

das Nações Unidas sob forma de resolução que, por sua vez, não apresenta força de lei [...] Há contudo, aqueles que defendem que a Declaração integra o direito costumeiro internacional e/ou os princípios gerais de direito, apresentando, assim, força jurídica vinculante (PIOVESAN, 1997, p. 162 e 163).

<sup>3</sup> A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais (PIOVESAN, 1997, p. 89).

<sup>4</sup> HC 165.393/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe .26.03.19.

<sup>5</sup> Em razão do rol de incompatibilidades ser aberto, nos termos do art. 112 do CPP, não é possível realizar sua conexão com as hipóteses de dolo específico

previsto no art. 1º, § 1º da Lei 13.869/19.

<sup>6</sup> Desde o julgamento pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, do caso *Piersack vs. Bélgica*, a doutrina passou a fazer uma distinção entre imparcialidade objetiva e imparcialidade subjetiva. Naquela oportunidade afirmou o Tribunal: "Se a imparcialidade se define ordinariamente pela ausência de pré-juízos ou parcialidades, sua existência pode ser apreciada, especialmente conforme o art. 6.1 da Convenção, de diversas maneiras. Pode se distinguir entre um aspecto subjetivo, que trata de verificar a convicção de um juiz determinado em um caso concreto, e um aspecto objetivo, que se refere a se este oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável ao respeito". Embora com alguma contestação doutrinária, tal posicionamento se mantém firme atualmente. (BADARÓ, 2018)

<sup>7</sup> Nos termos do art. 112 e 258 do CPP.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. Ano 2011 - Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. *Badaró Advogados*, Artigos, 21/08/2018. Disponível em <<http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>>. Acesso em: 22.10.2019.

BARRETO, Ireneu Cabral, *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *Empório do Direito*, 18/04/2015. Disponível em: <<https://emporiოდireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em: 22.10.2019.

DOS SANTOS, Vinícius de Faria. Dolo em matéria Penal: análise à luz da teoria significativa do delito. In: *Revista Liberdades*, nº 27, p. 104-135, jan./jun. de 2019.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MAYA, André Machado. Impedimento, suspeição e imparcialidade: algumas linhas sobre as regras processuais de proteção ao direito de ser julgado por um juiz imparcial. In: FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado (Org.). *Ciências Penais, Perspectivas e Tendências da Contemporaneidade*. Curitiba: Jurua Editora, 2011.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1997.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Imparcialidade da Jurisdição: problemas contemporâneos do processo penal*. São Paulo: Editora Singular, 2018.

PRADO, Geraldo, A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. In: MALAN, Diego; PRADO, Geraldo (Cord.). *Processo Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Trad. para o espanhol de Diego-Manuel Luzon Peña e outros, Madrid (Espanha): Civitas, 1997.

Recebido em: 30/10/2019 - Aprovado em: 15/11/2019 - Versão final: 12/02/2020

# CUMPLICIDADE EM CRIMES DE GUERRA POR MEIO DO FORNECIMENTO (LÍCITO) DE ARMAS?¹

COMPLICITY IN WAR CRIMES THROUGH THE (LEGAL) SUPPLY OF WEAPONS?

**Kai Ambos**

Catedrático de Direito Penal e Processual Penal, Direito Penal Internacional, Direito Comparado e Internacional da Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Juiz do Tribunal Especial do Kosovo, Haia (Holanda). Amicus Curiae do Tribunal para a Paz da Jurisdição Especial para a Paz, Colômbia.  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3597-2443>  
kambos@gwdg.de

TRADUTOR

**Pablo Rodrigo Alflen**

Doutor e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor da UFRGS. Conselheiro do Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal latino-americano da Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Advogado.  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7282-4186>  
pabloalflen@terra.com.br

## RESUMO

O artigo trata do problema da admissibilidade da acusação de empresas alemãs como possíveis cúmplices de crimes de guerra, em virtude de armas por elas produzidas e exportadas serem utilizadas na guerra do Iêmen. Nesse sentido, é analisado se à luz do direito internacional a autorização estatal interna para a exportação pode ser afastada por eventual dever de cuidado, em matéria de direitos humanos.

**Palavras-chave:** Cumplicidade, Empresas, Crimes de Guerra, Fornecimento de Armas.

## ABSTRACT

The article deals with the problem of the admissibility of accusing German companies as possible accomplices to war crimes because weapons produced and exported by them were used in the Yemeni war. In this respect, it is examined whether, under international law, the domestic state authorisation for export can be ruled out because of a possible duty of care with regard to human rights.

**Keywords:** Complicity, Companies, War Crimes, Arms Supply.

Uma denúncia acusa empresas alemãs, cujas armas foram utilizadas na guerra do Lêmen, de serem cúmplices de crimes de guerra. Afinal, é possível tal acusação se as exportações foram autorizadas pelas autoridades alemãs?

Em uma moderna sociedade industrial capitalista, as empresas criam riscos cotidianos — pense-se, por exemplo, na produção automobilística e, com isso, nos acidentes (fatais) a ela ligados —, que, porém, são juridicamente permitidos, na medida em que são cumpridos determinados padrões de cuidado. No caso de produtos *per se* perigosos, também o são [riscos permitidos] quando observadas medidas mais rigorosas. Por isso, de acordo com a Lei alemã de Controle de Armas de Guerra (*Kriegswaffenkontrollgesetz*, KWKG), a produção (estatal) de armas de guerra necessita de autorização; e a autorização da sua exportação está sujeita, ademais, a outras exigências conforme a legislação sobre comércio exterior.<sup>2</sup> A punibilidade da exportação — assim como, por exemplo, a relevância penal, em matéria ambiental, da colocação em funcionamento de uma instalação perigosa — depende de um ato de autorização do órgão da administração estatal competente; ela é administrativamente assessoria.<sup>3</sup>

Se, por conseguinte, uma empresa de armamentos cumpre todas as exigências para a autorização, produz legalmente no âmbito interno do Estado e (autorizadamente) exporta. A sua conduta em si perigosa — a comercialização de armas de guerra — é considerada, de acordo com as regras gerais da teoria da imputação objetiva, um risco permitido e, com isso, a relação de imputação (com vista a um eventual crime cometido com as armas de guerra) é, em princípio, rompida. Isto se dá também com relação a eventuais condutas de auxílio, que, embora não sejam tidas como “neutras”, devem ser consideradas, no mínimo, permitidas. Evidentemente, isso não ocorre se uma empresa consegue uma autorização por meio de informações falsas (como decidiu em primeira instância o Tribunal Regional de Stuttgart, em 21 de fevereiro de 2019, no caso Heckler & Koch, no que diz respeito ao usuário final no fornecimento de armas para o México) ou infringe normas (superiores) de proibição de exportação, como na hipótese de um embargo das Nações Unidas (assim, por exemplo, o caso muito frequentemente citado da empresa holandesa Frans van Anraat, que forneceu ao Ditador iraquiano, Saddam Hussein, componentes químicos para a produção de gás mostarda<sup>4</sup>).

A questão mais difícil, e até então não solucionada, diz respeito aos efeitos dos eventuais deveres internacionais na apreciação da conduta das partes envolvidas. A resposta a esta questão agora deverá ser apresentada pelo Tribunal Penal Internacional em razão de uma denúncia da organização não-governamental de Berlim, *European Center for Constitutional and Human Rights*, contra empresas europeias de armamento, entre elas a alemã *Rheinmetall A.G.*, devido ao auxílio a crimes de guerra no Lêmen. Desde o ponto de vista internacional do *soft law*, como o da OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico), e que, por vezes, se torna *hard law*, como, por exemplo, no marco do Regulamento da UE sobre os chamados recursos minerais em zonas de conflito, de 17 de maio de 2017, tem-se um dever de cuidado em matéria

de direitos humanos (*due diligence*), que — dito de modo mais simples — impõe às empresas cuidados nesse sentido para que elas não participem de graves violações de direitos humanos e nem de crimes internacionais.<sup>5</sup> Este dever de cuidado, juntamente com as consequências no tocante à responsabilidade jurídica decorrente, é, também, elemento nuclear do tratado, de 16 de julho de 2019, — dirigido aos Estados — elaborado pelo Grupo de Trabalho do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, sobre os deveres das empresas transnacionais em matéria de direitos humanos. Até então, porém, não está absolutamente claro qual o efeito deste dever de cuidado e do seu eventual não cumprimento (*non-compliance*) sobre uma conduta empresarial que foi autorizada no âmbito de um Estado.

Colocam-se aqui pelo menos duas questões: em primeiro lugar, o dever de cuidado, em matéria de direitos humanos, afasta uma autorização estatal interna e torna, com isso, (internacionalmente) ilícita a exportação? Em segundo lugar, a quem deve ser atribuída penalmente a ilicitude — conforme o caso, só posteriormente reconhecida —, ao Estado autorizador ou à empresa exportadora? Aqui se apresenta novamente a já mencionada assessoriedade administrativa: caso se veja na autorização *estatal*, que à luz do direito internacional se revela ilícita, uma conduta de auxílio a crimes de guerra, enquanto delito principal, então a *empresa*, por confiar nesta autorização, deve ser liberada da responsabilização penal, desde que não se possa comprovar em relação a ela um injusto autônomo de participação. Existe somente um auxílio — e de fato — estatal.

E pode existir um injusto autônomo de participação da empresa? Pode-se considerar uma exportação de armas autorizada no âmbito interno do Estado que, conforme o caso, viola normas de cuidado internacionais ou outras regulamentações e, desse modo, fundamenta a responsabilização do próprio Estado, mas no qual a empresa podia confiar (porque no caso o Estado autorizador se tratava de um efetivo Estado de Direito), como um injusto autônomo de participação da empresa no delito principal, no caso, o crime de guerra (ou outro crime internacional)? Caso se afirme isso com o argumento de que, por exemplo, a empresa — independentemente do processo de autorização pelo Estado — teria que cumprir deveres de cuidado autônomos, não só se poderia renunciar de antemão ao processo de autorização do Estado, como isto também expressaria um profundo descrédito em relação a este (ainda que o Estado autorizador não seja uma República de Bananas). Por outro lado, pode também não ser correto liberar uma empresa de armamentos da eventual responsabilização penal remetendo-se, aqui, à autorização interna do Estado, se aos olhos dos que veem, talvez até com maior conhecimento do que os órgãos autorizadores, ela oferece armas para o cometimento de crimes internacionais. Isso porque ela não atua mais com uma confiança *legítima* — de boa-fé — na autorização estatal, mas — de má-fé — [revestida] com “sentido delituoso” (Claus Roxin). E é nesse sentido, portanto, que pode estar baseada a correta intuição dos denunciadores de Berlim: o caráter evidente dos crimes de guerra no Lêmen dribla a autorização estatal e torna as empresas fornecedoras de armas cúmplices de crimes de guerra.

#### NOTAS

<sup>1</sup> Tradução de “Beihilfe zu Kriegsverbrechen durch (legale) Waffenlieferungen? FAZ-Einspruch, de 20.12.2019, pelo Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen (UFRGS),

com revisão direta pelo autor.

<sup>2</sup> N. do T.: na Alemanha, a legislação sobre comércio exterior é composta,

além do Direito da União Europeia, pela Lei do Comércio Exterior (*Außenwirtschaftsgesetz - AWG*) e pelo Regulamento sobre Comércio Exterior (*Außenwirtschaftsverordnung - AWW*), os quais regulamentam e estabelecem certas limitações na circulação de bens, serviços e capital no estrangeiro, e entre Estados.

<sup>3</sup> N. do T.: A questão é igualmente de extrema relevância no contexto nacional, seja pelo fato de o Brasil figurar no cenário mundial, desde 2014, ao lado dos EUA e Itália, entre os maiores exportadores de armas de fogo, seja em virtude da entrada em vigência do Decreto 9.847, de 25 de junho de 2019, que, ao regulamentar a Lei 10.826/2003, também estabeleceu normas específicas no

tocante à importação e exportação de armas. O mesmo vale para o Decreto 10.030, de 30 de setembro de 2019, que, ao estabelecer o Regulamento de Produtos Controlados, regulamentou a exportação de armas de guerra e de agentes químicos e precursores de agentes de guerra química.

<sup>4</sup> Sobre este caso e outros, compare AMBOS, Kai. *Direito Penal Internacional Econômico*. Tradução, prólogo e notas de Pablo Rodrigo Alfien. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 51-53.

<sup>5</sup> Cf. com maiores detalhes e inclusive indicando as fontes deste dever AMBOS, Kai., op. cit., p. 34-40.

Recebido em: 08/01/2020 - Aprovado em: 05/02/2020 - Versão final: 15/16/2020

## CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA | JULHO DE 2020

### BOLETIM IBCCRIM N.º 332

#### CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

# EL PRECEDENTE VILLASEÑOR VELARDE VS. GUATEMALA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS COURT CASE VILLASEÑOR VELARDE VS. GUATEMALA

## María Eugenia Villaseñor Velarde

Dra. en Ciencias Penales por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Jueza de Primera Instancia del Ramo Penal, 1979-1992. Magistrada de Corte de Apelaciones: 1992-2014. Supervisora General de Tribunales: 2010-2013. Magister en Políticas Públicas, Universidad Rafael Landívar Guatemala.

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria. Universidad de San Carlos de Guatemala. Colegio de Abogados de Guatemala.

Asociación Guatemalteca de Derecho Penal y Criminología. Asociación Internacional De Mujeres Jueces. Asociación Internacional de Club de Leones.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5295-328X>

villasenoreugenia@gmail.com

#### RESUMEN

El artículo tiene como objetivo abordar el caso *María Eugenia Villaseñor Velarde vs. Guatemala*, bien como tratar del contexto general del Poder Judicial vivenciado en aquel país, apuntando algunos de los desafíos de la actualidad. Al principio, el precedente analiza los hechos ocurridos entre 1994 hasta 2013 que constituyeron acciones intimidatorias que causaron daños a jueza Villaseñor, en razón de su cargo de jueza. El discurso de la Corte claramente establece la obligación de investigar aquellas acciones u omisiones que pongan en riesgo la integridad de los jueces y que lesionan la independencia judicial, de quienes ejercen la judicatura, privando a las personas de hacer que se cumpla la ley, garantizando una justicia independiente e imparcial.

**Palabra-clave:** Derechos humanos, Independencia Judicial y Corte Interamericana.

#### ABSTRACT

The article addresses the case of *María Eugenia Villaseñor Velarde vs. Guatemala*, through a brief overview of the general context of the Judiciary Power and some of the current challenges faced by the mentioned State. At first, one points the facts that took place between 1994 up to 2013, which refer to threats and intimidating actions that have caused damages to Villaseñor's personal and professional integrity, due to her mandate as a judge. In the studied sentence, the Inter-American Court clearly recognizes the obligation to investigate those actions or omissions that pose a risk to the integrity of the judges. Indeed, such threats harm the judicial independence, depriving people of the possibility of an adequate law enforcement through an independent and impartial Justice System.

**Keywords:** Human rights, Judicial Independence and Inter-American Court.

#### 1. Introducción

El caso<sup>1</sup> se sometió a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>2</sup> por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, derivado de sucesivos hechos que desde el año 1994 hasta 2013, constituyeron acciones intimidatorias que causaron

a María Eugenia Villaseñor, en su calidad de Jueza y Magistrada<sup>3</sup> de Corte de Apelaciones de la República de Guatemala,<sup>4</sup> daños sin que dichas acciones fueran investigadas por el Estado de Guatemala.

Como breves ejemplos se pueden citar: amenazas de muerte, intento de secuestrar a su hija de dos años, golpiza a su escolta,