas”⁹⁹. Se destaca, dentro de las limitaciones, que no se puede asegurar que el legislador los adopte *vía lege ferenda*, dada el enfoque extremadamente positivista como se entiende deben ser las obligaciones aplicables, desconociendo la velocidad vertiginosa de esta tecnología.

Finalmente, a modo de recomendación se exhorta a los actores políticos a considerar la experiencia comparada como base para una regulación que priorice la responsabilidad, la transparencia y la confianza en lugar de restringir o prohibir el uso de la IA. En una sociedad cada vez más impulsada por los datos, es esencial un diálogo abierto entre empresas tecnológicas, el sector público y la ciudadanía para construir confianza y legitimidad en el uso de estas tecnologías. Del mismo modo, se recomienda desentrañar la “caja negra” de los algoritmos para garantizar seguridad jurídica y transparencia para todos los actores involucrados.

Referencias

ALEMANIA. Bundesverfassungsgericht. 1 Verfassungsbeschwerde 1547/19; 2634/20. [Análisis de datos automatizado]. Regierungshauptsekretär: Hoffmann,

⁹⁹ BRADFORD, Anu. The Brussels effect. In: BRADFORD, Anu. *The Brussels effect in context*, *The Brussels effect: how the European Union Rules the world*. New York: Oxford University Press, 2020.

16 feb. 2023. Disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20230216_1bvr154719.html. Acceso en: 17 nov. 2023.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BALLESTEROS, Andrea. Transparency in triads. *Polar, Political and anthropological Review*, v. 35, n. 2, p. 160-166, 2012.

BALLESTEROS, Inmaculada Jiménez-Castellanos. Decisiones automatizadas y transparencia administrativa: nuevos retos para los derechos fundamentales. *Revista Española de la Transparencia*, n. 16, p. 191-215, 2023.

BENEDIKT-FREY, Carl; OSBORNE, Michael. El futuro del empleo: ¿qué tan susceptibles son los empleos a la informatización?. *Previsión tecnológica y cambio social*, n. 114, p. 254-280, 2017.

BERMÚDEZ ABREU, Yoselyn. *El soft law como método unificador del derecho mercantil internacional*. Maracaibo: La Universidad del Zulia, 2007.

BOIX-PALOP, Andrés. Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 1, p. 223-270, 2020.

BOIX-PALOP, Andrés; SORIANO ARNANZ, Alba. Transparencia y control del uso de la inteligencia artificial por las Administraciones. In: BALAGUER CALLEJÓN, Francisco; COTINO HUESO, Lorenzo (coord.). *Derecho público de la inteligencia artificial*. Madrid: Fundación Manuel Giménez Abad, 2023. p. 247-283.

BORDACHAR BENOIT, Michelle. Comentarios al proyecto de ley chileno sobre protección de datos personales: Deficiencias e inconsistencias en los derechos Arco. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, v. 11, n. 2, p. 397-414, 2022.

BORGES-BLÁZQUEZ, Raquel. El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal. *Ius Et Scientia*, v. 6, n. 2, p. 54-71, 2020.

BRADFORD, Anu. The Brussels effect. In: BRADFORD, Anu. *The Brussels effect in context*, *The Brussels effect: how the European Union Rules the world*. New York: Oxford University Press, 2020.

- BRUCE, Peter; FLEMING, Grand. *Responsible Data Science: transparency and fairness in algorithms*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2021.
- CANCELA OUTEDA, Celso. Inteligencia artificial: nuevas posibilidades para las relaciones entre la UE y el Mercosur. *Revista de Direito Internacional*, v. 20, n. 2, p. 137-149, 2023.
- CENTER FOR AI SAFETY. *Mitigating the risk of extinction from AI should be a global priority alongside other societal-scale risks such as pandemics and nuclear war*. [mayo 2023]. Disponible en: <https://www.safe.ai/statement-on-ai-risk>. Acceso en: 31 oct. 2023.
- CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO. *Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto*. Bogotá, 8 jul. 2016.
- CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO. *Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico*. Santiago, 10 nov. 2007.
- CHILE. [Política Nacional de Inteligencia Artificial (PNIA) de 2021]. *Decreto n° 20, de 10 de diciembre de 2021*. Aprueba política nacional de inteligencia artificial.
- CHILE. *Ley n° 19.880, de 12 de noviembre de 1986*. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del estado.
- CHILE. *Ley n° 21.180 de Transformación Digital del Estado, de 11 de noviembre de 2019*. Modifica las bases de los procedimientos administrativos para su digitalización.
- CHILE. Ministerio de Ciencia de Chile. *Oficio n° 711, de 11 de diciembre de 2023*. Lineamientos para el uso de herramientas de inteligencia artificial en el sector público.
- COBBE, Jennifer; LEE, Michelle Seng Ah; SINGH, Jatinder. Reviewable automated decision-making: a framework for accountable algorithmic systems. In: ACM CONFERENCE ON FAIRNESS, ACCOUNTABILITY, AND TRANSPARENCY, 21., 2021, New York. *Papers [...]*. New York: ACM, 2021.
- COGLIANESE, Cary; LEHR, David. Transparency and algorithmic governance. *Administrative Law Review*, v. 71, n. 1, p. 1-55, 2019.
- CONTRERAS, Pablo; TRIGO, Pablo. La gobernanza de la inteligencia artificial: esbozo de un mapa entre hard law y soft law internacional. In: AZUAJE, Michelle; CONTRERAS, Pablo. (ed.). *Inteligencia artificial y derecho: desafíos y perspectivas*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2021. p. 457-477.
- CONTRERAS, Pablo; TRIGO, Pablo; ORTIZ, Leonardo. Un sistema fragmentado: La protección sectorial de los datos personales en Chile. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n. 35, p. 36-64, 2022.
- COTINO-HUESO, Lorenzo. Hacia la transparencia 4.0: el uso de la inteligencia artificial y big data para la lucha contra el fraude y la corrupción y las (muchas) exigencias constitucionales. In: RAMIÓ, Carles (ed.). *Repensando la administración pública: administración digital e innovación pública*. Madrid: Instituto Nacional de Administración, 2021. p. 169-196.
- COTINO-HUESO, Lorenzo. Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida. *Revista Española de la Transparencia*, n. 16, p. 17-63, 2023.
- COTINO-HUESO, Lorenzo. SyRI, ¿a quién sanciono? Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020. *La Ley Privacidad*, n. 4, p. 1-10, 2020. Disponible en: <https://bit.ly/48lh2zA>. Acceso en: 7 ene. 2024.
- COTINO-HUESO, Lorenzo. Una regulación legal y de calidad para los análisis automatizados de datos o con inteligencia artificial. los altos estándares que exigen el Tribunal Constitucional Alemán y otros tribunales, que no se cumplen ni de lejos en España. *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 63, p. 1-22, 2023.
- CRESWELL, Jhon. *Investigación cualitativa y diseño investigativo selección entre cinco tradiciones*. California: SAGE Publications, 2009.
- DÍAZ-BENUSSI, Carlo. Obligaciones de seguridad en el tratamiento de datos personales en Chile: escenario actual y desafíos regulatorios pendientes. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, v. 9, n. 1, p. 227-279, 2020.
- DOMAGALA, Natalia. What is our new Algorithmic Transparency Standard?. *Gov.UK*, 29 nov. 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3LUqLUw>. Acceso en: 29 nov. 2021.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.
- ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Congress. [Algorithmic Accountability Act of 2023]. *House of Representatives 5628*. USA, 21 nov. 2023.

- ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. National Institute of Standards and Technology. Department of Commerce. *Artificial Intelligence Risk Management Framework (AI RMF 1.0)*. 2023. Disponible en: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/ai/nist.ai.100-1.pdf>. Acceso en: 7 ene. 2024.
- ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Supreme Court of Wisconsin. *Process Criminal nº 2015.AP157-CR*. For the defendant-appellant, there were briefs by Michael D. Rosenberg and Community Justice, Inc., Madison, and oral argument by Michael D. Rosenberg. For the plaintiff-respondent, the cause was argued by Christine A. Remington, assistant attorney general, with whom on the brief was Brad D. Schimel, attorney general. Plaintiff-Respondent: State of Wisconsin. Defendant-Appellant: Eric L. Loomis. Judge: Ann Walsh Bradley, jul. 13, 2016.
- FELER, Alan Matías. Soft Law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas. *Lecciones y Ensayos*, n. 95, p. 281-303, 2015.
- FINOL-ROMERO, Lorayne. *Derecho a la transparencia: ¿es suficiente una ley?*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2023.
- FINOL-ROMERO, Lorayne. Paradoja datos abiertos-privacidad como preámbulo de la política de acceso abierto impulsada desde universidades. *Revista Gobierno y Administración Pública*, v. 5, n. 5, p. 40-64, 2023.
- FINOL-ROMERO, Lorayne; CHACÍN FUENMAYOR, Ronald. La transparencia de la función pública en el derecho constitucional latino-americano. *Revista de Derecho Internacional*, v. 19, n. 3, p. 288-311, 2022.
- FLORIDI, Luciano. The end of an era: from self-regulation to hard law for the digital industry. *Philosophy and Technology*, v. 34, p. 619-622, 2021.
- FLORIDI, Luciano. The European Legislation on AI: a brief analysis of its philosophical approach. *Philosophy and Technology*, v. 34, p. 215-222, 2021.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.
- GAMERO-CASADO, Eduardo. Sistemas automatizados de toma de decisiones en el Derecho Administrativo Español. *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 63, p. 1-35, 2023.
- GARRIDO, Romina; COTORAS, Dusan. *Informe piloto de la elaboración de la instrucción general sobre transparencia algorítmica*. Santiago: GobLab UAI/ BID Lab, 2023. Disponible en: <https://bit.ly/41PLTSo>. Acceso en: 7 ene. 2024.
- GIEST, Sarah; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephen. Introduction to special issue algorithmic transparency in government: towards a multi-level perspective. *Information Polity*, v. 25, n. 1, p. 409-417, 2020.
- GOODMAN, Bryce; FLAXMAN, Seth. European Union regulations on algorithmic decision making and a “Right to Explanation”. *AI Magazine*, v. 38, n. 3, p. 50-57, 2017.
- GREGORIO, Giovanni de. The rise of digital constitutionalism in the European Union. *International Journal of Constitutional Law*, v. 19, n. 1, p. 41-70, 2021.
- GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan. Explaining why the computer says no: algorithmic transparency affects the perceived trustworthiness of automated decision-making. *Public Administration Review*, v. 83, n. 2, p. 241-262, 2023.
- GUERRA, Amina Welten. The attributes of a legal norm and its relation to the traditional production model of international law: a debate on soft law. *Revista de Derecho Internacional*, v. 20, n. 2, p. 177-193, 2023.
- LI, Fei-Fei; ETCHEMENDY, Jhon. Iniciativa de IA centrada en el ser humano de Stanford. *HAI Stanford University*, 18 oct. 2018. Disponible en: <https://hai.stanford.edu/news/introducing-stanfords-human-centered-ai-initiative>. Acceso en: 7 ene. 2024.
- MALGIERI, Gianclaudio. Automated decision-making in the EU member states: the right to explanation and other ‘suitable safeguards’ for algorithmic decisions in the eu national legislations. *Computer Law & Security Review*, 2018. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3233611. Acceso en: 7 ene. 2024.
- MANTELERO, Alessandro. *Beyond data: human rights, ethical and social impact assessment in AI*. Haya: T.M.C. Asser Press; Springer, 2022. (Information Technology and Law Series, n. 36).
- MARGETTS, Helen; DOROBANTU, Charlotte. Rethinking government with AI. *Nature*, n. 568, p. 163-165, 2019.

- MARTÍN-DELGADO, Isaac. Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada. *Revista de Administración Pública*, n. 180, p. 353-386, 2009.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Peligrosidad, algoritmos y due process: el caso State vs. Loomis. *Revista De Derecho Penal y Criminología*, v. 3, n. 20, p. 485-502, 2018.
- MCCARTHY, John *et al.* A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on artificial intelligence. *AI Magazine*, v. 7, n. 4, p. 12-14, 2016.
- MEIJER, Albert; GRIMMELIKHUIJSEN, Sonia. Responsible and accountable algorithmization: the algorithmic society. In: SCHUILENBURG, Marc; PEETERS, Rik. (ed.). *The Algorithmic Society*. London: Routledge, 2020. p. 53-66.
- MEIJER, Albert; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan. Responsible and accountable algorithmization: how to generate citizen trust in governmental usage of algorithms. In: SCHUILENBURG, Marc; PEETERS, Rik. (ed.). *The Algorithmic Society*. London: Routledge, 2020.
- MIRANZO, Javier. *Inteligencia artificial y derecho administrativo*. Madrid: Editorial Tecnos, 2023.
- MÖKANDER, Jakob *et al.* The US Algorithmic Accountability Act of 2022 vs. The EU Artificial Intelligence Act: what can they learn from each other?. *Minds and Machines*, v. 32, p. 751-758, 2022.
- MUÑOZ-GUTIÉRREZ, Catherine. La discriminación en una sociedad automatizada: contribuciones desde América Latina. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, v. 10, n. 1, p. 271-307, 2021.
- NOAH, Harari Yuval. Reboot for the AI revolution. *Nature*, v. 550, p. 324-327, 2017.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Cuarenta y dos países adoptan los Principios de la OCDE sobre Inteligencia Artificial*. [2019]. Disponible em: <https://bit.ly/3NUmZeE>. Acceso en: 20 nov. 2021.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*. 2019. Disponible em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Acceso en: 17 nov. 2023.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO). *Recomendación sobre la Ciencia Abierta*. Paris: Unesco, 2021.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO). *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*. Paris: Unesco, 2021. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_spa. Acceso en: 17 nov. 2023.
- ORTIZ DE ZÁRATE, Lucía. Explicabilidad (de la inteligencia artificial). *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 22, p. 328-344, 2022.
- PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.
- PENTLAND, Alex. The data-driven society. *Scientific American*, v. 309, n. 4, p. 78-83, 2013.
- REINO UNIDO. *Algorithmic Transparency Standard de 2021 UK Algorithmic: Transparency Recording Standard (ATRS)*. 2023. Disponible em: <https://bit.ly/45txQIN>. Acceso en: 17 nov. 2023.
- REYES-OLMEDO, Patricia. Estándares técnico-jurídicos de gestión para servicios digitales de información legislativa. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, v. 6, n. 2, p. 57-95, 2017.
- RIVERA-EISENMANN, Mauricio. Transparencia e inteligencia artificial: una nueva perspectiva. *Encrucijada: Revista Electrónica Del Centro De Estudios En Administración Pública*, n. 37, p. 60-71, 2021.
- SORIANO-ARNANZ, Alba. Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas más allá de la protección de datos. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 3, p. 85-127, 2021.
- THE GODFATHER of A.I: Leaves Google and Warns of Danger Ahead. *New York Times*, 30 jun. 2023. Disponible en: <https://bit.ly/3ZTkWMB>. Acceso en: 30 nov. 2023.
- TROITINO, David Ramiro; KERIKMÄE, Tanel. El mercado de la Unión Europea, de analógico a digital: retos para su interacción y disfrute en el marco latinoamericano. *Revista de Direito Internacional*, v. 20, n. 2, p. 40-49, 2023.

UNIÓN EUROPEA. Comisión Europea. Grupo Independiente de Expertos de Alto nivel sobre Inteligencia Artificial. *Directrices éticas para una IA fiable*. Bruselas, 2019.

UNIÓN EUROPEA. Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019. Relativa a la reutilización de la información del sector público. *Diario Oficial de la Unión Europea*, n. 172, p. 56-78.

UNIÓN EUROPEA. European Parliament. *Artificial intelligence Act of European Union*. Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)). Strasbourg: 14 jun. 2023.

UNIÓN EUROPEA. *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*. Bruselas, 19 feb. 2020.

UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo. *Ley de IA de la UE: primera normativa sobre inteligencia artificial del Parlamento Europeo*. 2023. Disponible em: <https://bit.ly/3RRDE57>. Acceso en: 17 nov. 2023.

UNIÓN EUROPEA. *Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022*. Relativo a la Gobernanza de Datos (Reglamento de Gobernanza de Datos).

UNIÓN EUROPEA. *Turning FAIR Into Reality: Final Report/Action Plan From the Commission FAIR Data Expert Group*. Brussels: European Commission Directorate General for Research and Innovation, 2018. Disponible em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/turning_fair_into_reality_1.pdf. Acceso en: 17 nov. 2023.

VALLE-CRUZ, David; PLATA-CESAR, Nely; GONZÁLEZ-RUÍZ, Leonardo. *Handbook of research on applied artificial intelligence and robotics for government processes*. [S.l.]: IGI Global, 2022.

VESTRI, Gabriele. La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica: una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 56, p. 368-398, 2021.

WHITE, James; LIDSKOG, Rolf. La ignorancia y la regulación de la inteligencia artificial. *Journal of Risk Research*, v. 25, n. 4, p. 488-500, 2022.

WIERINGA, Maranke. Hey SyRI, tell me about algorithmic accountability: lessons from a landmark case. *Data & Policy*, v. 5, n. 2, p. 1-24, 2023.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Legal Implications of Artificial
Intelligence in Outer Space
Activities and Explorations**

**Implicações jurídicas da
inteligência artificial nas
atividades e explorações do
espaço exterior**

Ivneet Kaur Walia

VOLUME 21 • N. 1 • 2024
INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: 25 YEARS

Legal Implications of Artificial Intelligence in Outer Space Activities and Explorations*

Implicações jurídicas da inteligência artificial nas atividades e explorações do espaço exterior

Ivneet Kaur Walia **

Abstract

Outer space is an expansive domain that is majorly unexplored and uncertain. Gagrian and Armstrong have ushered an era of humans interacting with space. The space activities are always appended with certain degrees of risk and damage, whether it's a case of placement of space modules, extraction of resources from moon or launch of space objects. The space agencies may resort to autonomous technologies without leaving them unguarded as a possible solution to hurdles faced by space industry. To reduce fallacies and errors, the space programmers are effectively absorbing the Artificial Intelligence techniques and methods into the system. The symbiotic interaction between humans and machines give rise to various legal and ethical implications including liability issues and privacy infringements. Not to forget the untraveled trails of missions to mars and moon are now easily trodden by rovers and robots driven by artificial intelligence. The paper makes a modest attempt to explain how the technology must be deployed to make for an optimum use, keeping in mind the sustainable measures. The technologies evolving over a period of time must aim towards achieving the Sustainable Development Goal. A discussion on artificial intelligence and its interaction with outer space requires legal comprehension on issues that may arise over a period of time. The paper emphasis on retaining the fundamental foundation of fairness and accountability in the times of technological advancements. This paper employs a qualitative doctrinal legal research methodology, utilizing a combination of primary and secondary sources. The research involves a comprehensive analysis of international space law treaties, emerging national and international AI regulations, academic literature, and case studies related to the intersection of AI and space law. The methodological approach includes: (1) Systematic review of relevant legal documents and scholarly articles; (2) Comparative analysis of existing space law frameworks and emerging AI governance models; (3) Legal interpretation of treaty provisions in the context of AI applications in space; and (4) Synthesis of findings to identify key legal challenges and potential regulatory solutions. While specific hypotheses are not tested in this conceptual legal analysis, the paper aims to explore the following research questions: (1) How do existing international space law frameworks apply to AI-driven space activities? (2) What are the key legal and ethical implications of integrating AI into space operations? (3) What regulatory approaches can effectively address the unique challenges posed by AI in outer space?

* Recebido em 06/05/2024
Aprovado em 12/09/2024

** Associate Professor of Law Rajiv Gandhi National University of Law, India Post Doc Fellow, South Ural State University, Russia.
E-mail: ivneetwalia@rgnul.ac.in

Keywords: artificial intelligence; outer space; privacy; international law; technology.

Resumo

O espaço exterior é um domínio vasto, em grande parte inexplorado e incerto. Gagrán e Armstrong deram início a uma era de interação do homem com o espaço. As atividades espaciais estão sempre associadas a um certo grau de risco e de danos, caso se tratem da colocação de módulos espaciais, da extração de recursos da Lua ou do lançamento de objetos espaciais. As agências espaciais podem recorrer a tecnologias autônomas sem as deixarem desprotegidas como uma possível solução para os obstáculos enfrentados pela indústria espacial. Para reduzir as falácias e os erros, os programadores espaciais estão a absorver eficazmente as técnicas e os métodos da Inteligência Artificial no sistema. A interação simbiótica entre humanos e máquinas dá origem a várias implicações legais e éticas, incluindo questões de responsabilidade e violações da privacidade. Não esquecer que os trilhos não percorridos das missões a Marte e à Lua são agora facilmente percorridos por rovers e robots conduzidos por inteligência artificial. O documento faz uma tentativa modesta de explicar como a tecnologia deve ser utilizada para otimizar a sua utilização, tendo em conta as medidas sustentáveis. As tecnologias que evoluem ao longo do tempo devem visar a realização do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável. Um debate sobre a inteligência artificial e a sua interação com o espaço exterior exige uma compreensão jurídica das questões que podem surgir ao longo do tempo. O documento coloca a tónica na manutenção da base fundamental da justiça e da responsabilidade em tempos de avanços tecnológicos. O presente documento utiliza uma metodologia de investigação jurídica doutrinária qualitativa, recorrendo a uma combinação de fontes primárias e secundárias. A investigação envolve uma análise abrangente dos tratados internacionais de direito espacial, dos regulamentos nacionais e internacionais emergentes em matéria de IA, da literatura académica e dos estudos de caso relacionados com a intersecção da IA e do direito espacial. A abordagem metodológica inclui: (1) Revisão sistemática de documentos jurídicos e artigos académicos relevantes; (2) Análise comparativa dos quadros jurídicos espaciais existentes e dos modelos emergentes de governação da IA; (3) Interpretação

jurídica das disposições dos tratados no contexto das aplicações da IA no espaço; e (4) Síntese das conclusões para identificar os principais desafios jurídicos e potenciais soluções regulamentares. Embora não sejam testadas hipóteses específicas nesta análise jurídica conceptual, o documento visa explorar as seguintes questões de investigação: (1) Como é que os quadros de direito espacial internacional existentes se aplicam às atividades espaciais impulsionadas pela IA? (2) Quais são as principais implicações legais e éticas da integração da IA nas operações espaciais? (3) Quais abordagens regulamentares que podem efetivamente responder aos desafios únicos colocados pela IA no espaço exterior?

Palavras-chave: inteligência artificial; espaço exterior; privacidade; direito internacional; tecnologia.

1 Introduction

The development related to artificial intelligence (AI) is being propelled on everyday basis due to advancement in technology. Artificial intelligence can assure fulfillment of aims and objectives of space exploration. Artificial intelligence's convergence in space exploration programs can lead to evolution of 'intelligent Space Objects'. The debates related to human standards and robotic standards is ongoing, when it comes to resolving legal, technological, social, political and ethical implications.¹ The legal issues will be a cocktail of matters concerning interactivity, complexity, autonomy, opacity, confidentiality, predictability, data dependence and weakness of machines that pretend to be smarter than elite class of sapiens. The intrusion of the artificial intelligence into space activities is at its nascent stage but complicated in every form. The matters of Artificial intelligence entwined with space activities can lead to contestable propositions under international space law, matters of privacy and data protection etc. The involvement of Artificial intelligence at this stage may be novice but its gradual dependence is certainly drawing a trajectory towards disruption of the space activities. Even on specifying the initial algorithmic imprints the output can still be unpredictable. These legal aspects give rise to the question of liability of an Artificial In-

¹ STERN, Simon. Introduction: artificial intelligence, technology and the law. *The University of Toronto Law Journal*, p. 1-11, 2018.

telligence machine or of a human enabled by Artificial intelligence to perform such a function.²

Artificial intelligence is composed of various tools for instance, machine learning, deep learning, deep neural networks etc. which assist in debris removal missions, resource exploration programmes, management of satellites etc. The machine learning characteristic enables a machine to automatically analyze the information and learn from previously fed data with the capability of making improvements without external involvements or programming requirements. Looking at the present situation, it is pertinent to mention that international space law must equip itself with an exhaustive legal framework which can deal with apprehended situations triggered by use of Artificial Intelligence. A complete legal policy will not only help us in providing a concept of AI in space activities but also help in identifying areas where the AI can be best put to use along with minimizing the risk or the legal violations caused by it.³ It would be interesting to note that whether the AI machines can be guaranteed same set of standards to follow, assuring principle of equality and equal protection of laws so as to ensure substantive safeguards.⁴

2 Notion of Artificial Intelligence as a 'Legal Person'

Recognition of an AI as a legal personality would possibly resolve the liability issues, as it would help in defining 'Artificial Intelligence' specifically and also assist in evaluation of risk and impact assessments. The moment we accept the existence of an artificial mind capable of making autonomous decisions and intentional actions, we move a step closer to accepting it as a legal person. Bestowing legal personality on an AI entity is due to certain considerations, such as, determining legal responsibility or liability on occurrence of a damage or a legal consequence as a result of artificial intelligen-

² BUCHANAN, Bruce G.; HEADRICK, Thomas E. Some speculation about artificial intelligence and legal reasoning. *Stanford Law Review*, p. 40-62, 1970.

³ ABASHIDZE, Aslan K.; ILYASHEVICH, Marianna; LATYPOVA, Aysylu. Artificial intelligence and space law. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, v. 25, n. 3S, 2022. Available at: <https://www.abacademies.org/articles/artificial-intelligence-and-space-law-14535.html>. Access in: 8 june 2023.

⁴ GREIMAN, V. A. Human Rights and Artificial Intelligence. *Journal of Information Warfare*, p. 50-62, 2021.

ce involvement, benefits that can be derived on claiming certain intellectual property rights. Another reason for giving recognition to an AI entity is the level of autonomy attained by the artificial intelligence being in terms of decision making like humans as defined by the Turing Test. The argument has been reiterated in the recommendations provided by European Parliament in one of its Resolution on Civil Law Rules on Robotics, wherein the Commission has stated that a legal status of being an electronic person be given to robots to determine the damage they may cause.⁵

The concept of assigning liability to an object or instrument is not an archaic concept but rather of recent origin, where the debates are ongoing to treat machines as humans, if they develop rationality in terms of decision making. The idea of assigning legal personality to a machine is not well conceived as it is believed that artificial intelligence machine does not take into account the emotions, consciousness or discretion and they obtain the reasonable results based on the data and their decision making can never be equated to rationality of human mind.⁶

3 Involvement, Interaction and Impact of Artificial Intelligence in Space Activities

The artificial intelligence machines are being slowly injected into the space related activities. The advantages or the threats are not yet effectively realized. The gradual use of Artificial intelligence machines in various missions is indicative towards the upcoming dependance and usage of highly cognitive machines infused with superintelligence. There are certain examples where the artificial intelligence has already made its place, viz., the remote sensing satellites (like, Copernicus and Smart Sat) which are always in dire need of competent and efficient data processing mechanisms. The abundant data collected from the space is filtered using artificial intelligence, to transmit the relevant data sets to the

⁵ ALARIE, Benjamin; NIBLETT, Anthony; YOON, Albert H. How artificial intelligence will affect the practice of law. *The University of Toronto Law Journal*, p. 106-124, 2018.

⁶ CARY, G. Debessonet; CROSS, George R. An artificial intelligence application in the law: CCLIPS, a computer program that processes legal information. *High Technology Law Journal*, p. 329-409, 1986.

ground station making it time and cost effective for further assessment and analysis. The data obtained from the satellites is of immense use to the residents of the planet earth, for example the giant oil corporations monitor by way of imaging the positions for setting the oil plants or detecting leakages from oil pipelines which would otherwise be an arduous task.

The next example is of use of AI tools by SpaceX, wherein the Artificial Intelligence is used for taking corrective measures, repairing space station for any malfunction or equipment failure, helping crew with systematizing and collection information (Crew Interactive Mobile Companion assisted robots) and also in some cases provide guidance for preventing space collisions (European Space Agency's mission ClearSpace-1).⁷ Another example is of SpaceX's Starlink satellite constellation that is equipped with Artificial intelligence powered collision avoidance system. This one was developed after the incident of narrow escape of collision between SpaceX and One Web satellites. This kind of system avoids collision between constellation satellites by regularly monitoring their positioning and their surroundings as well. Other than these, there are examples where the Artificial Intelligence machines are assisting in monitoring plane traffic or provide services like Global Navigation Satellite System which supports navigation mechanic in self driven cars, maritime engagements, drones etc.⁸

The cognitive technologies are contributing towards making communication networks more effective, productive and sustainable for the outer space missions. A cognitive radio assist in mitigating the effects of electromagnetic radiations emitted by the Sun and other celestial bodies that causes disruption of communication signals for example during a mars mission, it took 24 minutes for the rover to transmit and communicate with ground station for purpose of decision taking which resulted in major loss of information. By developing the cognitive abilities of the space robots, the engineers are

enabling the space robots to take autonomous decisions and take charge of certain on-board managements like power consumption reducing the involvement of humans.⁹

4 Future use of Artificial Intelligence in Space Activities

Till now, the artificial intelligence's use in space activities has been assessed to be constructive and influential to provide a definite shape to the future space activities. The latest synchronization and revolution that has been brought up because of development of large service constellation satellites, its launch in lower earth orbit and communication between them is all possible because of AI endurance. The launch of these service constellations in lower earth orbit can be advantageous to various corporations, which provide high internet services and generates the Internet of Things (IoT). Although, introduction of these constellation satellites can be fruitful and make the systems efficient but what we must fear is the congestion or traffic in the Lower Earth Orbit. To ensure the autonomous movements of these satellites an AI driven Space Traffic Management will have to be put in place, which will make adjustments as per altitude and traffic in orbit. The convergence of advanced technologies with space exploration will turn out beneficial only if it is utilized for the advantage of all.¹⁰

Presently, the dominance and prevalence of artificial intelligence can be seen in applications related to data and image processing for sensing concentration of carbon dioxide emissions or monitoring climate change across globe. The satellite imaging can help in identification of methane and carbon dioxide emissions or forest fires which contributes not only towards climate change majorly but also impact the health industry and reconstruction expenditure. The challenge pertaining to such automations and involvement of artificial intelligence in the outer space is the propelling force of determining and enforcing a 'meaningful human control' over the third-order technologies. This concept is valuable in terms of striking a rational decisive balance between

⁷ ABASHIDZE, Aslan K.; ILYASHEVICH, Marianna; LATYPOVA, Aysylu. Artificial intelligence and space law. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, v. 25, n. 3S, 2022. Available at: <https://www.abacademies.org/articles/artificial-intelligence-and-space-law-14535.html>. Access in: 8 june 2023.

⁸ PAGALLO, Ugo; BASSI, Eleonora; DURANTE, Massimo. The normative challenges of AI in outer space: law, ethics, and the realignment of terrestrial standards. *Philosophy & Technology*, v. 36, n. 23, p. 1-23, 2023. Available at: <https://link.springer.com/article/10.1007/s13347-023-00626-7>. Access in: 8 june 2023.

⁹ Available at: http://asljournal.org/journals/2019-3/ASL_vol_3_SorokaKurkova.pdf. Access in: 7 june 2023.

¹⁰ Available at: <https://hightechjournal.org/index.php/HIJ/article/view/360/pdf>. Access in: 8 june 2023.

human control and AI autonomy. By striking a proper balance we can increase the social acceptability of the usage of such technologies to reduce distance, efforts, costs and faults in space activities.¹¹ The question of focus is to check admissibility of governance of Artificial Intelligence in space activities and explorations.¹²

As the crew stays in outer space for longer durations, they are exposed to different set of risk and exposure such as ionizing radiation, extreme temperatures, micro-gravity etc. The concern has been raised many a times that beyond the Low Earth Orbit, the supply of medical equipment's, restocking, delayed communication with base stations aggravates the health hazards of the members of the crew. Various experiments were carried on Crew members of International Space Station such as project Cardinal Heart 2.0, wherein the drugs injected reduce the changes caused by microgravity in the heart cells. Initiatives have been taken by NASA to bringing together a cohort of biologists, AI and Machine learning experts to use artificial intelligence technologies for enabling space research. The upcoming research on biomonitoring and self-driving laboratories in deep space and initiatives supported by artificial intelligence that may require regulation in the coming times within both legal and ethical constraints.¹³

5 Provisions under International Space Law

Space law is a broad category of law that governs and regulates the outer space activities and usage of corresponding technologies related to space projects, satellite dealings, deep-space communications, space stations managements and other infrastructure equipment requirements etc. The sources of space law traditionally fall back on international outer space treaties which talks about principles that govern the activities of

the nation states in matters of exploration and use of outer space inclusive of moon and other celestial objects. To substantiate the principles and directions given in the outer space treaty, the United Nations provides three agreements viz., The Rescue Agreement, 1968, The liability Convention 1972 and the Registration Convention, 1976.¹⁴

Although, it has come to notice that many a times issues and concerns regarding use of Artificial Intelligence machines to process satellite images have been raised before the Committee on Space but nothing has been figured out either in the Report of the Committee on the Peaceful uses of Outer Space (2018) or in any of meetings of the committee. Although, the discussion is taking place at global level but certain initiatives by States at national level require a humble mention. Some of these initiatives include, Executive Order 13859, which discusses, 'Maintaining American Leadership in Artificial Intelligence', Luxembourg's Law on exploration and use of space resources, Order of the Russia, 'On Approval of the Concept for the development of regulation of relations in the field of artificial intelligence and robotics technologies for the period up to 2024', Germany's law on protection against the security risks due to the dissemination of high grade earth remote sensing data, 2007, etc. Also, the European Space Agency has come out with report on 'Robots in Space' and 'What is Space 4.0' to evaluate the benefits and limitations of use of Artificial intelligence in outer space activities. The law and technology philosophies refer to this as 'Third-order technologies', where the machines interact without human involvement. These kinds of initiatives can boost the inclusion of Artificial intelligence in the space industry but can also result in overpowering individual interests of the State. What the world is being monitored by at present is the, set of substantial norms laid down in the outer space treaties which refers to basic ethics of using outer space for instance, using outer space for benefit of all, responsibility of States for its national activities etc. The world needs to be monitored by an advanced set of legal provisions that are capable of understanding the concept and characteristics of Artificial Intelligence and by showcasing

¹¹ PAGALLO, Ugo; BASSI, Eleonora; DURANTE, Massimo. The normative challenges of AI in outer space: law, ethics, and the realignment of terrestrial standards. *Philosophy & Technology*, v. 36, n. 23, p. 1-23, 2023. Available at: <https://link.springer.com/article/10.1007/s13347-023-00626-7>. Access in: 8 June 2023.

¹² MARTIN, Anne Sophie; FREELAND, Steven. The advent of artificial intelligence in space activities: new legal challenges. *Space Policy*, 2021. Available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0265964620300503>. Access in: 7 June 2023.

¹³ Available at: <https://www.nature.com/articles/s42256-023-00643-3>. Access in: 7 June 2023.

¹⁴ PAGALLO, Ugo; BASSI, Eleonora; DURANTE, Massimo. The normative challenges of AI in outer space: law, ethics, and the realignment of terrestrial standards. *Philosophy & Technology*, v. 36, n. 23, p. 1-23, 2023. Available at: <https://link.springer.com/article/10.1007/s13347-023-00626-7>. Access in: 8 June 2023.

its answerability in areas such as intellectual property violations, cybersecurity issues, data protection and privacy related matters, global security and responsibility, liability etc.¹⁵

6 Notion of Liability

The issue related to ‘liability’ is of paramount importance as the legal process and its framework cannot be initiated without knowing the ‘wrongdoer’. The Outer Space Treaty of 1967 provides for responsibility of States for a wrongful or damaging act. The provisions of the Outer Space Treaty are further substantiated and clarified by the Liability Convention of 1972, imposing the international responsibility on the launching State which means that the responsibility lies with the State that launches a project into space or is responsible for damage caused by space object of the nation in space, on earth or to an aircraft in flight. The liability will be determined with respect to the place of damage. A bare reading of the international space instruments indicates that only the States can be made liable and the responsibility of the non-state factors is not discussed.¹⁶

The damage caused because of Artificial intelligence or any other automated machine has yet not been discussed. A legal jurisprudence for the machines needs to be developed and assessed. Making machines responsible for damage would require assessment of ‘fault’, which will become a challenging task, as determining the fault requires obedience to certain ‘due care standards’, which is difficult to ascertain in case of a machine. The extent of Artificial Intelligence involvement will be required to check the level of AI’s participation, decision making or data processing in causing the damage. One may say that the general rule is that the launching State will be responsible so it is obvious to understand that if damage is caused by Artificial intelligence tool, the State launching the AI tool be made responsible.

¹⁵ PAGALLO, Ugo; BASSI, Eleonora; DURANTE, Massimo. The normative challenges of AI in outer space: law, ethics, and the realignment of terrestrial standards. *Philosophy & Technology*, v. 36, n. 23, p. 1-23, 2023. Available at: <https://link.springer.com/article/10.1007/s13347-023-00626-7>. Access in: 8 June 2023.

¹⁶ PAGALLO, Ugo; BASSI, Eleonora; DURANTE, Massimo. The normative challenges of AI in outer space: law, ethics, and the realignment of terrestrial standards. *Philosophy & Technology*, v. 36, n. 23, p. 1-23, 2023. Available at: <https://link.springer.com/article/10.1007/s13347-023-00626-7>. Access in: 8 June 2023.

A clarification here by citing a provision can help us bring more clarity to the issue. Referring to Article II of the Liability Convention, in the event ‘*a launching State establishes that the damage has resulted either wholly or partially from gross negligence or from an act or omission done with intent to cause damage on the part of a claimant State or of natural or juridical persons it represents*’. This above stated provision raises eyebrows on two aspects, the first one on deciding the legal personality of a machine and second one that talks about the mental element or the intention. It is also pertinent to mention that the damage or the occurrence may be due to automated response of Artificial Intelligence tool or algorithm, something that was unassessed or unpredicted by the launching State. The artificial intelligence autonomy becomes a key element for newer controversies and complications of the third-order technologies, where the machine can augment, displace and replace the decision making of the humans by depending on available data without any external stimulus.¹⁷

7 Notion of ‘Space Object’

An additional subject matter is considering if artificial intelligence should be considered as a ‘space object’ and should be registered alike physical objects despite lacking physical characteristics. The Liability Convention is not certain about application of artificial intelligence. The definition of ‘launching State’ and ‘Space object’ would need a stricter scrutiny and analysis. As per the liability convention, the definition of ‘space object’ includes component parts of a space object along with its launch vehicle or any other parts. Component parts as such is not clearly defined leaving behind an ambiguity. But, going by the reference to dictionaries, a component part indicates towards ‘something that cannot be removed without causing substantial to itself or to immovable property it is attached therewith’. This brings in an interesting proposition that Artificial Intelligence space objects that could not be removed without substantial damage would be considered as space objects for purpose of liability convention and thus attaches liability to the State, that procures the launching of AI aboard

¹⁷ PAGALLO, Ugo; BASSI, Eleonora; DURANTE, Massimo. *The Legal Challenges of AI in Outer Space and the Realignment of Terrestrial Standards*. 2022. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4258313. Access in: 6 June 2023.

along with other State¹⁸. The question here is will the States agree to share the responsibility or joint liability for a poor AI enabled system procured from another nation. An AI is not a physical component but rather a composition of algorithms or coded programmes and making every man-made object sent into space as space object would demand clarifications about the concept in the future. The ambiguity of terms raises concerns when agreeing upon licensing or contractual terms.¹⁹

Moreover, the Convention does provide for a dispute resolution mechanism, but in certain situations there may be a dilemma in determining whether the State party is responsible for the ‘fault’ and whether the damages so incurred and calculated are inclusive of indirect damages. The precedents indicate that the contractual or tortious liability issues pertaining to space laws have mostly been resolved by means of arbitration by the Permanent Court of Arbitration which follows the UN-CITRAL arbitration rules 1976 or the ‘Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Outer Space Activities’.²⁰

8 Notion of Data Privacy and Human Rights

When we talk about the interface of data privacy and human rights issues we intend to talk about the excessive interference and manipulation of data by these technologies intruding into personal spaces, being discriminative etc. The above stated issue raises to major concerns firstly, protection of personal data and ensuring confidentiality secondly, retention and storage of

¹⁸ GRAHAM, Thomas; THANGAVEL, Kathiravan; MARTIN, Anne Sophie. *New Challenges for International Space Law: Artificial Intelligence and Liability*. 2023. Available at: https://www.researchgate.net/publication/369201650_New_Challenges_for_International_Space_Law_Artificial_Intelligence_and_Liability. Access in: 6 june 2023.

¹⁹ GRAHAM, Thomas; THANGAVEL, Kathiravan; MARTIN, Anne Sophie. *New Challenges for International Space Law: Artificial Intelligence and Liability*. 2023. Available at: https://www.researchgate.net/publication/369201650_New_Challenges_for_International_Space_Law_Artificial_Intelligence_and_Liability. Access in: 6 june 2023.

²⁰ PAGALLO, Ugo; BASSI, Eleonora; DURANTE, Massimo. The normative challenges of AI in outer space: law, ethics, and the realignment of terrestrial standards. *Philosophy & Technology*, v. 36, n. 23, p. 1-23, 2023. Available at: <https://link.springer.com/article/10.1007/s13347-023-00626-7>. Access in: 6 june 2023.

data so collected during the process. These two concerns become important because of lack of access rights, deletion and erasure of data, issues related to tracking and de-anonymizing data etc. The most relevant document that talks about the ‘personal data’ and the subject concerned is General Data Protection Regulation (GDPR) which includes information collected from space observations as a form of personal data in relation to an identified or identifiable person (including the location of that person). The earth observations so quoted refers to analyzes using facial recognition technologies and information gathered from security cameras etc., which may be violative of confidentiality rights. Other than the provision of GDPR, the Council of Europe’s Convention for the Protection of individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data provides the acceptable range of use of facial recognition. Another important Article 22 of the Regulation provides that data subject possesses the right to be not subjected to any decision made by automated process on sole basis, including profiling, which produces legal effects impacting him/her.²¹

9 Need for International Legal Framework Converging Artificial Intelligence into Space Activities

While formulating an extensive legal framework for use of advanced technologies in space activities, certain standards and norms must be established which will assist both courts and policymakers to evaluate the impact caused by the risks of technology. We may be confining our thoughts on liabilities under space laws but the domain can stretch to rise in liabilities under tort law, criminal law, administrative law etc. The task won’t be accomplished by simply determining the fault and ascertaining the damages, the proper procedure and process needs to be carved for execution of the orders. The legal framework that we aim to build in the near future must firstly, be universal in nature in order to leave an impact, irrespective of advancements in technology and secondly, the framework must be flexi-

²¹ PAGALLO, Ugo; BASSI, Eleonora; DURANTE, Massimo. The normative challenges of AI in outer space: law, ethics, and the realignment of terrestrial standards. *Philosophy & Technology*, v. 36, n. 23, p. 1-23, 2023. Available at: <https://link.springer.com/article/10.1007/s13347-023-00626-7>. Access in: 8 june 2023.

ble and adjustable to cope up with intense changes in information and communication technologies. There are certain observations which can be considered when resorting to resolve issues concerning artificial intelligence for instance, the first principle to follow is that we need to solve issues as they come, which means if there is no problem or complication there is no requirement to regulate it, which in simple terms can be referred to as a ‘non-interactive approach’ as it is believed that normative interventions can act as a blockage to upcoming inventions. The second principle is ‘proactive’, where we believe that certain rules and norms must be in place before the problem occurs, we should be equipped with pre-emptive norms to tackle it.²²

It is important to understand before dealing with the law that artificial intelligence is now a part of both spacecraft applications and space operations and missions which have opened up a completely new horizon promoting new startups like space hotels (as announced by Cable News Network, to be opened by 2025), space tourism, privatization of space, mass space explorations giving a shout out to principles of democratizing the outer space. The abovementioned situations open the window to apprehending a set of contractual claims, tortious issues impacting rights. Although, artificial intelligence ensures physical and cyber security to space assets and properties but one must also not undermine the threats of cyberattacks and failures of cybersecurity measures.²³

There are different ways and means of rearranging and realigning the legal standards when it comes to regulating role of AI in outer space activities, firstly, Sui Generis standard, there are arguments and debates on having stricter standards for the robots than the humans. Space law encompasses varied security and safety standards for every space program for example the European Cooperation for Space Standardization, European Space Agency’s specification standards etc. When it comes to artificial intelligence, new standards must be developed keeping in mind the cyber-attack analysis, cybersecurity initiatives and also by considering the

²² RUSSO, Antonio; LAX, Gianluca. *Using artificial intelligence for space challenges: a survey*. 2022. Available at: <https://www.mdpi.com/2076-3417/12/10/5106>. Access in: 7 june 2023.

²³ PAGALLO, Ugo; BASSI, Eleonora; DURANTE, Massimo. The normative challenges of AI in outer space: law, ethics, and the realignment of terrestrial standards. *Philosophy & Technology*, v. 36, n. 23, p. 1-23, 2023. Available at: <https://link.springer.com/article/10.1007/s13347-023-00626-7>. Access in: 8 june 2023.

complicated infrastructure of the machine learning models. Secondly, the soft and stricter standards may be considered, the soft standards in terms of humanoids or social robots who company the astronauts in difficult terrains and stricter standards of legal protection for deployment of autonomous vehicles as compared to humans. The stricter standards are necessity in times of privatization which can be adopted to raise standards of duty of care, compensation ways, presumptions etc. Contesting for stricter standard does not mean that every robotic standard or human robot interaction standard in outer space should be kept strict but sui generis standards in terms of maintaining privacy and data protection could be retained.²⁴

10 A bottom-up approach for regulating AI based Space Activities

It requires a global consensus and action to build a community accepting common norms and responsibilities. Nations scrutinizing, analyzing and criticizing the unavailability of the artificial intelligence norms for space related activities and explorations must come forward to cooperate and collaborate in drafting legislations, guidelines or norms binding the nations actively engaged in space industry. The non-state actors must also be given an equal standing looking at their participation in blooming space industry. Initially, there may be trouble in drafting an exhaustive law so as an initial step to begin with, States may engage in drawing guidelines and standards for artificial intelligence regulation. The approach is called the bottom-up approach as the acceptance would start from referring to non-binding documents and slowly rising to a stature of acceptable legal norms seeking commitment from all. Thus, the movement has to be upwards from drafting guidelines like, ‘Guidelines for Automated Activities in Space’ to actual formulation of substantive legal rules. These guidelines must encourage the Nations to opt for best practices for artificial intelligence governance. Regulatory requirements may include certification,

²⁴ PAGALLO, Ugo; BASSI, Eleonora; DURANTE, Massimo. The normative challenges of AI in outer space: law, ethics, and the realignment of terrestrial standards. *Philosophy & Technology*, v. 36, n. 23, p. 1-23, 2023. Available at: <https://link.springer.com/article/10.1007/s13347-023-00626-7>. Access in: 8 june 2023.

licensing, documentation of protocols etc. Another important factor that can be considered as a part of the AI governance could be the Artificial Intelligence Impact Assessment' to demonstrate essential, safe and effective deployment of artificial intelligence. To make it more workable, the insurance companies can come forward to assist if parties readily supply their detailed assessment report and compliance certificates to benefit from insurance schemes in case of liability concerns. The benefit of adopting the bottom-up approach is that by enforcing the technical and regulatory standards, the chances of impact from poorly designed AI or defective AI operating system will be mitigated.²⁵

11 Forthcoming Domestic Discussions and Regulations about Artificial Intelligence

It is believed that the nations retain their control and jurisdiction over the space objects they launch or procure, thus making national laws applicable to them and thus any artificial intelligence related object would also be presumed to be covered by the national laws as well. As the major treaties like Outer Space Treaty provides no details of automated devices, a wide discretion is left with the nations to decide on liability issues. The national laws so crafted by States aim to maintain a balance between interests of private sector and States, assuring protection to public and encouraging innovation. Citing some examples would provide clarity such as the case of European Union proposing to enact Artificial Intelligence Act which aims to regulate artificial intelligence by creating different set of categories defining concepts like minimal risk, no risk etc. The European Union legislation will be impactful for space operations based in the European Union or matters concerning the Earth Observation systems concerning imaging and sensing engaging with data which will be termed as personal data and also as an outcome of the system in place. When one considers managing data, ethics and trust in artificial intelligence become the center point.

²⁵ GRAHAM, Thomas; THANGAVEL, Kathiravan; MARTIN, Anne Sophie. *New Challenges for International Space Law: Artificial Intelligence and Liability*. 2023. Available at: https://www.researchgate.net/publication/369201650_New_Challenges_for_International_Space_Law_Artificial_Intelligence_and_Liability. Access in: 6 June 2023.

Similarly, the United States of America also has plethora of legislations dealing with space concerns but none of them addresses the usage or impact of artificial intelligence. However, as an emerging initiative the State has proposed the Algorithmic Accountability Act which requires corporations to make assessment of automated decision-making systems in terms of impactful biases and productivity. The peculiar feature about the Algorithmic Accountability Act is that the assessment results are gathered both at the beginning and after the deployment of the system. The drawback of this enactment will be that it will be applicable to large companies limiting the protection to individuals. The enactments in regard to technology in United States do not get an instant green flag, but its initiatives like AI Bill of Rights showcase their awareness about the artificial intelligence. In case of Australia again the country doesn't have a law regulating artificial intelligence but it discusses the necessity of reform but for now they depend heavily on laws related to privacy or consumer to tackle the arising legal issues.²⁶

12 Conclusion

The space exploration is no more a playground for the States and their governmental agencies, the private actors have been equally participative in space explorations and travels. The outer space involvements are becoming more technologically complicated and human independent. The introduction of artificial intelligence to the outer space explorations is fruitful when it comes to monitoring the outer space events and launches, providing assistance to astronauts or taking charge of research in areas which are not conducive to humans. We may be benefitting a lot from the advancements and outgrowth of technological use in the outer space industry but such infusion leads to certain legal implications. There are certain findings that can be drawn looking at the prevailing situation such as:²⁷

²⁶ GRAHAM, Thomas; THANGAVEL, Kathiravan; MARTIN, Anne Sophie. *New Challenges for International Space Law: Artificial Intelligence and Liability*. 2023. Available at: https://www.researchgate.net/publication/369201650_New_Challenges_for_International_Space_Law_Artificial_Intelligence_and_Liability. Access in: 6 June 2023.

²⁷ Available at: <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/102a426e/the-commercialisation-of-outer-space>. Access in: 6 June 2023.

- Determining the concept of 'artificial intelligence' and its composition which can help us ascertain the amount of human supervision and control when it comes to decision making and automation.

- Whether artificial intelligence should be considered as a 'space object' and be required to register as any other physical object.

- The artificial intelligence may not follow the general set of rules to be recognized as a legal personality. It is pertinent to identify and recognize its juristic personality to open the doors for liability discussions and shared responsibilities. It calls for revisiting the notions of fault and due diligence standards, duty of care, presumptions and theory related to agency.

- A thought may be given to reinforcing doctrine of strict liability for danger posed by third-order technologies like Artificial Intelligence, which may assist in cases of accidents triggered by AI systems.

- The sovereigns across the globe are adapted to the existing international space instruments which do not cover the use of advanced and disruptive technologies. The States must consider an adequate legal framework or relevant modifications to existing norms to not only consider the liability quotient but also for more unambiguous interpretations. Rather, the nations must build up their domestic legal framework, taking guidance from advanced frameworks available.

- There may arise a problem in coordinating concerns between public international law and national space laws on matters related to cybersecurity standards, consumer law issues etc. Also, whether use of AI technologies can compromise the reliance on State's obligation to retain the control over the space object it launched or registered with it?

- The international outer space treaty may not be in a position to deal with issues arising out of different trends of privatization. It would become a difficult contention to decide on to the jurisdiction of private parties launching objects into space trespassing other's jurisdiction.

- There is a need to thrust research on emerging areas and concerns such as data protection in human robot interaction, safety of missions in adverse environments, striking balance between standards of humans and robots for legal regulation and protection etc.

- There is also a need to assess the requirement of an international law enforcement agency or a space specialized agency of United Nations (other than the International Civil Aviation Organization and the International Maritime Organization) to check the implementation of rules and norms established in terms of use of artificial intelligence in space activities. The new agency must contribute towards defining AI usage regulations for dealing with functioning of intelligent space object and space debris which currently needs definition in international space Law.

- There is a need to maintain a special registry for the purpose of tracking the details of AI enabled objects for transparency and record of licenses, designs, operation and ownership.

References

ABASHIDZE, Aslan K.; ILYASHEVICH, Marianna; LATYPOVA, Aysylu. Artificial intelligence and space law. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, v. 25, n. 3S, 2022. Available at: <https://www.abacademies.org/articles/artificial-intelligence-and-space-law-14535.html>. Access in: 8 June 2023.

ALARIE, Benjamin; NIBLETT, Anthony; YOON, Albert H. How artificial intelligence will affect the practice of law. *The University of Toronto Law Journal*, p. 106-124, 2018.

BARBOSA, Lutiana Valadares Fernandes. Artificial Intelligence: a Claim for Strict Liability for Human Rights Violations. *Brazilian Journal of International Law*, v. 20, n. 2, p. 149, 2023.

BUCHANAN, Bruce G.; HEADRICK, Thomas E. Some speculation about artificial intelligence and legal reasoning. *Stanford Law Review*, p. 40-62, 1970.

CARY, G. Debessonnet; CROSS, George R. An artificial intelligence application in the law: CCLIPS, a computer program that processes legal information. *High Technology Law Journal*, p. 329-409, 1986.

FAROOQUI, Mohammad Owais; KISSWANI, Nazzal; ABBAS, Sheer; QURESHI, Tahir. A Legal Analysis of the Air Defense Identification Zone (ADIZ) with Special Reference to East China Sea Air Defense Identification Zone. *Brazilian Journal of International Law*, v. 19, n. 3, p. 272, 2022.

- GRAHAM, Thomas; THANGAVEL, Kathiravan; MARTIN, Anne Sophie. *New Challenges for International Space Law: Artificial Intelligence and Liability*. 2023. Available at: https://www.researchgate.net/publication/369201650_New_Challenges_for_International_Space_Law_Artificial_Intelligence_and_Liability. Access in: 6 june 2023.
- GREIMAN, V. A. Human Rights and Artificial Intelligence. *Journal of Information Warfare*, p. 50-62, 2021.
- HEINTSCHEL VON HEINEGG, Wolff. Neutrality and Outer Space. International Law Studies Series. *US Naval War College*, v. 93, p. 526-547, 2017.
- HORSFORD, Cyril E. S. Outer Space and the Law. *Medico-Legal Journal*, v. 35, n. 1, p. 42-55, mar. 1967.
- MARTIN, Anne Sophie; FREELAND, Steven. The advent of artificial intelligence in space activities: new legal challenges. *Space Policy*, 2021. Available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0265964620300503>. Access in: 7 june 2023.
- MENON, P. K. Outer Space and Disarmament. *Military Law and Law of War Review*, v. 15, n. issues 3/4, p. 361-392, 1976.
- PAGALLO, Ugo; BASSI, Eleonora; DURANTE, Massimo. *The legal challenges of AI in outer space and the realignment of terrestrial standards*. 2022. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4258313. Access in: 6 june 2023.
- PAGALLO, Ugo; BASSI, Eleonora; DURANTE, Massimo. The normative challenges of AI in outer space: law, ethics, and the realignment of terrestrial standards. *Philosophy & Technology*, v. 36, n. 23, p. 1-23, 2023. Available at: <https://link.springer.com/article/10.1007/s13347-023-00626-7>. Access in: 8 june 2023.
- REINSTEIN, Ezra J. Owning Outer Space. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 20, n. 1, p. 59-98, 1999.
- RUSSO, Antonio; LAX, Gianluca. *Using artificial intelligence for space challenges: a survey*. 2022. Available at: <https://www.mdpi.com/2076-3417/12/10/5106>. Access in: 7 june 2023.
- SCHMIDT, William G. Law in Outer Space. *Update on Law-Related Education*, v. 21, n. 1, p. 45, winter 1997.
- STERN, Simon. Introduction: artificial intelligence, technology and the law. *The University of Toronto Law Journal*, p. 1-11, 2018.
- UPADHYAY, Niteesh Kumar. Using artificial intelligence to address criminal justice needs, problems and perspectives. *Legal Analytics*, p. 21-34, 2022.
- WALIA, Ivneet Kaur. Cyber surveillance and privacy issues vis-à-vis international law. *Brawijaya Law Journal*, 2023.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Desafios jurídicos e controvérsias em torno de naufrágios de navios de estado: o caso do Galeão San José

Legal challenges and controversies surrounding state-owned shipwrecks: the case of the Galleon San José

Alexandre Pereira da Silva

VOLUME 21 • N. 1 • 2024
INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: 25 YEARS

Desafios jurídicos e controvérsias em torno de naufrágios de navios de estado: o caso do Galeão San José*

Legal challenges and controversies surrounding state-owned shipwrecks: the case of the Galleon San José

Alexandre Pereira da Silva**

Resumo

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) e a Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático (CPPCS) são os tratados fundamentais referentes ao tema do patrimônio cultural subaquático. Contudo, pontos importantes, como os direitos jurisdicionais dos Estados costeiros e a condição legal de navios de Estado e suas cargas, permanecem controversos. O caso do galeão espanhol *San José* — afundado em 1708 por forças britânicas e encontrado há poucos anos no litoral da Colômbia — ilustra essas controvérsias, envolvendo entes estatais (Colômbia, Espanha, Peru e Bolívia) e não estatais (povos originários andinos e “caçadores de tesouros”). Portanto, considerando o caso do galeão espanhol, a contribuição do presente artigo consiste, por um lado, em analisar a estrutura jurídica concernente ao patrimônio cultural subaquático e, por outro lado, em relacionar a CNUDM e a CPPCS — e suas lacunas — a aspectos específicos do *San José* (imunidade de jurisdição, sucessão de Estados e direito dos povos originários). Para atingir essas metas, utilizaram-se, neste artigo, os métodos analítico e dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, análise de tratados internacionais e exame de decisões de cortes domésticas. Conclui-se que, embora a moldura jurídica seja deficiente em diversos aspectos, ela contempla os diferentes interesses dos Estados envolvidos. No entanto, a falta de ampla adesão internacional à CPPCS representa um obstáculo significativo para a busca de uma solução consensual. Além disso, os povos originários andinos enfrentam desafios significativos para assegurar uma abordagem inclusiva e equitativa do patrimônio cultural subaquático.

Palavras-chave: Galeão *San José*; patrimônio cultural subaquático; imunidade de jurisdição; sucessão de estados; povos originários.

Abstract

The United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) and the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage (CPUCH) are pivotal treaties governing underwater cultural heritage. Nonetheless, contentious issues such as jurisdictional rights of coastal States

* Recebido em 12/07/2024
Aprovado em 10/09/2024

** Professor Associado no China Institute of Boundary and Ocean Studies, Wuhan University, Wuhan, China.
E-mail: alexandre@whu.edu.cn

and the legal status of state-owned shipwrecks and their positions remain debatable. The case of the Spanish galleon *San José* – sunk by British warships in 1708 and recently located off the coast of Colombia – provides a significant example of these controversies, involving States (Colombia, Spain, Peru, and Bolivia) and non-States actors (Andean indigenous peoples and “treasure hunters”). Therefore, taking the case of the Spanish galleon as a starting point, this paper aims, on the one hand, to examine the legal framework concerning underwater cultural heritage and, on the other hand, to link UNCLOS and CPUCH — along with their gaps — to particular aspects of the *San José* (sovereign immunity, succession of States, and rights of indigenous peoples). To reach these goals, this paper employs analytical and deductive methods, including bibliographic research, treaty analysis, and examination of domestic court decisions. This paper argues that the legal framework, although limited in several aspects, recognizes the diverse interests of the concerned States. However, the lack of broad international support to CPUCH generates important hurdles toward a consensual settlement among stakeholders. Moreover, Andean indigenous peoples face considerable challenges in ensuring an inclusive and equitable approach to underwater cultural heritage.

Keywords: Galleon *San José*; underwater cultural heritage; sovereign immunity; succession of states; indigenous peoples.

1 Introdução

Nos últimos anos, surgiram, novamente, na imprensa internacional, várias notícias ligadas ao naufrágio do galeão espanhol *San José*, afundado pela marinha britânica em junho de 1708 em algum local no litoral da Colômbia.¹ Por um lado, a mídia tende a explorar a ex-

cepcional riqueza da carga do *San José*, estimada, usualmente, em cerca de 17 bilhões de dólares.² Por outro lado, raras são as menções aos aspectos jurídicos e as disputas existentes em cortes nacionais e internacionais em relação ao navio e a sua carga.³

Os destroços do *San José*, na plataforma continental da Colômbia, suscitam, de fato, uma série de questões jurídicas que podem ser divididas em diferentes planos. Em um primeiro plano, há os aspectos próprios de direito do mar, em especial no tocante ao patrimônio cultural subaquático. Em um segundo plano, a questão da imunidade de jurisdição do navio naufragado e sua carga, já que se trata de um navio de Estado afundado. Em um terceiro plano, os aspectos relacionados à sucessão de Estados e ao destino dos destroços, considerando que grande parte da riqueza do *San José* foi explorada no antigo império espanhol. Esses três planos se conectam de diferentes formas e com distintos atores, estatais (Espanha, Colômbia, Bolívia e Peru) e não estatais (povos originários da Bolívia e “caçadores de tesouros”).

As disputas relativas ao galeão *San José*, portanto, se revestem de particular interesse para o direito internacional porque englobam diferentes ramos da disciplina: direito do mar e patrimônio cultural subaquático, imunidade de jurisdição, sucessão de Estados e direito dos povos originários. Procurando analisar esses distintos aspectos jurídicos, dividiu-se este artigo da seguinte forma: na Seção 2, examina-se o regime jurídico do patrimônio cultural subaquático na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) e na Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático (CPPCS); na Seção 3, analisam-se a situação jurídica dos naufrágios de navios de Estado e suas cargas, e o tema da imunidade de jurisdição, com especial atenção a precedentes dos casos *La Galga*, *Junco* e

¹ Entre inúmeros exemplos, vide: SAN José Galleon: two new shipwrecks found off Colombian coast. *BBC News*, 7 jun. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-61722200>. Acesso em: 8 jul. 2024; THE BATTLE for Colombia’s sunken treasure. *The Economist*, 8 ago. 2018. Disponível em: <https://www.economist.com/the-economist-explains/2018/08/08/the-battle-for-colombias-sunken-treasure>. Acesso em: 8 jul. 2024; COLOMBO, Sylvia. Navio que afundou no Caribe é alvo de disputas. *Folha de São Paulo*, maio 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/sylvia-colombo/2024/05/desfecho-de-navio-que-afundou-com-tesouro-no-caribe-e-motivo-de-disputas.shtml>. Acesso em: 8 jul. 2024.

² A lenda sobre a fantástica riqueza do *San José* remonta aos anos 1980, seja por meio do realismo mágico de Gabriel García Márquez em *El amor en los tiempos del cólera* (1985), seja durante a presidência de Belisário Betancur (1982-1986), quando se difundiu a ideia de que a descoberta do galeão poderia liquidar a dívida externa da Colômbia. SÁNCHEZ, Camilo. Petro quiere recuperar del océano el galeón “San José”, pero los expertos tienen sus dudas. *El País*, 25 nov. 2023. Disponível em: <https://elpais.com/america-colombia/2023-11-25/petro-quiere-recuperar-del-océano-el-galeon-san-jose-pero-los-expertos-tienen-sus-dudas.html>. Acesso em: 8 jul. 2024.

³ VANEGAS, Santiago. Cómo será la compleja operación en aguas de Colombia para extraer los primeros tesoros del mítico galeón San José, hundido hace 300 años. *BBC News*, 2 mar. 2024. Disponível em: <https://www.bbc.com/mundo/articles/cv2y5e1lj3do>. Acesso em: 8 jul. 2024.

Nuestra Señora de las Mercedes, julgados em cortes norte-americanas; na Seção 4, abre-se espaço para observar a questão da sucessão de Estados, com particular atenção aos interesses legítimos de outros Estados, como os da Bolívia e do Peru, e povos originários andinos, tais como os Caranga, Chicha, Killaka e Qhara Qhara. Ainda que aparentemente muito distintos, esses pleitos ajudam a compreender as dificuldades inerentes aos possíveis destinos do *San José* e sua carga, caso o resgate do naufrágio venha mesmo a ocorrer.

2 O regime jurídico do patrimônio cultural subaquático na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e na Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático

A CNUDM não dispõe de um regime abrangente sobre patrimônio cultural subaquático.⁴ Na realidade, há, apenas, dois dispositivos que versam sobre o tema dos “objetos de caráter arqueológico e histórico”, na terminologia adotada pela CNUDM, o que reflete a pouca importância que o assunto despertou entre os negociadores durante os trabalhos da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1973-1982).⁵ Contudo, a descoberta do naufrágio do *Titanic*⁶ em 1985 expôs a precariedade do regime jurídico, levando, poucos anos depois, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) a iniciar estudos para a redação de um tratado específico sobre

o assunto. Esse esforço culminou com a adoção da CPPCS em 2 de novembro de 2001.⁷

2.1 A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e os “objetos de caráter arqueológico e histórico”

Os dois dispositivos que tratam dos “objetos de caráter arqueológico e histórico” encontram-se em partes distintas da CNUDM. O primeiro é o artigo 149, inserido na Parte XI (Área), e o segundo é o artigo 303, incluído na Parte XVI (Disposições Gerais).

No artigo 149 da CNUDM, estabelece-se que:

Todos os objetos de caráter arqueológico e histórico achados na Área serão conservados ou deles se disporá em benefício da humanidade em geral, tendo particularmente em conta os direitos preferenciais do Estado ou país de origem, do Estado de origem cultural ou do Estado de origem histórica e arqueológica.⁸

O artigo 149 limita sua aplicação à Área, ou seja, ao “leito do mar, os fundos marinhos e o seu subsolo além dos limites da jurisdição nacional”⁹ (artigo 1.1.1 da CNUDM). Ressalta-se que a Área e seus recursos — minerais sólidos, líquidos ou gasosos — são patrimônio comum da humanidade (artigos 133 e 136 da CNUDM). No entanto, a CNUDM não confere à Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (AIFM) qualquer função ou prerrogativa sobre os objetos arqueológicos e históricos encontrados na Área.¹⁰ A ausência de um papel a ser desempenhado pela AIFM levanta a inter-

⁷ DROMGOOLE, Sarah. 2001 UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 18, n. 1, p. 59-107, 2003.

⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and99165-90.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024.

⁹ CNUDM, Artigo 1.1.1.

¹⁰ Ainda durante os trabalhos do Comitê dos Fundos Marinhos (1969-1973), Grécia e Turquia submeteram propostas que conferiam certos poderes a uma futura Autoridade sobre o patrimônio cultural subaquático encontrado na Área. Posteriormente, durante a III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1973-1982), o primeiro texto negociado (*Informal Single Negotiating Text – ISNT*, 1975) incluía um dispositivo que previa tais poderes para a AIFM. No entanto, este dispositivo foi excluído por proposta dos Estados Unidos em 1975 e já não constou no *Revised Single Negotiating Text* (RSNT, 1976) nem de qualquer outro texto negociado posteriormente. SCOVAZZI, Tullio. Archaeological and historical objects. In: PROELSS, Alexander (ed.). *United Nations Convention on the Law of the Sea: a commentary*. München: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017. p. 1052-1058. p. 1053-1054.

⁴ TANAKA, Yoshifumi. *International Law of the Sea*. 3. ed. Cambridge: CUP, 2019. p. 177-178.

⁵ OXMAN, Bernard H. Marine Archeology and the International Law of the Sea. *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, v. 12, p. 353-372, 1988. p. 359; CAFLISCH, Lucius. Submarine antiquities and the International Law of the Sea. *Netherlands Yearbook of International Law*, v. 13, p. 3-22, 1982.

⁶ O *Titanic* afundou em abril de 1912, e seus destroços encontram-se no talude da plataforma continental canadense, cerca de 350 M a sudeste de Halifax, Nova Scotia. O *Titanic* permaneceu intocado até 1º de setembro de 1985, quando uma expedição franco-americana descobriu o local do naufrágio. A descoberta colocou em marcha uma série de operações de salvamento (*salvage*) e várias disputas jurídicas em cortes norte-americanas, francesas e britânicas. AZNAR, Mariano J.; VARMER, Ole. The Titanic as underwater cultural heritage: challenges to its legal international protection. *Ocean Development and International Law*, v. 44, n. 1, p. 96-112, 2013.

rogação sobre como preservar e dispor desses objetos “em benefício da humanidade em geral”.¹¹

A redação do artigo 149 da CNUDM como um todo é alvo de diversas críticas.¹² Scovazzi, por exemplo, assevera que “é difícil encontrar outro exemplo onde duas ideias excelentes estejam incluídas em um dispositivo de tratado tão mal redigido do ponto de vista textual e lógico, como é o caso do artigo 149”.¹³ O’Keefe ressalta, ainda, que o dispositivo traz inúmeros conceitos obscuros, como: o que significa “país”? Isso tem algum significado distinto de “Estado”? Se o “Estado ou país de origem” for diferente do Estado de origem cultural, histórica e arqueológica, qual deles têm direitos preferenciais?¹⁴

O artigo 303 da CNUDM dispõe que:

1. Os Estados têm o dever de proteger os objetos de caráter arqueológico e histórico achados no mar e devem cooperar para esse fim.
2. A fim de controlar o tráfico de tais objetos, o Estado costeiro pode presumir, ao aplicar o artigo 33, que a sua remoção dos fundos marinhos, na área referida nesse artigo, sem a sua autorização constitui uma infração cometida no seu território ou no seu mar territorial das leis e regulamentos mencionados no referido artigo.
3. Nada no presente artigo afeta os direitos dos proprietários identificáveis, as normas de salvamento ou outras normas do direito marítimo, bem como leis e práticas em matéria de intercâmbios culturais.
4. O presente artigo deve aplicar-se sem prejuízo de outros acordos internacionais e normas de direito internacional relativos à proteção de objetos de caráter arqueológico e histórico.¹⁵

O artigo 303.1 estabelece uma obrigação geral de proteção e cooperação aplicável a todos os objetos ar-

queológicos e históricos encontrados no mar. Embora seja vago, o parágrafo utiliza as expressões “têm o dever de proteger” e “devem cooperar”, o que evidencia que os Estados possuem uma obrigação legal de colaborar na proteção do patrimônio cultural subaquático.¹⁶ Portanto, um Estado que repetidamente ignorar pedidos de outros Estados para negociar formas de cooperação com o objetivo de proteger o patrimônio cultural subaquático pode ser responsabilizado por um ato internacionalmente ilícito.¹⁷

A CNUDM reconhece, implicitamente, que a soberania exercida pelo Estado costeiro em seu mar territorial — até 12 milhas marítimas (M) — se estende também aos objetos arqueológicos e históricos.¹⁸ O artigo 303.2 da CNUDM permite que o Estado costeiro imponha medidas para prevenir e reprimir infrações às suas leis e regulamentos na zona contígua — entre 12 M e 24 M a partir das linhas de base. Esse dispositivo, portanto, sugere que a remoção de objetos arqueológicos e históricos na zona contígua, sem a autorização do Estado costeiro, constitui violação às suas “leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários”¹⁹ (artigo 33 da CNUDM), sem, no entanto, conferir ao Estado costeiro competência legislativa sobre esses objetos encontrados na zona contígua.^{20 21}

¹⁶ O artigo 2.2 da CPPCS ratifica esse princípio: “Os Estados-partes cooperarão entre si no tocante à proteção do patrimônio cultural subaquático”.

¹⁷ RISVAS, Michail. The duty to cooperate and the protection of underwater cultural heritage. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 2, n. 3, p. 562-590, 2013. p. 568.

¹⁸ O artigo 7.1 da CPPCS ratifica esse entendimento ao estabelecer que: “No exercício da sua soberania, os Estados Partes gozam do direito exclusivo de regulamentar e autorizar as intervenções sobre o patrimônio cultural subaquático nas suas águas interiores e arquipelágicas e no seu mar territorial”.

¹⁹ CNUDM, Artigo 33.

²⁰ RAU, Markus. The UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage and the International Law of the Sea. *Max Planck UNYB*, v. 6, p. 387-464, 2002. p. 398.

²¹ O artigo 8 da CPPCS versa sobre o patrimônio cultural subaquático na zona contígua ao indicar que: “Sem prejuízo e em complemento dos artigos 9 e 10, e em conformidade com o n. 2 do artigo 303 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, os Estados-Partes poderão regulamentar e autorizar intervenções sobre o patrimônio cultural subaquático na sua zona contígua, desde que façam respeitar a aplicação das regras”. Este dispositivo, portanto, apresenta duas inovações. Por um lado, amplia os poderes no Estado costeiro na zona contígua que agora “poderão regulamentar e autorizar intervenções” nessa área. Por outro lado, reduz os direitos do Estado costeiro, que devem observar o sistema de consultas previsto na ZEE e na plataforma continental (artigos 9 e 10 da CPPCS). AZNAR, Mariano J. The contiguous zone as an archaeological maritime zone. *International Journal of Marine and Coastal*

¹¹ HAYASHI, Moritaka. Archaeological and historical objects under the United Nations Convention on the Law of the Sea. *Marine Policy*, v. 20, n. 4, p. 291-296, 1996.

¹² MOUSTAIRA, Elina. The underwater cultural heritage regime: some problems and possible solutions. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, p. 411-422, 2020. p. 414-415.

¹³ SCOVAZZI, Tullio. Archaeological and historical objects. In: PROELSS, Alexander (ed.). *United Nations Convention on the Law of the Sea: a commentary*. München: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017. p. 1052-1058. p. 1054. Tradução do original: “It is difficult to find another instance where two excellent ideas are included in a treaty provision that is so poorly drafted from a textual and logical point of view, as is the case with Art. 149”.

¹⁴ O’KEEFE, Patrick. Underwater cultural heritage. In: FRANCHIONI, Francesco; VRDOLJAK, Ana Filipa (ed.). *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*. Oxford: OUP, 2020. p. 295-317. p. 299.

¹⁵ CNUDM, Artigo 303.

Já o artigo 303.3 da CNUDM deixa aberta a possibilidade de que qualquer pessoa possa recuperar objetos arqueológicos e históricos em alto-mar e possa reclamar uma recompensa do proprietário a título de normas de salvamento (*salvage law*). Até que a recompensa seja paga pelo proprietário, o salvador pode exercer o direito de retenção marítima sobre a propriedade recuperada.²² Naquelas situações em que o proprietário é desconhecido ou que tenha abandonado o bem, aquele que encontrou o objeto pode ser considerado como proprietário com base na Lei dos Achados (*law of finds*).²³ Com isso, a expressão “as normas de salvamento ou outras normas do direito marítimo” possibilita que “caçadores de tesouros” invoquem o Princípio da Liberdade dos mares com base no *first-come-first-served* para a apropriação desses objetos, o que parece estar em contradição com o prescrito no artigo 303.1 da CNUDM.²⁴

Por fim, o artigo 303.4 sinaliza a possibilidade de um regime mais abrangente aplicável ao patrimônio cultural subaquático, o que de fato ocorreu com a adoção da CPPCS.²⁵ No entanto, a relação entre a CNUDM e a CPPCS é objeto de controvérsias, já que o dispositivo criado para apaziguar as potências marítimas — o artigo 3 da CPPCS — paradoxalmente acabou gerando ainda mais preocupação para esses Estados.²⁶

Law, v. 29, n. 1, p. 1-51, 2014.

²² Segundo Bederman, “Article 303 was a full and complete vindication of the United States’ negotiating strategy at UNCLOS III to limit inappropriate claims of coastal State jurisdiction, especially where such claims interfere with vested rights or free enterprise exploitation of ocean resources”. BEDERMAN, David J. Historic salvage and the law of the Sea. *University of Miami Inter-American Law Review*, v. 30, n. 1, p. 99-129, 1998.

²³ DROMGOOLE, Sarah. 2001 UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 18, n. 1, p. 59-107, 2003. p. 69.

²⁴ SCOVAZZI, Tullio. Archaeological and historical objects found at sea. In: PROELSS, Alexander (ed.). *United Nations Convention on the Law of the Sea: a commentary*. München: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017. p. 1950-1961. p. 1956.

²⁵ O’KEEFE, Patrick. Protecting underwater cultural heritage. *Marine Policy*, v. 20, n. 4, p. 297-307, 1996. p. 299.

²⁶ O artigo 3 da CPPCS dispõe que: “Nada na presente Convenção afetará os direitos, a jurisdição e os deveres dos Estados decorrentes do direito internacional, incluindo a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. A presente Convenção será interpretada e aplicada no contexto e em conformidade com o direito internacional, incluindo a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar”. Para Dromgoole, as referências ao “direito internacional, incluindo” neste artigo — e em outros dois ou três dispositivos da CPPCS — foram vistas como problemáticas pelas potências marítimas, pois poderiam abrir a possibilidade de que a CNUDM nem sempre represente a posição do direito internacional geral. No entanto, Scovazzi argumenta que não há motivo para restringir esse dispositivo apenas a acordos celebrados antes da entrada em vigor da CNUDM,

2.2 A Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático

Os artigos 149 e 303 da CNUDM deixaram uma lacuna jurídica claramente aberta no tocante aos objetos arqueológicos e históricos encontrados entre as 24 M (limite exterior da zona contígua) e as 200 M (limite exterior da ZEE e, em princípio, também da plataforma continental). Os negociadores da CNUDM, obviamente, reconheceram a existência dessa lacuna, mas entendiam que estender qualquer poder aos Estados costeiros sobre os objetos arqueológicos e históricos encontrados na ZEE e na plataforma continental — além dos direitos de exploração e aproveitamento dos recursos naturais (artigos 56.1 e 77.1 da CNUDM) — poderia colocar em risco o delicado compromisso alcançado dentro do Segundo Comitê.²⁷

Dessa forma, em 1993, ou seja, ainda antes da entrada em vigor internacional da CNUDM (16 de novembro de 1994), a UNESCO — reconhecendo o impulso dado pela descoberta do *Titanic* a novas explorações subaquáticas e ciente das limitações dos dispositivos sobre o tema na CNUDM — começou a considerar a possibilidade de criar um instrumento jurídico autônomo para a proteção do patrimônio cultural subaquático, ainda que consciente de que não poderia colocar em risco o que fora acordado na CNUDM.²⁸

excluindo os subsequentes, como a CPPCS, especialmente porque o artigo 303.4 da CNUDM parece encorajar o preenchimento de lacunas e a eliminação de quaisquer contradições que eventualmente a CNUDM tenha gerado. DROMGOOLE, Sarah. Reflections on the position of the major maritime powers with respect to the UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage 2001. *Marine Policy*, v. 38, p. 116-123, 2013. p. 119; SCOVAZZI, Tullio. Protection of underwater cultural heritage. In: ATTARD, David; FITZMAURICE, Malgosia; GUTIÉRREZ, Norman A. M. (ed.). *The IMLI Manual on International Maritime Law: the law of the sea*. Oxford: OUP, 2014. v. 1. p. 443-461. p. 459-460.

²⁷ AZNAR, Mariano J. Maritime claims and underwater archaeology: when history meets politics. *The Law of the Sea*, v. 4, n. 1-2, p. 1-131, 2020. No entanto, isso não impediu que quatro países (Bangladesh, Cabo Verde, Malásia e Portugal) registrassem declarações unilaterais de que remoção de objetos de natureza arqueológica ou histórica encontrados em suas ZEEs e plataformas continentais somente poderia ocorrer mediante “prévia notificação e consentimento”. Em sentido contrário, vide a declaração dos Países Baixos. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en#EndDec. Acesso em: 8 jul. 2024.

²⁸ CLÉMENT, Etienne. Current developments at UNESCO concerning the protection of the underwater cultural heritage. *Marine Policy*, v. 20, n. 4, p. 309-323, 1996.

Em 1994, a *International Law Association* (ILA) concluiu uma versão preliminar e enviou-a para exame da UNESCO. Com base nesse estudo, a UNESCO preparou uma versão rascunho da futura convenção em 1998.²⁹ Após uma série de reuniões de trabalho ao longo dos anos seguintes, a Conferência Geral da UNESCO, em 2 novembro de 2001, adotou o texto final da convenção por 87 votos favoráveis, 4 contrários³⁰ e 15 abstenções.³¹ A CPPCS entrou em vigor internacionalmente em 2 de janeiro de 2009 e atualmente conta com 76 Estados-partes.³² No entanto, as principais potências marítimas e antigos colonizadores permanecem fora do regime criado, o que dificulta sua plena efetivação.³³

Grande parte das resistências das potências marítimas e antigos colonizadores à CPPCS recai, justamente, sobre as diferentes visões acerca do regime jurídico a ser aplicável na ZEE e na plataforma continental e sobre a

situação dos naufrágios de navios de Estado,³⁴ ou seja, sobre alguns dos artigos mais importantes referentes ao caso do galeão *San José*.

De acordo com Scovazzi, o processo negocial da UNESCO mostrou-se difícil e controverso, em especial quanto ao regime jurídico a ser aplicado na ZEE e na plataforma continental, embora a maioria dos Estados estivesse disposta a aceitar a extensão da jurisdição aos Estados costeiros sobre o patrimônio cultural subaquático encontrado nessas zonas marítimas.³⁵ No entanto, uma minoria de Estados mantinha o entendimento sustentado desde as negociações da CNUDM de que uma extensão da jurisdição sobre esses objetos alteraria o equilíbrio entre os direitos e deveres dos Estados costeiros e dos outros Estados na ZEE e na plataforma continental.³⁶

Para superar esses posicionamentos antagônicos, a solução de compromisso encontrada foi criar um mecanismo procedimental que envolva a participação de todos os Estados que possam ter um “interesse legítimo” (“*verifiable link*”) com aquele patrimônio cultural subaquático. Esse mecanismo está baseado em três etapas, nos termos dos artigos 9 e 10 da CPPCS: (i) declaração e notificação; (ii) consultas; e (iii) adoção de medidas para a proteção do patrimônio cultural subaquático.³⁷

Na primeira etapa, o Estado-parte é obrigado a exigir que um nacional, ou o capitão de um navio que hasteia sua bandeira, comunique qualquer descoberta ou intenção de intervir no patrimônio cultural subaquático localizado em sua própria ZEE ou plataforma continental, ou na ZEE ou plataforma continental de outro Estado-parte (artigo 9.1(a) e (b)). O Estado-parte deve

²⁹ BEDERMAN, David J. The UNESCO Draft Convention on Underwater Cultural Heritage: a critique and counter-proposal. *Journal of Maritime Law and Commerce*, v. 30, n. 2, p. 331-354, 1999.

³⁰ Foram os seguintes países: Federação Russa, Noruega, Turquia e Venezuela, os dois últimos também não assinaram a CNUDM. Os Estados Unidos participaram como observador, já que à época não fazia parte da UNESCO. O delegado dos Estados Unidos, contudo, registrou que a delegação não poderia aceitar a CPPCS devido à oposição a diversos artigos referentes à jurisdição, notificações, navios de guerra e à relação da CPPCS com a CNUDM, mesmo o país não sendo parte desta.

³¹ Foram os seguintes países: Alemanha, Brasil, Colômbia, França, Grécia, Guiné-Bissau, Islândia, Israel, Países Baixos, Reino Unido, República Checa, Paraguai, Suécia, Suíça e Uruguai. STRATI, Anastasia. Protection of the underwater cultural heritage: from shortcomings of the UN Convention on the law of the sea to the compromises of the UNESCO Convention. In: STRATI, Anastasia; GAVOUNELI, Maria; SKOURTOS, Nikolaos (ed.). *Unresolved issues and the new challenges to the law of the sea*. Leiden: Brill, 2006. p. 21-62. p. 21.

³² UNESCO. *Underwater Cultural Heritage 2001 Convention*. Disponível em: <https://www.unesco.org/en/underwater-heritage>. Acesso em: 8 jul. 2024. O Brasil não é parte da CPPCS; consequentemente, não existe uma “versão nacional” do texto. Contudo, Portugal é parte da CPPCS, e a convenção foi traduzida para o português. A versão portuguesa foi utilizada ao longo deste artigo, com adaptações às grafias do português usado no Brasil, quando necessário. Disponível em: https://unescoportugal.mne.gov.pt/images/Comunica%C3%A7%C3%A3o/convencao_sobre_a_protecao_do_patrimonio_cultural_subaquatico.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024.

³³ Países como Alemanha, China, Estados Unidos, Federação Russa, Noruega, Países Baixos e Reino Unido não são partes da CPPCS. Por outro lado, Espanha e Portugal aderiram ao tratado ainda antes de sua entrada em vigor, e a França, inicialmente refratária, ratificou a convenção em 2013. UNESCO. *Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage*. 2 nov. 2001. Disponível em: <https://www.unesco.org/en/legal-affairs/convention-protection-underwater-cultural-heritage?hub=412#item-1>. Acesso em: 8 jul. 2024.

³⁴ Nos termos deste artigo, utiliza-se a expressão “navios de Estados” para referir-se tanto aos navios de guerra como a outros navios de Estado utilizados para fins públicos não comerciais, conforme o artigo 1.8 da CPPCS.

³⁵ O artigo 1(a) da CPPCS define patrimônio cultural subaquático como “todos os vestígios da existência do homem de caráter cultural, histórico ou arqueológico que se encontrem parcial ou totalmente, periódica ou continuamente, submersos há, pelo menos, 100 anos, nomeadamente: (i) sítios, estruturas, edifícios, artefatos e restos humanos, bem como o respectivo contexto arqueológico natural; (ii) navios, aeronaves e outros veículos, ou parte deles, a respectiva carga ou outro conteúdo, bem como o respectivo contexto arqueológico e natural; e, (iii) artefatos de carácter pré-histórico”.

³⁶ SCOVAZZI, Tullio. Protection of underwater cultural heritage. In: ATTARD, David; FITZMAURICE, Malgosia; GUTIÉRREZ, Norman A. M. (ed.). *The IMLI Manual on International Maritime Law: the law of the sea*. Oxford: OUP, 2014. v. 1. p. 443-461. p. 453.

³⁷ TANAKA, Yoshifumi. *International Law of the Sea*. 3. ed. Cambridge: CUP, 2019. p. 180.

então notificar os outros Estados interessados, incluindo os Estados costeiros e quaisquer outros Estados com “interesse legítimo” (artigo 9.5). Uma notificação de descoberta ou intervenção também deverá ser endereçada ao Diretor-Geral da UNESCO, que transmitirá as informações disponíveis a todos os Estados-partes (artigo 9, parágrafos 3 e 4).³⁸

Na segunda etapa, o Estado costeiro está obrigado a consultar todos os Estados-partes que declararam interesse em serem consultados sobre a forma de garantir a efetiva proteção desse patrimônio cultural subaquático (artigo 10.3(a)). A CPPCS prevê que “a declaração deverá ter por base um interesse legítimo, especialmente de natureza cultural, histórica ou arqueológica no patrimônio cultural subaquático em questão”³⁹ (artigo 9.5). Contudo, não foi feita nenhuma tentativa para definir o que seja “interesse legítimo”.

Na terceira etapa, o Estado coordenador⁴⁰ poderá tomar as medidas adequadas — inclusive medidas urgentes — para proteger o patrimônio cultural subaquático e/ou emitir todas as autorizações necessárias em conformidade com a CPPCS, “antes mesmo de qualquer consulta, se for o caso disso, a fim de obstar a qualquer perigo imediato para o patrimônio cultural subaquático

resultante de atividades humanas ou outra causa, nomeadamente a pilhagem”⁴¹ (artigo 10.4 da CPPCS).

Além disso, o artigo 10.2 da CPPCS dispõe que o Estado-parte, em cuja ZEE ou plataforma continental esteja situado o patrimônio cultural subaquático, “tem o direito de interditar ou autorizar qualquer intervenção sobre o patrimônio em causa, a fim de prevenir qualquer interferência nos seus direitos soberanos ou na sua jurisdição”⁴², nos termos da CNUDM. Teoricamente, esse dispositivo não estaria concedendo novos direitos aos Estados costeiros, mas apenas declarando sua natureza, visto que o exercício de poderes existentes na ZEE e na plataforma continental (artigos 56 e 77 da CNUDM, respectivamente) permitiria que o Estado costeiro protegesse incidentalmente o patrimônio cultural subaquático. No entanto, a questão-chave é: que tipo de “interferência nos seus direitos soberanos ou na sua jurisdição” autoriza o Estado costeiro a acionar o artigo 10.2 da CPPCS?⁴³

Há uma percepção entre os especialistas de que os artigos 9 e 10 da CPPCS têm aspectos problemáticos.⁴⁴ Por exemplo, o artigo 9.1 parece autorizar que o Estado costeiro exija um relatório das atividades e descobertas do navio de bandeira estrangeira ou de nacionais de outro Estado; contudo, esse suposto direito poderia avançar sobre a competência dada ao Estado costeiro pela CNUDM. Outro exemplo está no artigo 10, que dispõe que o “Estado coordenador” atuará “em nome dos Estados-partes no seu conjunto e não no seu próprio interesse” e tomará “todas as medidas adequadas [...], antes mesmo de qualquer consulta”, sempre que houver um “perigo imediato” para o patrimônio cultural subaquático. Nesse sentido, o Estado coordenador poderia, inclusive, impedir atividades, o que é visto por alguns especialistas como uma restrição aos direitos concedidos pela CNUDM ao Estado de bandeira que descobriu o naufrágio.⁴⁵

³⁸ STRATI, Anastasia. Protection of the underwater cultural heritage: from shortcomings of the UN Convention on the law of the sea to the compromises of the UNESCO Convention. In: STRATI, Anastasia; GAVOUNELI, Maria; SKOURTOS, Nikolaos (ed.). *Unresolved issues and the new challenges to the law of the sea*. Leiden: Brill, 2006. p. 21-62. p. 45.

³⁹ CPPCS, Artigo 9.5.

⁴⁰ Em princípio, o Estado costeiro é o Estado coordenador das consultas, a menos que declare expressamente que não deseja assumir essa função. Nesta hipótese, os Estados-partes que tenham se declarado interessados nos termos do artigo 9.5 designarão um Estado coordenador (artigo 10.3(b)). A CPPCS não utiliza a expressão “Estado costeiro” em nenhum momento, mas o resultado no fim é o mesmo; esse dispositivo confere ao Estado (costeiro) coordenador o poder de proibir ou autorizar atividades sobre o patrimônio cultural subaquático que se encontra em sua ZEE ou plataforma continental. Isso significa que agora os Estados costeiros têm respaldo legal para prevenir intervenções no patrimônio cultural subaquático e implementar o princípio da proteção *in situ*. Portanto, na hipótese em que o Estado costeiro tenha sido notificado da descoberta ou do desejo de intervenção sobre o patrimônio cultural subaquático em sua ZEE ou plataforma continental e exista a possibilidade de “interferência nos seus direitos soberanos ou na sua jurisdição”, o Estado costeiro terá amparo jurídico para impedir tal intervenção. DROMGOOLE, Sarah. 2001 UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 18, n. 1, p. 59-107, 2003. p. 80-81

⁴¹ CPPCS, Artigo 10.4.

⁴² CPPCS, Artigo 10.2.

⁴³ RAU, Markus. The UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage and the International Law of the Sea. *Max Planck UNYB*, v. 6, p. 387-464, 2002. p. 415-416.

⁴⁴ STRATI, Anastasia. Protection of the underwater cultural heritage: from shortcomings of the UN Convention on the law of the sea to the compromises of the UNESCO Convention. In: STRATI, Anastasia; GAVOUNELI, Maria; SKOURTOS, Nikolaos (ed.). *Unresolved issues and the new challenges to the law of the sea*. Leiden: Brill, 2006. p. 21-62. p. 46.

⁴⁵ DROMGOOLE, Sarah. Reflections on the position of the major maritime powers with respect to the UNESCO Convention on the

Em suma, em comparação com o que dispõe a CNUDM, a CPPCS incrementa os poderes dos Estados costeiros, ao mesmo tempo que estabelece o direito de informação e consulta dos Estados com interesses legítimos sobre o naufrágio. No entanto, a CPPCS não regula os direitos sobre os naufrágios, tampouco indica quais seriam os direitos substantivos que um Estado com interesses legítimos pode ter em relação a um naufrágio descoberto além de sua jurisdição nacional. Essa questão é particularmente complexa quando o Estado de bandeira do navio naufragado é um antigo colonizador (Espanha), os objetos encontrados têm valor cultural, histórico e arqueológico ligados a antigas colônias (Bolívia e Peru) e estão em uma zona marítima sob jurisdição de outra antiga colônia (Colômbia), como é o caso do galeão *San José*.

3 Naufrágios de navios de estado: imunidade de jurisdição e o vínculo entre o navio e sua carga

Um aspecto importante nas disputas relativas ao *San José* refere-se ao fato de que se trata de um naufrágio de um navio de Estado. Isso adiciona um novo elemento às controvérsias: a eventual imunidade jurisdicional que o galeão espanhol poderia ter. A Espanha — Estado-parte tanto da CNUDM como da CPPCS — sustenta que um navio de Estado, mesmo naufragado, mantém sua imunidade soberana. Colômbia e Peru — não signatários de nenhuma das convenções — divergem, ao menos no que diz respeito às embarcações estatais naufragadas.

3.1 A imunidade de jurisdição de navios de estado na CNUDM e na CPPCS

Nos termos da CNUDM, navio de guerra

Significa qualquer navio pertencente às forças armadas de um Estado, que ostente sinais exteriores próprios de navios de guerra da sua nacionalidade, sob o comando de um oficial devidamente designado pelo Estado cujo nome figure na correspondente lista de oficiais ou seu equivalente e cuja tripulação esteja submetida às regras da disciplina militar.⁴⁶

A CNUDM assegura a imunidade dos navios de guerra ao dispor que: “os navios de guerra no alto-mar gozam de completa imunidade de jurisdição relativamente a qualquer outro Estado que não seja o da sua bandeira” (artigo 95), complementando que “os navios pertencentes a um Estado ou por ele operados e utilizados em serviço oficial não comercial”, no alto-mar, também gozam de completa imunidade jurisdicional (artigo 96).⁴⁷ Portanto, a CNUDM, refletindo regras de direito internacional consuetudinário, assegura aos navios de guerra, bem como outros navios de Estados utilizados para fins não comerciais, a imunidade de jurisdição no mar territorial^{48 49} e em alto-mar.⁵⁰ Entretanto, a CNUDM não aborda, explicitamente, se essa imunidade de jurisdição se estende aos navios de Estado *naufragados*.⁵¹

Nas versões preparatórias — o estudo da ILA e o texto rascunho da UNESCO — a questão dos navios de Estado foi inicialmente excluída. No entanto, como tais naufrágios representam uma parcela significativa do patrimônio cultural subaquático, a exclusão desses objetos arqueológicos e históricos poderia fragilizar o regime jurídico pretendido.⁵² Durante os trabalhos na

⁴⁷ OXMAN, Bernard H. The regime of warships under the United Nations Convention on the Law of the Sea. *Virginia Journal of International Law*, v. 24, n. 4, p. 809-863, 1984. p. 812-819.

⁴⁸ O artigo 32 da CNUDM assegura que, no mar territorial de um Estado costeiro, “nenhuma disposição da presente Convenção afetará as imunidades dos navios de guerra e outros navios de Estado utilizados para fins não comerciais”.

⁴⁹ A CNUDM não versa sobre a imunidade de jurisdição em águas interiores. A questão acabou surgindo no âmbito do caso “ARA *Libertad*” (Argentina v. Gana), julgado pelo Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM). Na oportunidade, o TIDM reconheceu que a imunidade jurisdicional reconhecida no artigo 32 da CNUDM se estende também às águas interiores. INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA (ITLOS). “ARA *Libertad*” (Argentina v. Ghana), *Provisional Measures, Order of 15 December 2012*, para. 46, 55-56, 98-100. Disponível em: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/published/C20_Order_151212.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024.

⁵⁰ VADI, Valentina. War, memory, and culture: the uncertain legal status of historic sunken warships under international law. *Tulane Maritime Law Journal*, v. 37, n. 2, p. 333-378, 2013. p. 340-341.

⁵¹ Nesse sentido, a Convenção Internacional sobre Salvamento Marítimo (1989) é uma exceção, pois permite que as Partes excluam os navios de Estado naufragados do âmbito de aplicação deste tratado. Nos termos do artigo 30.1(d): “qualquer Estado pode, no momento de assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, apresentar reservas quanto à aplicação desta Convenção quando: [...] d) Os bens envolvidos constituírem propriedade marítima cultural de interesse pré-histórico, arqueológico ou histórico e se encontrem no leito do mar”.

⁵² DROMGOOLE, Sarah. *Underwater Cultural Heritage and International Law*. Cambridge: CUP, 2013. p. 154.

Protection of the Underwater Cultural Heritage 2001. *Marine Policy*, v. 38, p. 116-123, 2013. p. 119.

⁴⁶ CNUDM, Artigo 29.

UNESCO, as potências marítimas e antigos colonizadores defendiam o entendimento de que, mesmo afundados, os navios de Estado conservam sua imunidade de jurisdição — a menos que expressamente abandonados — e tentaram estruturar um regime de proteção diferente para esses navios ou excluí-los completamente do regime proposto pela convenção.⁵³ Contudo, esse posicionamento foi rejeitado e a CPPCS aplica-se a todos os navios, independentemente da propriedade, “submersos há, pelo menos, 100 anos”⁵⁴ (artigo 1.1).

O artigo 1.8 da CPPCS estabelece que:

Navios e aeronaves de Estado significa os navios de guerra e outros navios ou aeronaves pertencentes a um Estado ou por ele operados e utilizados, quando do seu afundamento, exclusivamente para fins públicos não comerciais, que se encontrem devidamente identificados como tal e estejam incluídos na definição de patrimônio cultural subaquático.⁵⁵

Por outro lado, como uma forma de contemplar os interesses das potências marítimas e antigos colonizadores, o artigo 2.8 da CPPCS dispõe que:

De acordo com a prática dos Estados e o direito internacional, incluindo a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, nada na presente Convenção será interpretado como modificando as regras do direito internacional e a prática dos Estados relativa às imunidades ou quaisquer direitos de um Estado sobre os seus navios e aeronaves (grifo nosso).⁵⁶

As potências marítimas, entretanto, julgaram esse dispositivo insuficiente para a proteção dos seus navios naufragados, em, pelo menos, dois aspectos. O primeiro é que as questões sobre o abandono e imunidade de jurisdição continuariam incertas. O segundo é que, de forma geral, a CPPCS estaria muito focada na sua aplicação em zonas marítimas, ou seja, dependendo da zona marítima onde se encontre o naufrágio, o Estado costeiro exerceria maior ou menor interferência sobre o patrimônio cultural subaquático.⁵⁷

Por exemplo, se o navio de Estado estiver em águas interiores, mar territorial ou em águas arquipelágicas, os Estados-partes, no exercício da sua soberania, “go-

zam do direito *exclusivo* de regulamentar e autorizar as intervenções sobre o patrimônio cultural subaquático” (artigo 7.1 da CPPCS, grifo nosso). Esse dispositivo já expõe uma clara tensão entre a soberania que o Estado costeiro exerce sobre seu mar territorial e o entendimento defendido pelas potências marítimas de que o naufrágio de navio de Estado tem imunidade de jurisdição independentemente da zona marítima em que se encontre.⁵⁸ Essa tensão agrava-se porque o artigo 7.3, visando à cooperação na proteção dos navios e aeronaves de Estado, prevê apenas que os Estados costeiros “deverão informar”, ao invés de um desejado “prévio consentimento” por parte do Estado de bandeira antes de qualquer interferência no naufrágio.⁵⁹

Entre os especialistas, a questão se o Princípio da Imunidade de Jurisdição continua a se aplicar a um navio estatal *naufragado* é controversa.⁶⁰ Caffisch, entre outros, sustenta que a imunidade soberana não subsiste após o afundamento, uma vez que uma embarcação afundada não pode mais ser considerada um navio, pois não é mais capaz de navegar; além disso, o navio naufragado tampouco atende aos critérios estabelecidos no artigo 29 da CNUDM, ou seja, de que um navio de guerra deve estar “sob o comando de um oficial” e “tripulado”, condições que somente podem ser preenchidas enquanto a embarcação estiver operacional.⁶¹ Losier agrega ainda que uma vez afundado e decorrido um considerável período, o navio naufragado fica inevitavelmente impedido de servir aos interesses do Estado de bandeira e, dessa forma, deixa de ter importância estratégica.⁶² Em

⁵⁸ DROMGOOLE, Sarah. *Underwater Cultural Heritage and International Law*. Cambridge: CUP, 2013. p. 139.

⁵⁹ Dromgoole também ressalta o desagrado das potências marítimas com a utilização do termo *should* ao invés de *shall*, o que conferiria um caráter mais obrigatório ao dever de informar o Estado de bandeira. DROMGOOLE, Sarah. Reflections on the position of the major maritime powers with respect to the UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage 2001. *Marine Policy*, v. 38, p. 116-123, 2013. p. 119.

⁶⁰ DROMGOOLE, Sarah. *Underwater Cultural Heritage and International Law*. Cambridge: CUP, 2013. p. 136-138.

⁶¹ CAFLISCH, Lucius. Submarine antiquities and the International Law of the Sea. *Netherlands Yearbook of International Law*, v. 13, p. 3-22, 1982.

⁶² Losier sustenta que esse entendimento poderia comportar duas exceções: (i) quando o navio afundou recentemente (considerando que ainda pode ter importância estratégica); e (ii) quando o navio voltar a ser navegável (colocado novamente à serviço do Estado). Observe-se, entretanto, que essas duas hipóteses estão excluídas do âmbito temporal de aplicação da CPPCS, que se aplica apenas a navios “submersos há, pelo menos, 100 anos”, artigo 1.1). LOSIER, M. M. The conflict between sovereign immunity and the cargo of

⁵³ FORREST, Craig. An international perspective on sunken state vessels as underwater cultural heritage. *Ocean Development and International Law*, v. 34, n. 1, p. 41-57, 2003.

⁵⁴ CPPCS, Artigo 1.1.

⁵⁵ CPPCS, Artigo 1.8.

⁵⁶ CPPCS, Artigo 2.8.

⁵⁷ AZNAR, Mariano J. Treasure hunters, sunken state vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 25, n. 2, p. 209-236, 2010.

sentido contrário, Aznar-Gómez e Forrest, entre outros especialistas, argumentam que os navios estatais, mesmo afundados, mantêm a imunidade de jurisdição visto que tais embarcações continuam sendo *propriedades* do Estado.⁶³

O fato é que os Estados têm uma série de razões para manter interesse em seus navios de guerra e demais embarcações estatais, mesmo após seu afundamento. E esses interesses não se limitam, apenas, a naufrágios recentes, como se nota em alguns precedentes famosos, tais como os casos do *La Galga*, *Juno* e *Nuestra Señora de las Mercedes*, envolvendo a Espanha e empresas “caçadores-tesouros” em cortes norte-americanas.

3.2 Imunidade de jurisdição e os precedentes do *La Galga*, *Juno* e *Nuestra Señora de las Mercedes*

Há diversos casos relacionados a naufrágios de navios espanhóis e suas cargas em cortes norte-americanas. Algumas das primeiras decisões, mormente sobre o *Nuestra Señora de Atocha* e o *Nuestra Señora de la Concepción* (“Cobb Coin”), ambas julgadas em cortes distritais da Flórida no começo dos anos 1980, envolveram reivindicações de posse e propriedade por parte de “caçadores de tesouros” sobre o que fora resgatado, resultando em decisões favoráveis a essas empresas que desconsideraram integralmente quaisquer possíveis direitos da Espanha sobre os navios e suas cargas.⁶⁴ Entretanto, nas décadas seguintes, houve uma reversão dessa tendência favorável aos “caçadores de tesouros” quando a Espanha obteve duas importantes conquistas em cortes norte-americanas.

A primeira grande vitória da Espanha ocorreu no caso *Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels*, quando cortes norte-americanas reconheceram os direitos da Espanha, país de bandeira, sobre dois navios, o *La Galga* e o *Juno*, naufragados na costa sul da Virgí-

nia em 1750 e 1802, respectivamente.⁶⁵ Em resumo, ao término dos anos 1990, a empresa de salvamento marítimo Sea Hunt localizou vários naufrágios, incluindo o *La Galga* e o *Juno*. Com base no *Abandoned Shipwreck Act* (1987), o estado da Virgínia reivindicou a propriedade sobre os naufrágios, pois a lei concede aos estados dos EUA a propriedade em duas situações: (i) quando os navios são abandonados; e (ii) quando os destroços estão incorporados em terras submersas, isto é, os destroços se confundem com a própria plataforma continental. Assim, um órgão da Virgínia emitiu licenças de salvamento para a Sea Hunt.⁶⁶ A Espanha decidiu agir e apresentou sua própria reivindicação, afirmando a propriedade sobre os naufrágios.⁶⁷

Em primeira instância, um tribunal distrital da Virgínia concluiu que a Espanha havia abandonado suas reivindicações sobre o *La Galga* — nos termos do artigo XX do Tratado Definitivo de Paz, firmado entre a Espanha, os Estados Unidos, a França e o Reino Unido em fevereiro de 1763 —, mas manteve o título espanhol sobre o *Juno*.⁶⁸ No entanto, em grau de recurso, o tribunal da quarta circunscrição reverteu a decisão distrital em relação ao *La Galga*, confirmou a parte relativa ao *Juno* e negou recompensa pelo salvamento que havia sido concedida pelo tribunal distrital. Isso se baseou em dois pontos principais: (i) as duas embarcações são navios de Estado e gozam de imunidade jurisdicional nos termos do Tratado de Amizade e Relações Gerais, assinado entre a Espanha e os Estados Unidos em 1902; e (ii) os navios de Estado somente podem ser considerados abandonados por atos expressos, tanto nos termos do tratado bilateral de 1902 como no *Abandoned Shipwreck Act*.⁶⁹

sunken colonial vessels. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 33, n. 3, p. 528-557, 2018. p. 535-536.

⁶³ AZNAR, Mariano J. Treasure hunters, sunken state vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 25, n. 2, p. 209-236, 2010; FORREST, Craig. An international perspective on sunken state vessels as underwater cultural heritage. *Ocean Development and International Law*, v. 34, n. 1, p. 41-57, 2003.

⁶⁴ SCOVAZZI, Tullio. Sunken Spanish Ships before American Courts. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 34, n. 2, p. 247-259, 2019.

⁶⁵ U.S. DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF VIRGINIA. *Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels*, Case No: 2:98CV281. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/22/521/2419975/>. Acesso em: 8 jul. 2024.

⁶⁶ WHITE, Michael. *Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels*, 221 F.3d 634. *American Journal of International Law*, v. 95, n. 3, p. 678-684, 2001. p. 678-679.

⁶⁷ AZNAR, Mariano J. Treasure hunters, sunken state vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 25, n. 2, p. 209-236, 2010.

⁶⁸ WHITE, Michael. *Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels*, 221 F.3d 634. *American Journal of International Law*, v. 95, n. 3, p. 678-684, 2001. p. 679.

⁶⁹ BEREAN, Kevin. *Sea Hunt, Inc. v. The unidentified shipwrecked vessel or vessels: how the fourth circuit rocked the boat*. *Brooklyn Law Review*, v. 67, n. 4, p. 1249-1289, 2002.

A segunda vitória expressiva da Espanha foi no caso *Odyssey Marine Exploration, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel* (doravante Caso Odyssey), que envolveu o naufrágio do *Nuestra Señora de las Mercedes* (*Mercedes*).⁷⁰ Em síntese: em março de 2007, a Odyssey descobriu o *Mercedes*, que foi afundado por forças britânicas em 1804, a cerca de 100 M a oeste do Estreito de Gibraltar em uma profundidade de 1.100 metros, em um ponto nunca exatamente revelado, apelidado de *Black Swan*. Em abril de 2007, a Odyssey ingressou com uma ação em um tribunal distrital da Flórida, reivindicado a posse e a propriedade da carga de um naufrágio (cerca de 595 mil moedas) com base na lei dos achados e em uma reivindicação por recompensa conforme as normas de salvamento.⁷¹

A Espanha argumentou que o tribunal distrital não tinha jurisdição sobre o tema, uma vez que o navio estaria sob imunidade de jurisdição nos termos do *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA, 1976), e requereu que o tribunal encerrasse a custódia da Odyssey sobre os objetos resgatados e ordenasse sua entrega à Espanha.⁷² O Peru, por sua vez, alegou que a carga do naufrágio era “física, cultural e historicamente” originária do país andino, reivindicando, assim, direitos de propriedade. Além disso, 25 indivíduos de nacionalidade peruana afirmaram ser descendentes de pessoas cujos objetos estavam a bordo do *Mercedes*.⁷³ Os Estados Unidos, da mesma forma que no caso envolvendo o *La Galga* e o *Juno*, atuou como *amicus curiae* e submeteu uma declaração de apoio ao pleito espanhol.⁷⁴

Em dezembro de 2009, o tribunal distrital entendeu, com base no FSIA (1976), que não tinha jurisdição sobre o caso e ordenou que a Odyssey devolvesse os objetos recuperados à Espanha em um prazo de dez dias.⁷⁵ Em setembro de 2011, o tribunal de apelação da décima primeira circunscrição confirmou a decisão do tribunal distrital, ratificando a tese da imunidade de jurisdição em favor da Espanha.⁷⁶

3.3 O vínculo entre o navio de estado naufragado e sua carga

O caso Odyssey também se tornou paradigmático ao examinar, ainda que parcialmente, a questão referente ao possível vínculo entre o navio naufragado e sua carga. O tribunal distrital, sem grande justificativas, entendeu que a imunidade de jurisdição da Espanha se estendia também à sua carga e, portanto, não tinha jurisdição sobre o caso. Por extensão, considerou-se prejudicado para analisar os pleitos do Peru e dos 25 requerentes individuais.⁷⁷

O tribunal da décima primeira circunscrição, embora confirmando a decisão em primeira instância, optou por avançar na análise da relação entre o *Mercedes* e sua carga. Para o tribunal de apelação, “embora o *Mercedes* transportasse carga privada de cidadãos espanhóis mediante pagamento, o transporte era de natureza soberana”, dessa forma, “no contexto de um navio militar espanhol naufragado, a carga e o naufrágio estão interligados para fins de imunidade”.⁷⁸ Para alcançar essa con-

⁷⁰ UNITED STATES. Supreme Court. *Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified, Shipwrecked Vessel*. Case No: 8:07-cv-614-T-23MA. 9 abr. 2007. Disponível em: <https://dockets.justia.com/docket/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978>. Acesso em: 8 jul. 2024.

⁷¹ A Odyssey não só não reconhecia que o naufrágio era o *Mercedes*, como também alegava que “there is an actual absence of a vessel at the site”. No entanto, vídeos e imagens produzidos pela Odyssey do local dos destroços ajudaram a comprovar que se tratava do *Mercedes*.

⁷² SCOVAZZI, Tullio. Sunken Spanish Ships before American Courts. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 34, n. 2, p. 274, 2019.

⁷³ HUANG, Jie. Odyssey’s treasure ship: salvor, owner, or sovereign immunity. *Ocean Development and International Law*, v. 44, n. 2, p. 170-184, 2013. p. 171.

⁷⁴ Recorde-se que em 19 de janeiro de 2001, durante a administração Clinton, foi emitido o *Statement on United States Policy for the Protection of Sunken Warships*, em que se destaca a seguinte passagem: “The United States recognizes the rule of international law that title to foreign sunken State craft may be transferred or abandoned only in accordance with the law of the foreign flag State. Further, the United States recognizes that title to a United States or foreign sunken State craft, wherever located, is not extinguished by passage of time, regardless of when such sunken State craft was

lost at sea”. UNITED STATES. *Administration of William J. Clinton*. 19 jan. 2001. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/WCPD-2001-01-22/pdf/WCPD-2001-01-22-Pg195.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2024.

⁷⁵ UNITED STATES. Supreme Court. *Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified, Shipwrecked Vessel*. Case No: 8:07-cv-614-T-23MA. 9 abr. 2007. Disponível em: <https://dockets.justia.com/docket/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978>. Acesso em: 8 jul. 2024.

⁷⁶ UNITED STATES. Supreme Court. *Odyssey Marine Exploration, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel*. Case Nos: 10-10269/10-10317/10-10318/10-10-319/10-10320/10-10375. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/11a745.htm>. Acesso em: 8 jul. 2024.

⁷⁷ HUANG, Jie. Odyssey’s treasure ship: salvor, owner, or sovereign immunity. *Ocean Development and International Law*, v. 44, n. 2, p. 170-184, 2013. p. 174.

⁷⁸ UNITED STATES. Supreme Court. *Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified, Shipwrecked Vessel*. Case No: 8:07-cv-614-T-23MA. 9 abr. 2007. Disponível em: <https://dockets.justia.com/docket/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978>. Acesso em: 8 jul. 2024. Traduções do original: “Although the Mercedes did transport private cargo of Spanish citizens for a charge, the transport was of a sovereign nature”; [...]

clusão, o tribunal de apelação baseou-se tanto no *Sunken Military Craft Act* (2004) — que protege os navios militares afundados e sua carga —, quanto no *Abandoned Shipwreck Act* (1987) — que incorpora o navio e sua carga na definição de naufrágio. O tribunal de apelação recordou o precedente *Republic of Philippines v. Pimentel* (2008) ao considerar o potencial lesivo à imunidade da Espanha caso o *Mercedes* fosse separado de sua carga.⁷⁹

No entanto, o tribunal de apelação ponderou que sua decisão se refere, apenas, à questão da imunidade de jurisdição e não prejudica a questão da propriedade da carga, uma vez que

Não afirmamos que os objetos recuperados (*res*) são de propriedade espanhola. Ao contrário, afirmamos apenas que a imunidade soberana devida ao naufrágio do *Mercedes* também se aplica a qualquer carga que o *Mercedes* estivesse transportando quando naufragou.⁸⁰

Dessa forma, ao ratificar o entendimento de que o navio e a carga estão ligados e, portanto, gozam de imunidade de jurisdição, o tribunal de apelação confirmou a devolução dos objetos à Espanha “sob custódia”, ou seja, a questão da propriedade da carga poderia ser discutida, em outro fórum ou por meio de negociações bilaterais entre os Estados.⁸¹ Por fim, se não fosse reco-

in the context of a sunken Spanish military vessel, the cargo and the shipwreck are interlinked for immunity purposes”.

⁷⁹ UNITED STATES. Supreme Court. *Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified, Shipwrecked Vessel*. Case No: 8:07-cv-614-T-23MA. 9 abr. 2007. Disponível em: <https://dockets.justia.com/docket/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978>. Acesso em: 8 jul. 2024. “While Pimentel is factually distinguishable, we find its reasoning instructive. The same ‘promotion of the comity interest’ that led the Supreme Court to dismiss the action in Pimentel compels this Court to treat the cargo and the Mercedes as one for sovereign immunity purposes. Id. There is an undeniable potential for injury to Spain’s interest if we separated the Mercedes from its cargo and upheld an arrest of the cargo found and salvaged from a warship that is entitled to immunity”.

⁸⁰ UNITED STATES. Supreme Court. *Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified, Shipwrecked Vessel*. Case No: 8:07-cv-614-T-23MA. 9 abr. 2007. Disponível em: <https://dockets.justia.com/docket/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978>. Acesso em: 8 jul. 2024. Tradução do original: “We do not hold the recovered *res* is ultimately Spanish property. Rather, we merely hold the sovereign immunity owed the shipwreck of the Mercedes also applies to any cargo the Mercedes was carrying when it sank”. No âmbito deste caso, *res* refere-se “the unidentified shipwrecked vessel, its apparel, tackle, appurtenances and cargo”. Registre-se também que a *Odyssey* negava que o “navio naufragado não identificado” (*unidentified shipwrecked vessel*) fosse o *Mercedes*, como alegado pela Espanha. O tribunal concluiu, no entanto, que o navio naufragado era o *Mercedes*, pertencente à armada espanhola.

⁸¹ SCOVAZZI, Tullio. *Sunken Spanish Ships before American Courts*. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 34, n. 2, p. 279-280, 2019; “By ordering *Odyssey*, as substitute custodian, to release the *res* into Spain’s custody, the court is relinquishing its control of the *res* and

nhecido o vínculo entre o navio naufragado e sua carga, ou se a atividade de transporte de bens privados pelo *Mercedes* fosse considerada de natureza comercial, a imunidade de jurisdição da Espanha não seria reconhecida nos termos do FSIA (1976).⁸²

O mesmo raciocínio poderia ser aplicado nos termos da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos seus Bens (2004), que, para determinar se um contrato ou transação constitui uma “transação comercial”, indica que

O seu objetivo [deve] ser também tido em conta se as partes assim o convencionarem no contrato ou transação, ou se, na prática do Estado do foro, esse objetivo for pertinente para determinar a natureza não comercial do contrato ou transação.⁸³

Por outro lado, o artigo 16.4 deste tratado estabelece que a imunidade jurisdicional do navio de Estado se “aplica a qualquer carga transportada a bordo dos navios”.⁸⁴

O relatório final do *Institut de Droit International* (IDI) sobre naufrágios de navios de Estado, fortemente influenciado pela decisão do caso *Odyssey*, também reconhece o vínculo entre o navio de Estado e sua carga. Assim, a parte resolutiva dispõe que: “Sem prejuízo de outros dispositivos desta Resolução, os navios de Estado afundados estão imunes à jurisdição de qualquer Estado que não seja o Estado de bandeira” (artigo 3); complementando que: “a carga a bordo do navio de Estado afundado está imune à jurisdição de qualquer Estado que não seja o Estado de bandeira” (artigo 5.1).⁸⁵

releasing it to the party that has a sovereign interest in it. Further, Spain’s sovereign interest in the res existed before Odyssey initiated this action and deposited the parts of the res it had salvaged from the shipwreck”. UNITED STATES. Supreme Court. *Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified, Shipwrecked Vessel*. Case No: 8:07-cv-614-T-23MA. 9 abr. 2007. Disponível em: <https://dockets.justia.com/docket/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978>. Acesso em: 8 jul. 2024.

⁸² HUANG, Jie. *Odyssey’s treasure ship: salvor, owner, or sovereign immunity*. *Ocean Development and International Law*, v. 44, n. 2, p. 170-184, 2013. p. 178.

⁸³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos seus Bens*. Disponível em: <https://files.dre.pt/1s/2006/06/117a00/43444363.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2024.

⁸⁴ Assim como no caso da CPPCS, como o Brasil tampouco assinou a Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos seus Bens (*United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Properties*), utilizou-se aqui a versão adotada em Portugal.

⁸⁵ INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW. *The legal regime of wrecks of warships and other state-owned ships in international law*. *Yearbook of the Institute of International Law*, v. 76, jun. 2015. Dis-

Portanto, a decisão do caso *Odyssey* é amplamente respeitada entre os internacionalistas, tanto por reconhecer a imunidade de jurisdição da Espanha em relação aos navios naufragados quanto por estender essa imunidade soberana à carga do navio, ao reconhecer o vínculo estabelecido entre o *Mercedes* e sua carga.

4 O naufrágio do Galeão *San José* e os interesses dos estados e povos de origem cultural, histórica e arqueológica

Há vários pontos de semelhança entre os casos do *Mercedes* e do *San José*, especialmente em relação à condição de navio de Estado e à origem de sua carga. No entanto, o caso do *San José* apresenta características únicas: (i) a Colômbia, Estado costeiro onde se encontra o naufrágio, declarou os destroços do *San José* como um “bem de interesse cultural de âmbito nacional”, mas se vê envolvida em diferentes controvérsias jurídicas com “caçadores de tesouros”; (ii) Bolívia e Peru, Estados com “interesses legítimos” na carga do *San José*, poderiam também manifestar interesse, mas a questão da sucessão de Estados precisa ser considerada, já que à época do naufrágio ambos eram colônias espanholas; e (iii) certos povos originários andinos demonstraram interesse na questão e têm vínculos comprovados de natureza cultural, histórica ou arqueológica com a carga do naufrágio.

4.1 O naufrágio do Galeão *San José* e a disputa entre a Colômbia e a Sea Search-Armada

O *San José*, um galeão da armada espanhola, foi afundado em 8 de junho de 1708 por navios britânicos no litoral da atual Colômbia no contexto da Guerra da Sucessão Espanhola (1701-1714). A carga do *San José* — estimada em cerca de 200 toneladas de ouro, prata e esmeraldas — era proveniente do Vice-Reinado do Peru, onde a prata e o ouro foram extraídos das minas

de Potosí (sul da atual Bolívia).⁸⁶ Após serem extraídos, os metais preciosos foram enviados para Lima, onde foram cunhados em moedas e posteriormente transportados por via marítima até o Panamá e de lá por terra até Portobelo, no outro lado do istmo, onde o galeão foi carregado.⁸⁷ Antes de iniciar o retorno à Espanha, a esquadra composta pelo *San José* e outros navios dirigia-se à Cartagena de Índias, quando foi atacada e o *San José* afundado, possivelmente próximo à ilha do Rosário.⁸⁸

O interesse da Colômbia pelo patrimônio cultural subaquático pode ser considerado como antigo, já que a primeira lei e regulamentação do tema (*Ley 163*, de 1959; *Decreto 264*, de 1963) antecedem, em mais de duas décadas, a adoção da CNUDM. Desde então, houve mudanças e aperfeiçoamentos legislativos, mas que mantiveram um enfoque essencialmente protecionista em relação ao patrimônio cultural em geral, embora tenham admitido, em certa medida, normas de salvamento para o patrimônio subaquático.⁸⁹

Reflexo desse posicionamento refere-se ao fato de que, em 1980, a autoridade marítima da Colômbia (*Dirección General Marítima y Portuaria*, DIMAR) autorizou que a empresa norte-americana Glocca Morra Company a conduzir atividades exploratórias para localizar naufrágios em uma área previamente determinada por um período inicial de dois anos. A decisão da DIMAR também concedeu à Glocca Morra direitos preferenciais, nos termos da legislação colombiana, para negociar os termos de um contrato de salvamento, caso a empresa localizasse algum naufrágio. Em 1982, a Glocca Morra informou à DIMAR que havia localizado destroços de um naufrágio. No ano seguinte, em 1983, o governo colombiano apresentou à Glocca Morra uma minuta de contrato de salvamento, estipulando uma di-

ponível em: https://www.idi-ii.org/app/uploads/2017/06/2015_Tallinn_09_en-1.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024. p. 364. Traduções do original: “Without prejudice to other provisions of this Resolution, sunken State ships are immune from the jurisdiction of any State other than the flag State”; “Cargo on board sunken State ships is immune from the jurisdiction of any State other than the flag State”.

⁸⁶ ROJAS, Andrea P. B.; AGUDELO, Guillermo A. G.; OSORIO, Laura C. A. La disputa por el galeón *San José* y su pecio: estudio del caso de la nación Qhara Qhara (pueblos indígenas del estado plurinacional de Bolivia) bajo la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Diálogo Andino*, n. 66, p. 451-462, 2021. p. 452.

⁸⁷ PORRAS FERREIRA, José W. Breve reseña histórica del Galeón San José. *Research Gate*, 4 set. 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327427063_Breve_resena_historica_del_Galeon_San_Jose. Acesso em: 8 jul. 2024.

⁸⁸ PHILLIPS, Carla Rahn; HATTENDORF, John B.; BEALL, Thomas R. The sinking of the galleon San José on 8 June 1708: an exercise in historical detective work. *Mariner's Mirror*, v. 94, n. 2, p. 176-187, 2008. p. 176-177.

⁸⁹ RENGIFO LOZANO, Antonio José. Las objeciones de Colombia a la Convención Internacional de la UNESCO sobre Protección del Patrimonio Cultural Subacuático. *Pensamiento Jurídico*, p. 117-150, 2009. p. 137-142.

visão de 50% dos bens recuperados dentro das coordenadas estabelecidas em 1982.⁹⁰

Contudo, em 1984, o governo colombiano, por meio de um decreto presidencial, reduziu o percentual devido ao salvador de 50% para 5% do valor bruto do que fosse resgatado, e eliminou quaisquer direitos preferenciais a um contrato de salvamento. Ato contínuo, a DIMAR ofereceu à Sea Search-Armada — sucessora da Glocca Morra nos direitos de salvamento — dividir o que fosse recuperado em uma escala variável entre 20% e 50%, proposta que foi aceita pela Sea Search-Armada. No entanto, o acordo final entre a DIMAR e a Sea Search-Armada nunca foi firmado.⁹¹

Nos anos 1990, diante do insucesso das negociações bilaterais, a Sea Search-Armada decidiu levar suas reivindicações ao judiciário colombiano, obtendo sucessivas vitórias, totais ou parciais. Em 2007, em última instância, a Suprema Corte da Colômbia rejeitou grande parte das alegações do governo colombiano e confirmou alguns dos direitos reivindicados pela Sea Search-Armada, incluindo o direito a 50% do que fosse resgatado, dentro das coordenadas estabelecidas em 1982.⁹²

A Sea Search-Armada, porém, alegou que, nos três anos seguintes, tentou negociar diretamente com o governo colombiano para implementar a decisão da Suprema Corte, mas sem sucesso. Como forma de pressionar o governo colombiano, a Sea Search-Armada optou por duas novas abordagens: (i) na corte distrital de Washington; e (ii) na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Em dezembro de 2014, o Ministério da Cultura da Colômbia aceitou reabrir negociações com a Sea Search-Armada, desde que a empresa retirasse definitivamente a ação movida em Washington e a petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o que foi aceito pela empresa. As conversas entre o governo colombiano e a Sea Search-Armada foram, então, retomadas em maio de 2015.⁹³

⁹⁰ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Sea Search-Armada, LLC (USA) v. The Republic of Colombia*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/300/>. Acesso em: 8 jul. 2024.

⁹¹ ZENKIEWICZ, Maciej; WASILEWSKI, Tadeusz. The galleon ‘San José’. Almost four decades of legal struggles on the national and international plane. *Comparative Law Review*, v. 25, p. 319-342, 2019. p. 330-331.

⁹² SALAS, Luisa D. R.; RAMIREZ, Katherine R. ¿En dónde fue hallado el Galeón San José y a quien le pertenece este gran tesoro? *Revista Nueva Época*, n. 49, p. 291-324, 2018. p. 293-297.

⁹³ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Sea Search-Armada, LLC (USA) v. The Republic of Colombia*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/300/>. Acesso em: 8 jul. 2024.

Em uma grande reviravolta, em dezembro de 2015, o governo colombiano anunciou a (ou nova) descoberta do galeão *San José*.⁹⁴ A partir desse momento, a controvérsia entre a Sea Search-Armada e o governo colombiano ganhou novos contornos, pois não está claro se as partes estão disputando o mesmo naufrágio. A Sea Search-Armada solicitou que o governo colombiano confirmasse que a descoberta de 2015 estava localizada fora das coordenadas estabelecidas em 1982. A Colômbia recusou-se a confirmar a localização exata dos destroços, mas contesta que os destroços encontrados pela Glocca Morra sejam do *San José*, pois o relatório entregue pela empresa não menciona o galeão em nenhum momento.⁹⁵

Por fim, em dezembro de 2022 com base no amparo do *United States-Colombia Trade Promotion Agreement*, a Sea Search-Armada solicitou a constituição de um tribunal arbitral para examinar suas reivindicações contra o Estado colombiano, que incluem a exigência de que a Colômbia indenize o requerente por todos os danos causados, estimados atualmente em 10 bilhões de dólares (excluindo juros).⁹⁶ A Colômbia solicitou a suspensão do processo e que o tribunal arbitral declarasse não ter jurisdição sobre as reivindicações submetidas pela Sea Search-Armada.⁹⁷ Em fevereiro de 2024, o tribunal arbitral decidiu rejeitar todas as objeções submetidas pela Colômbia. As audiências estão marcadas para ocorrer em Haia, sede da Corte Permanente de Arbitragem, ao final de 2025.⁹⁸

Nesse meio tempo, em janeiro de 2020, o Ministério da Cultura da Colômbia publicou a Resolução n. 0085, declarando os destroços do galeão *San José* com

pca-cpa.org/en/cases/300/. Acesso em: 8 jul. 2024.

⁹⁴ COLOMBIA. Ministerio de Cultura. “Hemos encontrado, 307 años después de su hundimiento, el Galeón San José”: Presidente Santos. Disponível em: <https://www.mincultura.gov.co/prensa/noticias/Paginas/Hemos-encontrado,-307-a%C3%B1os-despu%C3%A9s-de-su-hundimiento,-el-Gale%C3%B3n-San-Jos%C3%A9-Presidente-Santos.aspx>. Acesso em: 8 jul. 2024.

⁹⁵ SALAS, Luisa D. R.; RAMIREZ, Katherine R. ¿En dónde fue hallado el Galeón San José y a quien le pertenece este gran tesoro? *Revista Nueva Época*, n. 49, p. 291-324, 2018. p. 317-318.

⁹⁶ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Sea Search-Armada, LLC (USA) v. The Republic of Colombia*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/300/>. Acesso em: 8 jul. 2024.

⁹⁷ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Sea Search-Armada, LLC (USA) v. The Republic of Colombia*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/300/>. Acesso em: 8 jul. 2024.

⁹⁸ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Sea Search-Armada, LLC (USA) v. The Republic of Colombia*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/300/>. Acesso em: 8 jul. 2024.

um “bem de interesse cultural de âmbito nacional”.⁹⁹ Com essa medida, o governo colombiano visa impedir qualquer tentativa de exploração do *San José* com fins comerciais.

Recentemente, em maio de 2024, por meio da Resolução n. 0712, o Instituto Colombiano de Antropologia e História decidiu:

Declarar un segmento específico del territorio nacional situado en las aguas del Mar Caribe colombiano, como Área Arqueológica Protegida del contexto arqueológico del Galeón San José, con un área aproximada de 1 km².¹⁰⁰

No entanto, a localização exata da área protegida segue uma incógnita: “Que las coordenadas geográficas de delimitación del polígono correspondiente al Área Arqueológica Protegida del contexto Galeón San José son información reservada”.¹⁰¹ Conjuntamente com a adoção dessa resolução, o governo colombiano lançou o projeto “Hacia el corazón del Galeón San José”, que inclui várias fases para a identificação do naufrágio do galeão, entre elas: geração de imagens do sítio, pré-diagnóstico de conservação, robótica e logística operacional, divulgação e gestão de risco.¹⁰²

Caso o governo colombiano consiga de fato avançar no resgate dos destroços do galeão e de sua carga, e reivindique sua propriedade, certamente encontrará na Espanha um considerável opositor. Além disso, um oponente com uma vasta experiência em controvérsias

desse tipo, especialmente após as duas vitórias obtidas em cortes norte-americanas.

Entretanto, os precedentes favoráveis à Espanha terão impacto limitado em uma eventual controvérsia *vis-à-vis* com a Colômbia. Em primeiro lugar, porque são provenientes de cortes domésticas e, portanto, não geram precedentes vinculativos ou qualquer tipo de obrigação para a Colômbia, embora sejam amplamente respaldados por especialistas. Em segundo lugar, ao contrário do caso do *La Galga* e do *Juno*, onde o Estado costeiro (Estados Unidos) apoiou o pleito espanhol, a Colômbia demonstrou, claramente, sua intenção de recuperar e manter os objetos encontrados nos destroços do *San José*. Em terceiro lugar, a Sea Search-Armada possui uma decisão favorável da mais alta instância do país, mesmo que o objeto dessa decisão seja controverso, o que pode dificultar as negociações entre Espanha e Colômbia.

Caso a CPPCS fosse aplicável ao caso do galeão *San José* — em princípio não será, já que nem a Colômbia nem o Peru são partes da convenção —, a Colômbia muito provavelmente seria o Estado coordenador e iniciaria consultas com os demais Estados com “interesses legítimos” no naufrágio — a Espanha, o Peru e a Bolívia — sobre como assegurar a proteção efetiva dos destroços e sua carga. Esse caminho seria o mais adequado, já que obrigaria o governo colombiano a estabelecer algum tipo de cooperação com os demais Estados interessados. Essa opção certamente seria preferível à judicialização em cortes colombianas, caso um dos Estados com interesses legítimos se julgue prejudicado ou excluído de participar na determinação da melhor forma de proteger o *San José*.

Por fim, embora o governo colombiano venha manifestando vontade de ficar com a carga do navio, por outro lado, tampouco parece descartar a possibilidade de uma colaboração com a Espanha e outros Estados e povos do antigo império espanhol.¹⁰³ Portanto, as possibilidades de que os Estados interessados e, mesmo os povos com “interesses legítimos”, cheguem a um acordo existem, mas só ficarão mais claras quando os

⁹⁹ COLOMBIA. Ministerio de Cultura. *Resolución número 0085 de 2020*. Disponível em: <http://www.legisaldia.com/BancoMedios/Archivos/res-0085-20%28mincultura%29.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2024.

¹⁰⁰ INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGÍA E HISTORIA. *Resolución Número 0712 de 2024*. Disponível em: https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/NORMATIVA/TEXTOS_COMPLETOS/8_RESOLUCIONES/RESOLUCIONES%202024/Resoluci%C3%B3n%200712%20de%202024.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024.

¹⁰¹ INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGÍA E HISTORIA. *Resolución Número 0712 de 2024*. Disponível em: https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/NORMATIVA/TEXTOS_COMPLETOS/8_RESOLUCIONES/RESOLUCIONES%202024/Resoluci%C3%B3n%200712%20de%202024.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024.

¹⁰² COLOMBIA. Ministerio de Cultura. *Colombia inicia la fase 1 del Proyecto de Investigación “Hacia el corazón del galeón San José” con acciones de protección del patrimonio cultural sumergido*. Disponível em: <https://www.mincultura.gov.co/prensa/noticias/Paginas/colombia-inicia-la-fase-1-del-proyecto-de-investigacion-hacia-el-corazon-del-galeon-san-jose-con-acciones-de-proteccion-del.aspx>. Acesso em: 8 jul. 2024.

¹⁰³ VANEGAS, Santiago. *Cómo será la compleja operación en aguas de Colombia para extraer los primeros tesoros del mítico galeón San José, hundido hace 300 años*. *BBC News*, 2 mar. 2024. Disponível em: <https://www.bbc.com/mundo/articulos/cv2y5e1lj-3do>. Acesso em: 8 jul. 2024.

destruções do *San José* e sua carga forem efetivamente resgatados.

4.2 A carga do Galeão *San José* e os interesses do Peru e da Bolívia: sucessão de estados

A questão da sucessão de Estados sempre se mostrou controversa e desafiante no âmbito do direito internacional. O tema é objeto de duas convenções: a Convenção de Viena sobre a Sucessão de Estados em Matéria de Tratados (1978) — em vigor internacional, mas com apenas 23 Estados-partes; e a Convenção de Viena sobre a Sucessão de Estados em Matéria de Bens, Arquivos e Dívidas (1983), ainda não entrou em vigor internacionalmente e apenas 7 Estados ratificaram/aderiram o instrumento.¹⁰⁴ Devido à baixa adesão a ambas, não se pode argumentar que formem parte do direito internacional consuetudinário.

A Convenção de Viena de 1983 no artigo 15.1(f) faz referência aos bens móveis — por exemplo, a carga do *San José* — e a situação de novos Estados independentes, estabelecendo que:

quando o Estado sucessor é um novo Estado independente: [...] f) bens móveis estatais do Estado predecessor [...] cuja criação o território dependente tenha contribuído, deverão passar para o Estado sucessor na proporção da contribuição do território dependente.¹⁰⁵

Para Losier, o artigo 15.1(f) da Convenção de Viena de 1983 tentou, sem êxito, implementar a Declaração sobre a Concessão de Independência dos Países Coloniais (Resolução da Assembleia Geral da ONU n. 1514, de dezembro de 1960) que possibilitaria que os Estados de origem dos bens culturais, históricos e arqueológicos reivindicassem a carga de navios naufragados.¹⁰⁶ Nessa mesma linha, Hernández acredita que, caso a Convenção de Viena de 1983 estivesse em vigor internacionalmente, ela contribuiria para promover a reparação de práticas de exploração e daria maior segurança jurídica

às controvérsias relativas aos navios de Estado e suas cargas consideradas como parte do patrimônio cultural subaquático.¹⁰⁷

O relatório final do IDI sobre naufrágios de navios de Estado complementa que o artigo 15.1(f) da Convenção de Viena de 1983 representaria um progressivo desenvolvimento do direito internacional, especialmente quando comparado com o artigo 149 da CNUDM, que dispõe sobre os direitos preferenciais do “Estado ou país de origem” em relação aos objetos de caráter arqueológico e histórico encontrados na Área.¹⁰⁸

O caso *Odyssey* também se destaca pelo aspecto singular da sucessão de Estados. Como visto anteriormente, o Peru interveio no caso com uma reivindicação concorrente à da Espanha, afirmando “seus direitos soberanos e outros direitos sobre a propriedade originada em seu território ou produzida por seu povo”. O Peru deixou claro que “não reivindica qualquer interesse sobre qualquer navio ou guarnições de qualquer navio neste assunto”.¹⁰⁹ Além dos aspectos de direito do mar e sucessão de Estados, o Peru também sustentou seus pleitos com base no Princípio da Equidade, em razão da exploração sofrida de seu antigo governante colonial.¹¹⁰

Nesse sentido, Norton Moore, a pedido do governo peruano, apresentou sua opinião (*affidavit*) sobre as reivindicações do Peru quanto aos objetos em disputa no caso *Odyssey*. Norton Moore ressaltou que o Peru é “um outro soberano e sucessor do Estado espanhol” e que tem um

Interesse inequívoco em bens que se originaram física, cultural e historicamente no Peru e foram retirados do Peru em um período hoje amplamente

¹⁰⁴ UNITED NATIONS. United Nations Treaty Collection. Disponível em: <https://treaties.un.org>. Acesso em: 8 jul. 2024.

¹⁰⁵ Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts (8 April 1983). Tradução do original: “Article 15. 1. When the successor State is a newly independent State: [...] (f) moveable State property of the predecessor State [...], to the creation of which the dependent territory has contributed, shall pass to the successor State in proportion to the contribution of the dependent territory”.

¹⁰⁶ LOSIER, M. M. The conflict between sovereign immunity and the cargo of sunken colonial vessels. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 33, n. 3, p. 528-557, 2018. p. 543.

¹⁰⁷ ARJONA HERNÁNDEZ, Noelia. El conflicto entre la inmunidad soberana y la carga de los buques hundidos: el rol de la equidad. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, v. 17, p. 1-32, 2023.

¹⁰⁸ INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW. The legal regime of wrecks of warships and other state-owned ships in international law. *Yearbook of the Institute of International Law*, v. 76, jun. 2015. Disponível em: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2015_Tallinn_09_en-1.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024. p. 298.

¹⁰⁹ *Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified, Shipwrecked Vessel* (Middle District of Florida, 2009). Verified Conditional Claim of the Republic of Peru (1 Aug. 2008). Traduções do original: “[the Republic of Peru affirms and restates] its sovereign and other rights in property that originated in its territory or was produced by its people”; “[the Republic of Peru] does not claim any interest in any vessel or appurtenances of any vessel in this matter”.

¹¹⁰ *Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified, Shipwrecked Vessel* (Middle District of Florida, 2009). The Republic of Peru’s Response to the Kingdom of Spain’s Motion to Dismiss or for Summary Judgment (17 Nov. 2008).

entendido como um período de exploração vergonhosa da população nativa do Peru.¹¹¹

Norton Moore complementou que o direito do mar reconhece os “direitos preferenciais” (artigo 149 da CNUDM) e que, entre a Espanha e o Peru, o país andino “parece ter melhores direitos preferenciais sobre esses artefatos”.¹¹²

Em sentido oposto, a Espanha rejeitou os argumentos de que o Peru seria “o Estado ou país de origem” do *Mercedes*, nos termos do artigo 149 da CNUDM: “[...] quando o *Mercedes* deixou El Callao, tudo o que foi ali colocado a bordo ‘originou-se’ no que fazia parte da Espanha”. Além disso, no que se refere à sucessão de Estados, a Espanha arguiu que qualquer menção do Peru à Convenção de Viena de 1983 deveria ser desconsiderada, seja por não estar em vigor internacionalmente, seja por este não representar o direito internacional consuetudinário — Espanha, Peru e Estados Unidos não assinaram o tratado.¹¹³

Em primeira instância, o tribunal distrital da Flórida entendeu que “para disputas entre soberanos concorrentes sobre patrimônio cultural subaquático descoberto em águas internacionais, não existe direito internacional consuetudinário” e, por conseguinte, “a disputa entre a Espanha e o Peru sobre os objetos deve ser melhor resolvida por meio de negociações diretas entre os dois e não neste fórum”.¹¹⁴ Em segunda instância, o

tribunal da décima primeira circunscrição, ao confirmar a decisão do tribunal distrital, também não enfrentou a questão da sucessão de Estados, já que o *Mercedes* seria “inquestionavelmente” propriedade da Espanha.¹¹⁵

Ainda que a decisão do caso *Odyssey* possa ser entendida como um revés às pretensões do Peru, a CPPCS garante aos Estados-partes que têm um “interesse legítimo” no patrimônio cultural subaquático, “especialmente de natureza cultural, histórica ou arqueológica”, o direito de serem consultados sobre a forma de garantir a proteção desses bens (artigo 9).

No caso do *San José*, esse direito parece se estender também à Bolívia, que é parte da CPPCS desde 2017. Assim como no caso do *Mercedes*, grande parte, senão mesmo a totalidade, da carga do *San José* foi explorada nas minas de Potosí (sul da atual Bolívia) e cunhada em Lima e na própria Bolívia, caracterizando, claramente, um “interesse legítimo” de natureza cultural, histórica ou arqueológica com a carga do naufrágio (artigo 9.5 da CPPCS).¹¹⁶

A Bolívia não submeteu uma reivindicação concorrente à Espanha no âmbito do caso *Odyssey*, mas sinalizou, aparentemente sem grande ênfase, considerar a descoberta do *Mercedes* e sua carga como parte de um patrimônio cultural “compartilhado”.¹¹⁷

4.3 A carga do Galeão San José e os interesses dos povos originários Andinos

Embora o Estado boliviano não tenha sido uma presença ativa no caso *Odyssey* e tampouco, até o momento, no caso do *San José*, isso não impediu certos povos originários do país de demonstrarem interesse sobre o destino da carga do galeão espanhol. Em fins de março de 2024, a imprensa deu ampla repercussão ao fato de

¹¹¹ *Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified, Shipwrecked Vessel* (Middle District of Florida, 2009). Affidavit – John Norton Moore (30 Jan. 2009). Tradução do original: “another sovereign and a successor state to Spain”; “[...] an obvious interest in property which physically, culturally and historically originated in Peru and which was taken from Peru in a period now widely understood as a period of shameful exploitation of the native population of Peru”.

¹¹² *Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified, Shipwrecked Vessel* (Middle District of Florida, 2009). Affidavit – John Norton Moore (30 Jan. 2009). Tradução do original: “would seem to have the better preferential rights to these artifacts”.

¹¹³ *Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified, Shipwrecked Vessel* (Middle District of Florida, 2009). Kingdom of Spain Reply to Claimant Republic of Peru Response to Spain’s Motion to Dismiss or for Summary Judgment (26 Jan. 2009). Tradução do original: “[...] when the *Mercedes* sailed from El Callao, everything placed on board there ‘originated’ in what was part of Spain”.

¹¹⁴ Por outro lado, o magistrado registrou que: “Although I recognize the appeal of the legal principles Professor Moore advances and the responsiveness of those principles to considerations of justice in resolving a dispute between Peru and Spain, I conclude that the principles are not the governing tools of decision in this case in the United States district court (although the principles articulated by Professor Moore may govern in another forum on another day in resolving Peru’s challenge to Spain’s retention of the disputed items)”. *Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified, Shipwrecked Vessel* (Middle District of Florida, 2009). Order (3 June 2009). Tradução do original:

“For disputes between competing sovereigns over underwater cultural heritage discovered in international waters, there is no customary international law”; “Spain and Peru’s dispute over the specie is best resolved through direct negotiations between the two and not in this forum”.

¹¹⁵ UNITED STATES. Supreme Court. *Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified, Shipwrecked Vessel*. Case No: 8:07-cv-614-T-23MA. 9 abr. 2007. Disponível em: <https://dockets.justia.com/docket/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978>. Acesso em: 8 jul. 2024.

¹¹⁶ JAKUBOWSKI, Andrzej. *State succession in cultural property*. Oxford: OUP, 2015. p. 312.

¹¹⁷ PERU and Bolivia also want their share of the gold found in Spanish galleon. *Mercopress*, 28 dez. 2009. Disponível em: <https://en.mercopress.com/2009/12/28/peru-and-bolivia-also-want-their-share-of-the-gold-found-in-spanish-galleon>. Acesso em: 8 jul. 2024.

que os Caranga, Chicha e Killaka enviaram uma carta à UNESCO solicitando que a Colômbia respeite seus direitos de serem previamente consultados e de participarem das decisões referentes ao naufrágio do *San José*.¹¹⁸

Afinal, grande parte da riqueza em metais preciosos a bordo do *San José* foi extraída nas minas de Potosí por meio da exploração de povos andinos sob terríveis condições de trabalho. A extração de prata requeria grandes contingentes de pessoas e, para suprir tal necessidade, a Espanha instituiu um sistema de trabalhos forçados nas minas. Além disso, os povos andinos não se beneficiaram da produção nas minas, já que essa imensa riqueza foi drenada para a compra de bens na Europa ou em esforços de guerra do império espanhol. Em síntese, a exploração e a apropriação desses recursos minerais pela Espanha tiveram efeitos devastadores sobre os povos originários, cujos impactos perduram até os dias atuais.¹¹⁹

Em termos jurídicos, entretanto, os direitos dos povos indígenas são, em sua maioria, ignorados nas convenções e declarações internacionais. A CPPCS, por exemplo, não reconhece os direitos dos povos originários sobre o patrimônio cultural subaquático, mesmo que o tema tenha sido levantado pela Austrália durante o processo negocial na UNESCO, em reconhecimento da importância atribuída ao mar pelos povos aborígenes do país.¹²⁰ Entretanto, a CNUDM restringe os direitos preferenciais ao “Estado” ou “país” de origem.

Outro exemplo é a Convenção sobre as Medidas a Serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, a Exportação e a Transferência de Propriedade Ilícitas de Bens Culturais (1970) que dispõe que

A exportação e a transferência compulsórias de propriedade de bens culturais, que resultem direta ou indiretamente da ocupação de um país por uma

potência estrangeira, serão consideradas ilícitas (artigo 11).¹²¹

No entanto, essa convenção limita sua aplicação a Estados-parte e após a entrada em vigor desta.¹²²

A Convenção da UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilícitamente Exportados menciona e concede algumas prerrogativas às “comunidades autóctones ou tribais”, mas também de forma insuficiente e dependente do Estado. De acordo com o artigo 5.3(d), “um tribunal ou qualquer outra autoridade competente” de um Estado contratante, deve determinar o retorno de um bem cultural exportado ilegalmente se o Estado requerente estabelecer que a retirada do objeto de seu território prejudica, significativamente, “o uso tradicional ou ritual do bem por parte de uma comunidade autóctone ou tribal”.¹²³

Já a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais (1989) não abrange, em seu escopo de aplicação, o patrimônio cultural subaquático, ainda que disponha que

deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente (artigo 5).¹²⁴

Mais abrangente é a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007, que, entre outros aspectos, estabelece que:

Os Estados proporcionarão reparação por meio de mecanismos eficazes, que poderão incluir a restituição, estabelecidos conjuntamente com os povos indígenas, em relação aos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais de que tenham sido privados sem o seu consentimento livre, prévio e informado, ou sem violação às suas leis, tradições e costumes (artigo 11.2).¹²⁵

¹¹⁸ VARIOS pueblos originarios de Bolivia solicitan a Unesco participar en decisiones relativas al galeón San José. *Europa Press*, Madrid, 26 mar. 2024. Disponível em: <https://www.europapress.es/cultura/exposiciones-00131/noticia-varios-pueblos-originarios-bolivia-solicitan-unesco-participar-decisiones-relativas-galeon-san-jose-20240326130859.html>. Acesso em: 8 jul. 2024.

¹¹⁹ CHENG, Amber Crossman. All in the same boat: indigenous property rights in underwater cultural heritage. *Houston Journal of International Law*, v. 32, n. 3, p. 695-732, 2010.

¹²⁰ JOHNSON, Constance. For keeping or for keeps?: an Australian perspective on challenges facing the development of a regime for the protection of underwater cultural heritage. *Melbourne Journal of International Law*, v. 1, p. 19-34, 2000. p. 24.

¹²¹ UNESCO. Convenção sobre as Medidas a Serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, a Exportação e a Transferência de Propriedade Ilícitas de Bens Culturais. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000160638>. Acesso em: 8 jul. 2024.

¹²² PEREZ-ALVARO, Elena. Indigenous rights and underwater cultural heritage: (de)constructing international conventions. *Maritime Studies*, v. 22, n. 31, p. 1-12, 2023. p. 5.

¹²³ DOROUGH, Dalee Sambo; WIESSNER, Siegfried. Indigenous peoples and cultural heritage. In: FRANCONI, Francesco; VRDOLJAK, Ana Filipa (ed.). *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*. Oxford: OUP, 2020. p. 407-430. p. 420

¹²⁴ PEREZ-ALVARO, Elena. Indigenous rights and underwater cultural heritage: (de)constructing international conventions. *Maritime Studies*, v. 22, n. 31, p. 1-12, 2023. p. 5.

¹²⁵ Resolução 61/295 adotada pela Assembleia Geral das Nações

Salienta-se, ainda, que a Declaração reconhece que os indígenas exercem seus direitos de forma individual ou coletiva, ou seja, os povos originários andinos podem alegar uma propriedade coletiva, incluindo bens móveis considerados como patrimônio cultural subaquático.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos distingue a propriedade coletiva e diversidade e identidade étnica de povos originários do continente. Rojas e outros, baseando-se em ampla pesquisa jurisprudencial da Corte Interamericana, concluem que:

la jurisprudencia de la Corte IDH ha denotado la existencia de un contundente precedente judicial que unánimemente termina por afirmar la existencia del derecho a la propiedad colectiva a grupos étnicos buscando proteger el patrimonio tanto de bienes inmuebles como de bienes muebles, dentro de estos se registran los recursos, bienes incorporales y bienes materiales que guardan una relación con el territorio, la cultura y el desarrollo colectivo de cada pueblo o comunidad [...].¹²⁶

Dessa forma, outro caminho possível a ser trilhado pelos povos originários andinos é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o que já parece ter sido iniciado por meio de uma reclamação encaminhada pelo representante do Qhara Qhara, reivindicando que os objetos resgatados do *San José* deveriam ser declarados como “bens comuns”.¹²⁷

Assim como o caso *Odyssey* introduziu a reivindicação do Peru e de 25 supostos descendentes, o caso do *San José* deverá considerar — tanto em esferas política quanto jurídica — os interesses dos povos originários andinos, garantindo, assim, uma abordagem inclusiva e equitativa ao patrimônio cultural subaquático.

5 Considerações finais

A CNUDM e a CPPCS formam a estrutura jurídica principal no tocante ao patrimônio cultural subaquático. Contudo, tanto a CNUDM como a CPPCS têm um tratamento insuficiente em relação aos navios de Estado e sua eventual imunidade de jurisdição. Esses pontos são particularmente contenciosos quando o Estado costeiro invoca direitos de posse e propriedade sobre um naufrágio de um navio de outro Estado e sua carga, que se encontra em sua plataforma continental, tal como agora ocorre no caso do *San José*.

A CPPCS, apesar de algumas deficiências, possui um mecanismo que contempla os diferentes interesses dos Estados envolvidos. No caso do *San José*, a Colômbia seria o “Estado coordenador” e agiria “em nome dos Estados-partes no seu conjunto e não no seu próprio interesse”. A Espanha teria seus “interesses legítimos” reconhecidos — ainda que possivelmente alguém de uma desejada imunidade de jurisdição sobre o navio e sua carga —, e o Peru e a Bolívia também poderiam ter seus “interesses legítimos” reconhecidos e, portanto, de serem consultados sobre o destino dos destroços do galeão espanhol.

No entanto, apenas dois desses quatro entes estatais (Espanha e Bolívia) são partes da CPPCS e, diferentemente da CNUDM, a CPPCS ainda enfrenta importantes resistências para sua ampla aceitação internacional, conforme evidenciado pelo seu número de Estados-partes. Esse cenário cria as condições para que a Colômbia reivindique, sem respaldo jurídico, a propriedade sobre os bens de valor cultural, histórico e arqueológico que se encontram em sua plataforma continental, potencialmente excluindo os interesses dos demais Estados.

Ainda mais limitadas são as alternativas de defesa dos interesses dos povos originários andinos, que enfrentariam obstáculos consideravelmente mais difíceis para reclamar seus direitos sobre a carga do naufrágio. A pressão política em diferentes órgãos internacionais, como a UNESCO e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dá visibilidade aos pleitos, mas estes ainda são frágeis frente aos poderes concedidos aos Estados.

Unidas em 13 de setembro de 2007.

¹²⁶ ROJAS, Andrea P. B.; AGUDELO, Guillermo A. G.; OSORIO, Laura C. A. La disputa por el galeón *San José* y su pecio: estudio del caso de la nación Qhara Qhara (pueblos indígenas del estado plurinacional de Bolivia) bajo la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Diálogo Andino*, n. 66, p. 451-462, 2021. p. 460.

¹²⁷ HERNÁNDEZ BONILLA, Juan Miguel. El líder de la nación Qhara Qhara de Bolivia: “España se puede llevar los restos del galeón ‘San José’, pero el cargamento es de los indígenas”. *El País*, 6 mar. 2024. Disponível em: <https://elpais.com/america-colombia/2024-03-06/el-lider-de-la-nacion-qhara-qhara-de-bolivia-espana-se-puede-llevar-los-restos-del-galeon-san-jose-pero-el-cargamento-es-de-los-indigenas.html>. Acesso em: 8 jul. 2024.

Referências

- ARJONA HERNÁNDEZ, Noelia. El conflicto entre la inmunidad soberana y la carga de los buques hundidos: el rol de la equidad. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, v. 17, p. 1-32, 2023.
- AZNAR, Mariano J. Maritime claims and underwater archaeology: when history meets politics. *The Law of the Sea*, v. 4, n. 1-2, p. 1-131, 2020.
- AZNAR, Mariano J. The contiguous zone as an archaeological maritime zone. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 29, n. 1, p. 1-51, 2014.
- AZNAR, Mariano J. Treasure hunters, sunken state vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 25, n. 2, p. 209-236, 2010.
- AZNAR, Mariano J.; VARMER, Ole. The Titanic as underwater cultural heritage: challenges to its legal international protection. *Ocean Development and International Law*, v. 44, n. 1, p. 96-112, 2013.
- BEDERMAN, David J. Historic salvage and the law of the Sea. *University of Miami Inter-American Law Review*, v. 30, n. 1, p. 99-129, 1998.
- BEDERMAN, David J. The UNESCO Draft Convention on Underwater Cultural Heritage: a critique and counter-proposal. *Journal of Maritime Law and Commerce*, v. 30, n. 2, p. 331-354, 1999.
- BEREAN, Kevin. Sea Hunt, Inc. v. The unidentified shipwrecked vessel or vessels: how the fourth circuit rocked the boat. *Brooklyn Law Review*, v. 67, n. 4, p. 1249-1289, 2002.
- CAFLISCH, Lucius. Submarine antiquities and the International Law of the Sea. *Netherlands Yearbook of International Law*, v. 13, p. 3-22, 1982.
- CHENG, Amber Crossman. All in the same boat: indigenous property rights in underwater cultural heritage. *Houston Journal of International Law*, v. 32, n. 3, p. 695-732, 2010.
- CLÉMENT, Etienne. Current developments at UNESCO concerning the protection of the underwater cultural heritage. *Marine Policy*, v. 20, n. 4, p. 309-323, 1996.
- COLOMBIA. Ministerio de Cultura. “Hemos encontrado, 307 años después de su hundimiento, el Galeón San José”: Presidente Santos. Disponível em: <https://www.mincultura.gov.co/prensa/noticias/Paginas/Hemos-encontrado,-307-a%C3%B1os-despu%C3%A9s-de-su-hundimiento,-el-Gale%C3%B3n-San-Jos%C3%A9-Presidente-Santos.aspx>. Acesso em: 8 jul. 2024.
- COLOMBIA. Ministerio de Cultura. *Colombia inicia la fase 1 del Proyecto de Investigación “Hacia el corazón del galeón San José” con acciones de protección del patrimonio cultural sumergido*. Disponível em: <https://www.mincultura.gov.co/prensa/noticias/Paginas/colombia-inicia-la-fase-1-del-proyecto-de-investigacion-hacia-el-corazon-del-galeon-san-jose-con-acciones-de-proteccion-del.aspx>. Acesso em: 8 jul. 2024.
- COLOMBIA. Ministerio de Cultura. *Resolución número 0085 de 2020*. Disponível em: <http://www.legisaldia.com/BancoMedios/Archivos/res-0085-20%28mincultura%29.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2024.
- COLOMBO, Sylvia. Navio que afundou no Caribe é alvo de disputas. *Folha de São Paulo*, maio 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/sylvia-colombo/2024/05/desfecho-de-navio-que-afundou-com-tesouro-no-caribe-e-motivo-de-disputas.shtml>. Acesso em: 8 jul. 2024.
- DOROUGH, Dalee Sambo; WIESSNER, Siegfried. Indigenous peoples and cultural heritage. In: FRANCHIONI, Francesco; VRDOJAK, Ana Filipa (ed.). *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*. Oxford: OUP, 2020. p. 407-430.
- DROMGOOLE, Sarah. 2001 UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 18, n. 1, p. 59-107, 2003.
- DROMGOOLE, Sarah. Reflections on the position of the major maritime powers with respect to the UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage 2001. *Marine Policy*, v. 38, p. 116-123, 2013.
- DROMGOOLE, Sarah. *Underwater Cultural Heritage and International Law*. Cambridge: CUP, 2013.
- FORREST, Craig. An international perspective on sunken state vessels as underwater cultural heritage. *Ocean Development and International Law*, v. 34, n. 1, p. 41-57, 2003.
- HAYASHI, Moritaka. Archaeological and historical objects under the United Nations Convention on the

- Law of the Sea. *Marine Policy*, v. 20, n. 4, p. 291-296, 1996.
- HERNÁNDEZ BONILLA, Juan Miguel. El líder de la nación Qhara Qhara de Bolivia: “España se puede llevar los restos del galeón ‘San José’, pero el cargamento es de los indígenas”. *El País*, 6 mar. 2024. Disponível em: <https://elpais.com/america-colombia/2024-03-06/el-lider-de-la-nacion-qhara-qhara-de-bolivia-espana-se-puede-llevar-los-restos-del-galeon-san-jose-pero-el-cargamento-es-de-los-indigenas.html>. Acesso em: 8 jul. 2024.
- HUANG, Jie. Odyssey’s treasure ship: salvor, owner, or sovereign immunity. *Ocean Development and International Law*, v. 44, n. 2, p. 170-184, 2013.
- INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW. The legal regime of wrecks of warships and other state-owned ships in international law. *Yearbook of the Institute of International Law*, v. 76, jun. 2015. Disponível em: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2015_Tal-linn_09_en-1.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024.
- INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGÍA E HISTORIA. *Resolución Número 0712 de 2024*. Disponível em: https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/NORMATIVA/TEXTOS_COMPLETOS/8_RESOLUCIONES/RESOLUCIONES%202024/Resoluci%C3%B3n%200712%20de%202024.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024.
- INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. The “ARA Libertad” (Argentina v. Ghana), Provisional Measures. *ITLOS Reports*, 2012. Disponível em: <https://itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/case-no-20/>. Acesso em: 8 jul. 2024.
- JAKUBOWSKI, Andrzej. *State succession in cultural property*. Oxford: OUP, 2015.
- JOHNSON, Constance. For keeping or for keeps?: an australian perspective on challenges facing the development of a regime for the protection of underwater cultural heritage. *Melbourne Journal of International Law*, v. 1, p. 19-34, 2000.
- LOSIER, M. M. The conflict between sovereign immunity and the cargo of sunken colonial vessels. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 33, n. 3, p. 528-557, 2018.
- MOUSTAIRA, Elina. The underwater cultural heritage regime: some problems and possible solutions. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, p. 411-422, 2020.
- O’KEEFE, Patrick. Protecting underwater cultural heritage. *Marine Policy*, v. 20, n. 4, p. 297-307, 1996.
- O’KEEFE, Patrick. Underwater cultural heritage. In: FRANCIONI, Francesco; VRDOLJAK, Ana Filipa (ed.). *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*. Oxford: OUP, 2020. p. 295-317.
- OXMAN, Bernard H. Marine Archeology and the International Law of the Sea. *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, v. 12, p. 353-372, 1988.
- OXMAN, Bernard H. The regime of warships under the United Nations Convention on the Law of the Sea. *Virginia Journal of International Law*, v. 24, n. 4, p. 809-863, 1984.
- PEREZ-ALVARO, Elena. Indigenous rights and underwater cultural heritage: (de)constructing international conventions. *Maritime Studies*, v. 22, n. 31, p. 1-12, 2023.
- PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Sea Search-Armada, LLC (USA) v. The Republic of Colombia*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/300/>. Acesso em: 8 jul. 2024.
- PERU and Bolivia also want their share of the gold found in Spanish galleon. *Mercopress*, 28 dez. 2009. Disponível em: <https://en.mercopress.com/2009/12/28/peru-and-bolivia-also-want-their-share-of-the-gold-found-in-spanish-galleon>. Acesso em: 8 jul. 2024.
- PHILLIPS, Carla Rahn; HATTENDORF, John B.; BEALL, Thomas R. The sinking of the galleon San José on 8 June 1708: an exercise in historical detective work. *Mariner’s Mirror*, v. 94, n. 2, p. 176-187, 2008.
- PORRAS FERREIRA, José W. Breve reseña histórica del Galeón San José. *Research Gate*, 4 set. 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327427063_Breve_resena_historica_del_Galeon_San_Jose. Acesso em: 8 jul. 2024.
- RAU, Markus. The UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage and the International Law of the Sea. *Max Planck UNYB*, v. 6, p. 387-464, 2002.
- RENGIFO LOZANO, Antonio José. Las objeciones de Colombia a la Convención Internacional de la UNE-

- SCO sobre Protección del Patrimonio Cultural Subacuático. *Pensamiento Jurídico*, p. 117-150, 2009.
- RISVAS, Michail. The duty to cooperate and the protection of underwater cultural heritage. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 2, n. 3, p. 562-590, 2013.
- ROJAS, Andrea P. B.; AGUDELO, Guillermo A. G.; OSORIO, Laura C. A. La disputa por el galeón *San José* y su pecio: estudio del caso de la nación Qhara Qhara (pueblos indígenas del estado plurinacional de Bolivia) bajo la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Diálogo Andino*, n. 66, p. 451-462, 2021.
- SALAS, Luisa D. R.; RAMIREZ, Katherine R. ¿En dónde fue hallado el Galeón San José y a quien le pertenece este gran tesoro? *Revista Nueva Época*, n. 49, p. 291-324, 2018.
- SAN José Galleon: two new shipwrecks found off Colombian coast. *BBC News*, 7 jun. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-61722200>. Acesso em: 8 jul. 2024.
- SÁNCHEZ, Camilo. Petro quiere recuperar del océano el galeón “San José”, pero los expertos tienen sus dudas. *El País*, 25 nov. 2023. Disponível em: <https://elpais.com/america-colombia/2023-11-25/petro-quiere-recuperar-del-océano-el-galeon-san-jose-pero-los-expertos-tienen-sus-dudas.html>. Acesso em: 8 jul. 2024.
- SCOVAZZI, Tullio. Archaeological and historical objects found at sea. In: PROELSS, Alexander (ed.). *United Nations Convention on the Law of the Sea: a commentary*. München: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017. p. 1950-1961.
- SCOVAZZI, Tullio. Archaeological and historical objects. In: PROELSS, Alexander (ed.). *United Nations Convention on the Law of the Sea: a commentary*. München: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017. p. 1052-1058.
- SCOVAZZI, Tullio. Protection of underwater cultural heritage. In: ATTARD, David; FITZMAURICE, Malgosia; GUTIÉRREZ, Norman A. M. (ed.). *The IMLI Manual on International Maritime Law: the law of the sea*. Oxford: OUP, 2014. v. 1. p. 443-461.
- STRATI, Anastasia. Protection of the underwater cultural heritage: from shortcomings of the UN Convention on the law of the sea to the compromises of the UNESCO Convention. In: STRATI, Anastasia; GAVOUNELI, Maria; SKOURTOS, Nikolaos (ed.). *Unre-*
- solved issues and the new challenges to the law of the sea*. Leiden: Brill, 2006. p. 21-62.
- TANAKA, Yoshifumi. *International Law of the Sea*. 3. ed. Cambridge: CUP, 2019.
- THE BATTLE for Colombia’s sunken treasure. *The Economist*, 8 ago. 2018. Disponível em: <https://www.economist.com/the-economist-explains/2018/08/08/the-battle-for-colombias-sunken-treasure>. Acesso em: 8 jul. 2024.
- U.S. DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF VIRGINIA. *Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels*, Case No: 2:98CV281. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/22/521/2419975/>. Acesso em: 8 jul. 2024.
- UNITED STATES. Supreme Court. *Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified, Shipwrecked Vessel*. Case No: 8:07-cv-614-T-23MA. 9 abr. 2007. Disponível em: <https://dockets.justia.com/docket/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978>. Acesso em: 8 jul. 2024.
- UNITED STATES. Supreme Court. *Odyssey Marine Exploration, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel*. Case Nos: 10-10269/10-10317/10-10318/10-10319/10-10320/10-10375. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/11a745.htm>. Acesso em: 8 jul. 2024.
- VADI, Valentina. War, memory, and culture: the uncertain legal status of historic sunken warships under international law. *Tulane Maritime Law Journal*, v. 37, n. 2, p. 333-378, 2013.
- VANEGAS, Santiago. Cómo será la compleja operación en aguas de Colombia para extraer los primeros tesoros del mítico galeón San José, hundido hace 300 años. *BBC News*, 2 mar. 2024. Disponível em: <https://www.bbc.com/mundo/articles/cv2y5e1lj3do>. Acesso em: 8 jul. 2024.
- VARIOS pueblos originarios de Bolivia solicitan a Unesco participar en decisiones relativas al galeón San José. *Europa Press*, Madrid, 26 mar. 2024. Disponível em: <https://www.europapress.es/cultura/exposiciones-00131/noticia-varios-pueblos-originarios-bolivia-solicitan-unesco-participar-decisiones-relativas-galeon-san-jose-20240326130859.html>. Acesso em: 8 jul. 2024.

WHITE, Michael. *Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels*, 221 F.3d 634. *American Journal of International Law*, v. 95, n. 3, p. 678-684, 2001.

ZENKIEWICZ, Maciej; WASILEWSKI, Tadeusz. The galleon ‘San José’. Almost four decades of legal struggles on the national and international plane. *Comparative Law Review*, v. 25, p. 319-342, 2019.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. Revista de Direito Internacional classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a comissão editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Comissão Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresen-

tação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

7. Com a publicação do artigo o autor receberá cinco exemplares da revista. No caso de resenha o autor receberá dois exemplares.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-ceub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a Revista de Direito Internacional passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

“Urbicídio” e preservação do patrimônio cultural da humanidade: solução para adaptação do Direito Internacional Humanitário à urbanização da guerra?

Juliette Robichez

Tribunal Penal Internacional (TPI) 20 anos da ratificação do Estatuto de Roma pelo estado brasileiro: críticas e reflexões

Miguel Anegelo Marques

The International Criminal Court at the Crossroads: selectivity, politics and the prosecution of international crimes in a post-Western world

Rui Carlo Dissenha e Derek Assenço Cruz

Responsabilização por crimes contra o patrimônio cultural: a importância do tipo penal do crime internacional

Alice Lopes Fabris

La participación de las víctimas en los Tribunales Penales Militares Internacionales, Tribunales Penales Ad-Hoc y Corte Penal Internacional

Cristina Montalvo e Cecilia Giovannetti

O suborno transnacional como crime de lesa humanidade: uma análise da Resolução A/C.6/77/L.4 da AGNU e a possível (in) adequação ao artigo 7º do Estatuto de Roma

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro, João Glicério de Oliveira Filho e Leonardo Ribeiro Bacellar da Silva

O discurso da paz perpétua do Padre Antônio Vieira

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

Transparencia de la inteligencia artificial en la administración pública: una revisión de estándares internacionales

Lorayne Finol Romero e Ivette Esis Villarroel

Legal Implications of Artificial Intelligence in Outer Space Activities and Explorations

Imneet Kaur Walia

Desafios jurídicos e controvérsias em torno de naufrágios de navios de estado: o caso do Galeão San José

Alexandre Pereira da Silva
