

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

LUCAS ENOCK SIQUEIRA DE LIMA

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL E O ESTATUTO DE ROMA

Recife
2016

LUCAS ENOCK SIQUEIRA DE LIMA

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL E O ESTATUTO DE ROMA

Projeto de Pesquisa apresentado à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para aprovação do referido projeto.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira

Recife
2016

Lima, Lucas Enock Siqueira de.

O princípio da legalidade penal e o estatuto de Roma. / Lucas Enock Siqueira de Lima. – Recife: O Autor, 2016.

78 f.

Orientador(a): Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira.

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Direito penal internacional. 2. Tribunal penal internacional. 3. Princípio geral de direito penal. I. Título.

34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)

Faculdade Damas
TCC 2016-446

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO

CURSO DE DIREITO

LUCAS ENOCK SIQUEIRA DE LIMA

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL E O ESTATUTO DE ROMA

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Orientador:

RESUMO

Este trabalho apresentou-se de expressivo valor acadêmico ao demonstrar como o Princípio da Legalidade Penal se apresenta no Estatuto de Roma. A partir da consideração de que as regras do Estatuto de Roma são regidas pelo Direito Penal Internacional, observou-se que tais regras são mais compatíveis com o *common law*, situação, esta, que vai, aparentemente, ao encontro do mencionado princípio. Sendo assim, a presente pesquisa teve como objetivo analisar a presença e a compatibilidade do Princípio da Legalidade Penal junto ao Estatuto de Roma. Inicialmente, considerou-se a hipótese de que o mencionado princípio se encontra no Estatuto de Roma de maneira difusa e de acordo com o Direito Internacional. Com fim de proporcionar tal análise, utilizou-se o método hipotético-detutivo, baseado em revisões bibliográficas. De início, foram apresentados os aspectos gerais do Princípio da Legalidade Penal, inclusive, os seus desdobramentos legais. Após, discorreu-se sobre o objeto e as fontes da matéria jurídica do Direito Penal Internacional. Posteriormente, foi realizada a exposição das peculiaridades e a importância dos tribunais militares internacionais surgidos após a Segunda Guerra Mundial para a adoção menos estrita do Princípio da Legalidade. Ulteriormente, analisou-se a presença do princípio em comento e as supostas incompatibilidades com o Estatuto de Roma. Viu-se que, de fato, certas disposições do Estatuto de Roma podem violar a *lex certa, praevia, stricta e scripta*. Todavia, constatou-se que tais adversidades podem e devem ser superadas através de interpretações das regras à luz dos princípios gerais de direito reconhecidos pela maioria das nações ou mediante das próprias ferramentas legais do Estatuto. Assim, permitiu-se concluir que o Princípio da Legalidade Penal no Estatuto de Roma deve ser abordado de maneira menos estrita se comparado às jurisdições internas, confirmando a hipótese ora levantada.

Palavras-Chaves: Direito Penal Internacional. Tribunal Penal Internacional. Princípio geral de Direito Penal.

ABSTRACT

This study has an important academic value since it shows how the Criminal Legality Principle presents at the Rome Statute. Considering that the International Criminal law conducts the rules of the Rome Statute, it is observed that these rules are more likely to follow the *common law*, which apparently meets the Criminal Legality Principle. The objective of this study is to assess the presence and compatibility of the Criminal Legality Principle at the Rome Statute. The hypothesis is that the Criminal Legality Principle is presented as a diffuse form at the Rome Statute and it follows the International rights. The hypothetic-deductive methodology was applied through a literature review. The study presents the general view of the Criminal Legality Principle including the legal arrangement. The following chapters discuss the objects and sources of legal matters of the International Criminal Law. It also highlights the role of the International military tribunals which arose after the second world war to adopt a less strict version of the Criminal Legality Principle. The study also analyses the presence of the Criminal Legality Principle and its incompatibility with the Rome Statute. The study shows that some provisions of the Rome Statute may violate the *lex certa, praevia, stricta e scripta*. However, these adversities should be overcome through the interpretation of the rules according to the general principles of the law, which is recognized by the majority of the nations. Another way to overcome these adversities is through the legal tools of the Rome Statute. In conclusion, the presence of the Criminal Legality Principle at the Rome Statute should be addressed in a less strict way when compared to the internal jurisdiction, accepting the hypothesis raised.

Key-Words : International Criminal Law. International Criminal Court. General principle of criminal law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	4
2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL	7
2.1 Escorço histórico do princípio da legalidade penal	7
2.2 O Princípio da Legalidade no Estado de Direito	16
2.3 Conceito e postulados do princípio da legalidade	18
2.3.1 Proibição de analogia (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege stricta</i>)	19
2.3.2 Exigência de lei certa (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege certa</i>)	20
2.3.3 Exigência de lei escrita (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege scripta</i>).....	22
2.3.4 Exigência de lei prévia (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege praevia</i>)	23
3. DIREITO PENAL INTERNACIONAL	25
3.1 Definição e conteúdo de um Direito Penal Internacional.....	25
3.2 Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal	28
3.3 O Direito Penal Internacional como parte de direito internacional público formal e suas fontes.....	32
4. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL	37
4.1 Antecedentes de uma jurisdição penal internacional permanente	37
4.1.1 Os Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e de Tóquio	38
4.1.2 Os Tribunais Penais Internacionais <i>ad hoc</i> para a Ex-Iugoslávia e para Ruanda	43
4.2 O Estatuto de Roma	46
5. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL NO ESTATUTO DE ROMA	56
5.1 O Princípio da Legalidade Penal no Direito Penal Internacional e como princípio geral de Direito Penal no Estatuto de Roma	56
5.1.1 O <i>nullum crimen sine lege</i>	60
5.1.2 A <i>nulla poena sine lege</i>	64
5.1.3 A não retroatividade <i>ratione persona</i>	67
5.1.4 O <i>ne bis in idem</i>	69
6. CONCLUSÃO	71
7. REFERÊNCIAS	74

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, antes da Segunda Guerra Mundial, não se tinha, por partes dos Estados soberanos, uma relevante necessidade de criar mecanismos internacionais para a imputabilidade penal daqueles sujeitos individuais que praticassem crimes de maior magnitude, capazes de ameaçar à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade, tendo em vista o baixo índice de constatação do número de crimes considerados internacionais.

Contudo, no Pós-Segunda Guerra Mundial, viu-se a necessidade de instituição de uma jurisdição penal internacional capaz de evitar conflitos entre Estados e o cometimento de atrocidades contra a pessoa humana, surgindo a partir deste momento a necessidade de consolidação de um tribunal penal internacional permanente.

Desta feita, o Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma, se consolidou como um instrumento essencial e permanente para a proteção dos direitos humanos, diante do alto número, nas últimas décadas, de conflitos armados em diversas partes do mundo, que deixaram milhares de vítimas ao longo do tempo.

A partir dessas considerações iniciais, resta analisar e resolver certos impasses entre as disposições contidas no Estatuto de Roma e dos diferentes sistemas jurídicos, bem como a compatibilidade daquelas com princípios gerais de direito reconhecidos internacionalmente pela maioria das Nações que aprovaram o Estatuto de Roma.

Dentre os pontos polêmicos, encontra-se o princípio da legalidade penal, que por um lado consiste na limitação do poder estatal de persecução penal e por outro consiste em garantias à pessoa humana, princípio, este, que será objeto de estudo deste trabalho.

A problemática do princípio da legalidade penal no Estatuto de Roma, surge a partir da consideração de que o Tribunal Penal Internacional, por se tratar de uma corte penal de caráter internacional regido pelo Direito Penal Internacional, o qual pertence ao Direito Internacional Público Formal, se utiliza de fontes, como as convenções internacionais entre Estados, o Direito Consuetudinário, os princípios gerais de direito internacional, as jurisprudências e doutrinas de notáveis juristas,

(AMBOS, 2005, p. 36), o que vai, aparentemente, ao encontro aos ditames do tão consagrado princípio da legalidade penal.

O referido princípio preserva a liberdade e a dignidade do homem, assegurando que esses valores não sejam arbitrariamente violados pelo *jus puniendi* estatal, servindo, portanto, como um meio de proteção da pessoa humana contra uma possível arbitrariedade por parte do Estado, titular do poder punitivo (BRANDÃO, 2010, p. 55) e para proporcionar essa garantia ao acusado o princípio se utiliza quase que exclusivamente da lei positivada, diferentemente do que preconiza o Direito Internacional Penal.

Assim, diante da tamanha importância deste princípio na persecução penal e no respeito pleno à pessoa humana, este princípio se encontra em sua plenitude no Estatuto de Roma, devido ao caráter internacional do Tribunal?

A partir desse questionamento, o este trabalho visa analisar a presença e a compatibilidade do princípio da legalidade penal no Estatuto de Roma.

A metodologia utilizada neste trabalho é a descritiva, qualitativa, por método hipotético-dedutivo, através de revisão bibliográfica. É descritiva porque faz observação do que já foi estudado sobre o tema. Qualitativa uma vez que interpreta o fenômeno que observa, e na qual as hipóteses são construídas após a observação. É analítico por somente analisar os fenômenos já existentes sem intervenção, constatados, infere-se uma verdade geral não contida nas partes isoladamente examinadas. Nesse sentido, serão utilizadas pesquisas bibliográficas em livros, artigos jurídicos, legislação nacional, jurisprudência e legislação específica sobre a temática.

Preliminarmente, vislumbra-se que o princípio da legalidade penal se encontra em sua plenitude no Estatuto de Roma de forma difusa e em conformidade com os aspectos do direito interacional.

Destarte, para proporcionar a análise pretendida por este trabalho, inicialmente, iremos, no primeiro capítulo, apresentar os aspectos gerais do princípio da legalidade penal com a apresentação do panorama histórico, conceito e descrição do referido princípio.

Já, no segundo capítulo, será analisado os aspectos gerais de Direito Penal Internacional, que rege as regras de punibilidade do Estatuto de Roma, e o

enquadramento do Direito Penal Internacional como integrante do Direito Internacional Público Formal.

Após, no terceiro capítulo, iremos apresentar como seu deu a criação do Tribunal, bem como apresentar princípios gerais e as normas gerais do Estatuto de Roma.

Finalmente, após ultrapassadas essas etapas de estudo, no quarto capítulo, a presente pesquisa irá analisar os postulados do princípio da legalidade no Estatuto de Roma, especialmente as disposições constantes nos artigos 22 a 24 do estatuto da corte.

2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

2.1 Escorço histórico do princípio da legalidade penal

O princípio da legalidade é, juntamente com o princípio da culpabilidade, o princípio basilar do direito penal.

Tamanha é sua importância que o próprio desenvolvimento do Direito Penal como hoje é apresentado, no chamado Estado Democrático de Direito, se confunde com a evolução conceitual e ideológica do princípio da legalidade.

Nesse sentido, Brandão (2010, p. 23) afirma que “a construção atual do Direito Penal não pode ser dissociada da busca pela legalidade”.

A origem do surgimento do princípio da legalidade, não é bem delineada pelos estudiosos. Grande parcela da doutrina afirma que o mencionado princípio é fruto do movimento iluminista, outros afirmam que surgiu com a Magna Carta inglesa de 1215, e existem aqueles que afirmam que o princípio da legalidade surgiu na antiguidade romana.

Antes de discorrer sobre a evolução histórica do princípio da legalidade e, inclusive, apontar quando se deu o surgimento deste princípio, é salutar apresentarmos a classificação realizada por Freitas (2009, p. 366).

Segundo o autor, o princípio da legalidade penal pode ser classificado em princípio da mera legalidade (*nulla poena et nulla sine lege*) e em princípio da estrita legalidade (*nulla poena sine crimine et sine culpa*).

O princípio da legalidade em sua concepção de mera legalidade, traduz a ideia de reserva legal, ou seja, somente a lei penal é apta a definir uma conduta como crime, por mais imoral ou socialmente nociva que ela seja. Assim como a conduta delituosa deve estar definida em lei, a sua respectiva pena também deve se encontrar formalmente definida.

Depreende-se, portanto, que, em relação à atuação do juiz, o mesmo se encontra submetido inteiramente à lei, sendo a sua valoração, diante de um fato punível, irrelevante.

Por seu turno, o princípio da legalidade em sua concepção estrita transmite a noção de que a lei penal não pode definir o delito a partir do estilo ou características dos indivíduos, mas sim a partir de comportamentos concretos e detalhadamente descritos, não importando o sujeito punível, mas sim a sua conduta punível.

Nesse sentido, segundo o referido autor, o impasse acerca do momento do surgimento do princípio da legalidade penal pode ser superado a partir de qual dimensão do princípio da legalidade é utilizada na realização de uma análise histórica.

Desta feita, se for adotado o sentido da mera legalidade, constata-se que o princípio finca raízes no direito penal romano, cujo evolução ocorreu durante séculos.

Por outro lado, se for adotado o sentido de estrita legalidade, pode-se afirmar que a sua aparição ocorreu no século XVIII, no bojo do movimento iluminista e das revoluções liberais.

Analisando-se o princípio da mera legalidade, Freitas (2009, p. 366) afirma que o princípio surgiu a partir do momento em que se passou da concepção divina do Estado para uma concepção do Estado como obra de criação humana, aparecendo, assim, a necessidade de se enunciar leis em textos escritos.

Nesse sentido, partindo-se de uma análise histórica acerca do surgimento princípio da legalidade, conforme será demonstrado, percebe-se que o referido princípio ganha mais força a medida em que o homem passa a ser, cada vez mais, o sujeito central da concepção de Estado.

Um marco importante apontado pelos estudiosos foi a criação, no período republicano da história romana, do primeiro corpo normativo escrito de que se tem origem no Ocidente, a famosa Lei das XII Tábuas.

Segundo Garcia (1996 apud FREITAS, 2009, p. 368), a legislação das XII Tábuas teve grande importância para sociedade na época, pois trouxe uma relativa segurança jurídica e igualdade perante a lei penal escrita, limitando, de certa forma, o arbítrio do julgador, tendo em vista que, além da norma escrita representar o máximo de publicidade em face da ocultação religiosa da época, permitiu que as pessoas tivessem conhecimento das consequências de seus atos antes de realizá-los, diferentemente do que ocorria antes do surgimento desta lei, aonde julgador aplicava as penas que bem entendesse, sem apoio de qualquer norma escrita e com uma grande influência da moral e da religião.

Apesar da criação da Lei das XII Tábuas, não se pode afirmar que o direito romano se utilizou exclusivamente da lei penal para o exercício do *jus puniendi*, muito pelo contrário, pois o direito penal romano consubstanciava-se principalmente do direito costumeiro, gozando a magistratura de amplo poder no exercício de seu poder punitivo.

Nesse toar, Brandão (2002, p. 19) assevera que a lei escrita funcionava apenas “como um guia, como um esquema de interpretação, que o prudente arbítrio do julgador poderia afastar, tendo sempre presente a decisão boa e justa”.

Diante disso, seria incorreto afirmar que o Direito Romano conheceu o princípio da legalidade, mas de qualquer forma foi um dos primeiros sistemas jurídicos que plantou a ideia da utilização da norma penal escrita como uma ferramenta para a utilização do poder punitivo.

Já, na Idade Média, há um retrocesso quanto à utilização da lei penal como instrumento de aplicação de penas, pois, neste período, o julgador podia incriminar condutas e aplicar as respectivas penas sem lei escrita, sendo o direito penal quase que exclusivamente costumeiro.

Nesse período, o modo de organização social e político que predominava na Europa era o feudalismo. O sistema feudal era organizado de forma estamental, havia, assim, uma grande relação de hierarquia entre as classes sociais na época.

Desta feita, como em todo sistema social e político em que o poder político se encontra na mão de poucos, o Direito Penal foi utilizado de forma arbitrária, representando um grande instrumento de controle social e de manutenção do poder político na época.

Destarte, Brandão (2010, p. 31) afirma que não havia espaço para o princípio da legalidade na Idade Média, tendo em vista que o direito penal era um “instrumento de controle do povo que vivia sob o julgo feudal”.

Todavia, foi com a decadência do feudalismo, na chamada Baixa Idade Média, que houve a promulgação da *Magna Charta* Inglesa, assinada pelo rei João sem Terra, no ano de 1215. Veja-se o que dispõe o artigo 39 da referida Carta:

Nenhum homem livre será detido, ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular de seus pares ou de harmonia com a lei da terra.

A partir da leitura do inovador dispositivo, percebe-se que houve uma limitação, de forma positivada, do poder punitivo do rei. Nesse sentido, muitos doutrinadores afirmam que a promulgação desta carta foi o marco originário do princípio da legalidade penal.

Ressalte-se, que apesar de ser um marco no surgimento do princípio da legalidade penal, não se pode afirmar, ao certo, a natureza do referido dispositivo, se

o mesmo é de natureza material ou de natureza puramente processual, pois esta regra se destinou aos membros da nobreza e na época ainda se utilizava o costume na aplicação de pena, sendo, portanto, incompatível com a percepção de legalidade que se tem atualmente.

Ainda durante a Idade Média, outro marco relevante para a surgimento do princípio da legalidade foi a obra de Tiberius Decianus, datada do século XVI.

Sobre a principal obra do autor ora mencionado, *Tractatus Criminalis*, Brandão (2002, p. 27) analisa:

O autor elabora uma obra abertamente teórica, especialmente porque contém uma parte geral, que se desenvolve a partir do conceito de crime, buscando sua análise sobre os princípios, causas, fontes, natureza, elementos acidentais, e uma parte especial, a qual foi formulada segundo uma sistematização racional dos crimes sobre a base do objeto violado (*rectius*, bem jurídico) pela ação criminosa.

Brandão afirma, ainda, que Decianus, ao analisar as causas do crime, entende que é a lei que “proíbe a ação sob a ameaça de uma pena”.

Todavia, mesmo sendo um dos pioneiros a idealizar princípios gerais que regem o direito penal, “não se pode afirmar que a ideia tida por autor em comento sobre a lei era a ideia de *lei escrita* que se tem hodiernamente”, pois entendia-se como lei, não somente a lei escrita, mas também a lei costumeira (BRANDÃO, 2002, p. 28).

Brandão, parafraseando Schaffstein (1957, p. 108 apud BRANDÃO, 2002, p. 28), ressalta, também, que “seria exagerado afirmar-se que Deciano via na exigência do requisito da lei uma tendência político-jurídica – mesmo porque naquela época existia uma confusão entre a lei humana e a lei divina”.

Desta feita, a partir dessas considerações, percebe-se não há espaço para a o surgimento do princípio da legalidade na obra de Decianus.

Já, durante a Idade Moderna, mormente em 1532, por iniciativa de Carlos V, imperador do Sacro Império Romano- Germânico, fora criada a *Constitutio Criminalis Carolina* (*Peinliche Gerichtsordnung*), uma legislação penal, “na verdade mais processual penal que substantiva” (FREITAS, 2009, p. 372) a ser aplicada aos súditos do império.

Entretanto, mesmo tendo o referido diploma legal apresentado tipificação de diversas condutas como crime, bem como disposto as correspondentes penas, o

magistrado poderia se valer do uso de analogia na aplicação da pena, afastando, assim, a noção de legalidade estrita (FREITAS, 2009, p. 372).

Nesse contexto histórico de consolidação das monarquias absolutistas, a aparição de legislação penal não foi um acontecimento exclusivo do Sacro Império Romano-Germânico, tendo em vista que foi um fenômeno que ocorreu em várias regiões europeias em que houve o movimento de centralização política dos Estados, a exemplo do que aconteceu na França e na Espanha.

De fato, é no século XVIII, no bojo do movimento iluminista, que o princípio da toma feição da sua dimensão de estrita legalidade.

O movimento iluminista surgiu como contraposição ao absolutismo europeu, no qual a nobreza e o clero possuíam mais privilégios do que a classe burguesa, detentora de grande poder econômico na época.

Foi nesse espírito de anseio de mudança da forma estrutural de Estado que foram repensados o modo e a finalidade de aplicação das penas.

Parafraseando Freitas (2009, p. 374), no que concerne ao direito penal, “A principal preocupação dos pensadores iluministas é, justamente o arbítrio judicial, o que faz com o princípio da legalidade passe a constar do rol de medidas legislativas capazes de garantir o gozo das liberdades civis, da igualdade e da segurança jurídica”. Buscava-se, então, o primado da lei.

Essa busca pela primazia da lei, como a principal fonte do direito, parte da filiação do iluminismo à Escola Moderna do Direito Natural, a qual pregava que o direito era inerente à natureza humana e que somente a lei positivada clara e precisa afastaria o arbítrio dos julgadores e, conseqüentemente, proporcionaria respeito pleno a este direito natural.

Nesse contexto, é salutar mencionar três pensadores que coadjuvaram para a constituição do princípio da legalidade da maneira como entendida atualmente, quais sejam Montesquieu, Rousseau e Beccaria.

Montesquieu, em sua obra “*O Espírito das Leis*”, registra a diferença entre os Estados despóticos, Estados monárquicos e Estados republicanos, especificamente no que concerne à utilização das leis.

Nos Estados despóticos o referido autor entende que o juiz cria a própria norma de forma autoritária, sem nenhuma utilização de base legal escrita como aplicação de normas.

Nos Estados monárquicos há a utilização da lei pelo julgador, devendo este interpretar a lei em busca do seu espírito.

Por sua vez, no Estado republicano, o julgador utiliza a sua fundamentação com base na lei, sem fazer a interpretação dela.

Constata-se que os dois últimos modelos devem utilizar a lei como base para o exercício do poder estatal.

Segundo Freitas (2009, p. 374):

Montesquieu contrapõe o Estado despótico à legalidade penal. A lei penal é legítima tão-somente quando é criada pelo legislativo que lhe confere um sentido e alcance que não pode ser avaliado pelo judiciário, pois se este interpretar a lei penal estará, em seu entender, usurpando a função do poder legislativo e, por conseguinte, violando o princípio da divisão dos poderes.

Resta esclarecido, também, que Montesquieu pregava a divisão dos poderes.

Quanto à criação das normas, só o Poder Legislativo seria capaz de produzi-las de maneira legítima, uma vez somente o legislador é capaz de refletir a realidade histórica e social do povo na lei.

Por sua vez, Rousseau (2002, p. 53), na obra “Do Contrato Social”, prega que a legalidade se encontra diretamente relacionada com a ideia de igualdade perante a lei.

Na mencionada obra, Rousseau (2002, p. 34) entende que no princípio existia um estado de natureza, no qual ao chegar a idade da razão era soberano de sua própria vontade. No entanto, os homens, para garantirem a sua vontade, abriram mão de parte dela em detrimento da vontade geral, aderindo, assim, ao chamado Contrato Social, no qual a lei é soberana e é responsável por expressar essa vontade geral.

Segundo o mencionado autor, a atuação do Estado se torna legítima quando consubstanciada por leis, devendo o governante, por meio delas, atuar em prol à população.

Assim, é a partir das referidas leis que Rousseau doutrina a igualdade dos cidadãos perante elas para convívio harmônico entre os indivíduos que compõe a sociedade.

Todavia, é com a obra do Marquês de Beccaria, Cesare Bonesana, intitulada: “Dos Delitos e das Penas”, fortemente influenciado pelos autores supramencionados, que temos o nascimento, propriamente dito, do princípio da legalidade, em 1764.

Na referida obra, Beccaria (2001), influenciado pelas ideias de Montesquieu e pelas ideias de Rousseau, procurou sistematizar princípios de Direito Penal para impedir o uso arbitrário do poder punitivo estatal por parte dos detentores de poder político, surgindo assim o princípio da legalidade em sua concepção política.

Nesse toar, o mencionado autor idealiza o princípio da legalidade a começar de três fatores ideológicos, quais sejam o contrato social, a separação dos poderes e a utilidade da pena.

Discorrendo sobre a origem das penas, Beccaria afirma que diante da necessidade de sobreviver, cada indivíduo abriu mão de parcela de sua liberdade individual em prol da geral, formando-se a soberania da nação.

Assim, todos os cidadãos se encontram submetidos ao Estado soberano e vinculados a partir das leis, sendo, portanto, a lei o elemento que fundamenta o direito de punir.

Nesse sentido, Beccaria (2001) entende que somente as leis devem a indicar as penas cominadas à cada delito e que a tarefa de legislar as leis penais deve caber, exclusivamente, à figura do legislador, o qual representa toda a sociedade ligada por um contrato social.

A partir desta consideração, percebemos, além da ideia de que a legalidade é a base do Direito Penal, a ideia da separação dos poderes, ou seja, Beccaria delimita bem a função do legislador, qual seja a elaboração de leis, cabendo somente ao julgador decidir se elas foram violadas ou não, e dependendo do seu entendimento optar pela aplicação de pena ao infrator legal.

Além de defender que a lei é o que legitima a aplicação de pena, o mencionado autor defende que para esta ser justa e livre de qualquer influência do detentor de poder, a mesma deve ser clara. Desta maneira, qualquer cidadão poderá refletir sobre as consequências da prática de uma ação penalmente reprovável, trazendo mais liberdade e segurança jurídica.

Portanto, ao utilizar-se da lei escrita e clara, livre de contradições interpretativas, o cidadão estaria protegido da discricionariedade e da tirania dos soberanos.

Percebe-se, também, a partir dessas considerações, que Beccaria adotara uma ideia de igualdade perante à lei penal, através da qual qualquer indivíduo, seja cidadão comum ou da mais alta posição social, possam sofrer as mesmas punições.

Outro fator que origina a concepção do princípio da legalidade para Beccaria é utilidade das penas.

Segundo o referido autor:

As penas que ultrapassem a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança que o soberano conserve aos súditos (BECCARIA, 2001, p. 20).

Assim, para ele “os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime” (BECCARIA, 2001, p. 49)

Percebe-se, portanto, que Beccaria teve uma visão mais humanizada da pena, diferentemente de épocas anteriores, uma vez que o autor pregava que a pena deveria servir para evitar o cometimento de novos delitos em prol da coletividade, e não para funcionar como mera retribuição do mal causado pela conduta delituosa do indivíduo.

Apesar de Beccaria ser considerado o grande idealizador do princípio da legalidade, Freitas (2009, p. 375) menciona que o autor em menção não formulou um conceito técnico de legalidade penal, uma vez que os primeiros pensadores do direito penal liberal ainda não tinham esta preocupação.

Assim, analisando o pensamento dos três autores ora mencionados Freitas (2009, p. 375) conclui:

Do exame do pensamento dos autores citados, extrai-se a conclusão de que para eles, o direito penal representa um limite ao exercício do poder punitivo e a noção de legalidade encontra-se relacionada à segurança jurídica, à igualdade jurídica ou formal e ao princípio da separação dos poderes.

Dessarte, com a disseminação das revoluções liberais na Europa, especialmente na Revolução Francesa, o princípio da legalidade se tornou uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual, tendo sido incluído em termos precisos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, mormente em seu artigo 8º: “A lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada”.

Segundo Freitas (2009, p. 375), a proclamação do princípio da legalidade na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão teve como escopo assegurar a igualdade jurídica, pois os homens devem responder igualmente pelas mesmas ações e omissões proibidas pela lei penal, devendo suportar as mesmas consequências jurídicas do ato delituoso cometido.

Avulta em importância a inclusão do princípio da legalidade na referida carta declaratória, pois o referido princípio ganhou caráter universal, tendo em vista que os direitos constantes em tal documento são destinados a todos os indivíduos, sem distinção.

Nesse toar, os movimentos revolucionários liberais, principalmente a Revolução Francesa, proporcionaram o reconhecimento jurídico do princípio da legalidade penal em diversos ordenamentos jurídicos, a exemplo do Código Penal austríaco de 1787 e das ordenações de Frederico II, rei da Prússia, bem como do Código Penal francês de 1810, com atenção ao seu artigo 4º que expressava que “nenhuma contravenção, nenhum crime, pode ser punido com penas que não estejam previstas pela lei antes de sua prática”.

Todavia, a sistematização dogmática do princípio da legalidade somente se deu com a obra de Anselm von Feuerbach, em 1801.

Na exposição dos princípios basilares do Direito Penal, o mencionado autor menciona a famosa fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege* para se referir ao princípio da legalidade penal.

Destrinchando as dimensões do referido princípio, Feuerbach (2007, p. 55) afirma que toda imposição de pena deve ter como pressuposto uma lei, pois apenas a cominação de uma pena por lei pode fundamentar o conceito e a possibilidade de aplicação de pena (*nulla poena sine lege*).

Além disso, a aplicação de pena deve estar condicionada à existência de uma conduta já cominada por lei, sendo, portanto, a lei que vincula o fato a uma pena (*nulla poena sine crimine*).

Ademais, pelo princípio da legalidade exige-se que o fato legalmente cominado esteja condicionado a pena legal, ou seja, para haver crime a sua respectiva pena deve estar prevista em lei (*nullum crimen sine poena legali*).

Percebe-se, portanto, a integral preocupação do autor em utilizar a lei penal como o principal norte para aplicação de pena, tanto é assim que ele assevera que o

juiz deve aplicar a pena conforme o seu critério, todavia dentro dos limites que a lei impõe.

A partir desta sistematização e com o nascimento do Estado de Direito, o princípio da legalidade passou a constar na maioria dos sistemas penais de países liberais e democráticos, ganhando cada vez mais caráter universal.

Tanto é assim que o princípio da legalidade passou a estar presente em diversos pactos internacionais, como, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948:

Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituem delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Ressalte-se que dentre os pactos internacionais que incluiu o princípio da legalidade como princípio basilar encontra-se o Estatuto de Roma.

2.2 O Princípio da Legalidade no Estado de Direito

Conforme comentado alhures, a internacionalização do princípio da legalidade está diretamente relacionada com o surgimento do Estado de Direito.

Entende-se como Estado de Direito, a forma de organização social e política em que a toda atuação estatal deverá ser em conformidade da lei, ou seja, limitada e consubstanciada pela lei.

Para Bobbio (1988, p. 18 apud FREITAS, 2009, p. 379), o estado de Direito representa a “superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens”. O referido autor também conceitua:

Por Estado de direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independentemente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou excesso de poder.

Saldanha (2000, apud BRANDÃO, 2002, p. 53) entende que o Estado de Direito é aquele que o limite e o fundamento da ação estatal se encontram na ordem jurídica e essencialmente na base da constituição.

Constata-se, então, a importância da lei nesta concepção de Estado.

Conforme já consabido, o Estado de Direito também é produto do movimento iluminista, o qual pregava a existência de um modelo de estado liberal.

Posteriormente, viu-se que somente a existência de um Estado de Direito propriamente dito não seria suficiente para trazer igualdade perante a lei, segurança jurídica e consolidação dos anseios sociais, como, por exemplo, o bem-estar social, sendo necessário um estado não só liberal, mas também intervencionista.

A partir deste momento, vislumbra-se um Estado Social e Democrático de Direito, cujo a sua principal base é a Constituição, a lei maior, a qual delimita a atuação do estado, para a promoção da liberdade, dos direitos sociais e individuais, atuando de forma intervencionista, nas relações sociais, econômicas, entre outras.

Segundo Bobbio (1988, p. 18, apud FREITAS, 2009, p. 380), no Estado Democrático de Direito há a subordinação dos poderes públicos às leis gerais dos países, bem como a subordinação das leis ao reconhecimento de direitos fundamentais constitucionalmente considerados.

Destarte, diferentemente do Estado Teocrático, no qual a pena servia como uma forma de castigo do divino, e do Estado Absolutista, no qual o direito penal era utilizado como um instrumento arbitrário para manter os súditos submissos ao rei, o direito penal passou a ser observado à luz deste modelo de Estado, passando o direito penal a ser um instrumento para a concretização dos anseios sociais e respeito pleno aos direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, ganha extrema relevância o princípio da legalidade penal, pois além de ser um limitador desse intervencionismo estatal, preserva a liberdade e a dignidade do homem, assegurando a não utilização do poder punitivo do Estado em desconformidade com a constituição.

Percebe-se, portanto, que além de ser uma garantia fundamental, o princípio da legalidade possui um significado político em que sujeita o poder político ao direito.

Nesse sentido, o princípio da legalidade se constitui, no seu sentido político, em um limite da intervenção estatal no chamado Estado Social e Democrático de Direito, preservando a liberdade e a dignidade do homem e assegurando que esses valores não sejam desrespeitados pelo *jus puniendi* estatal em razão de um possível uso arbitrário do mesmo (BRANDÃO, 2002, p. 68).

Desta maneira, pode-se dizer que o “princípio da legalidade protege o homem pelo Direito Penal e do Direito Penal” (ROXIN, 1998 apud BRANDÃO 2002, p. 68).

Assim, diante da tamanha importância, além do princípio da legalidade consistir na “chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo” (BATISTA, 2007, p. 65), em vários ordenamentos jurídicos, o mencionado princípio se eleva a uma categoria de garantia fundamental.

2.3 Conceito e postulados do princípio da legalidade

Como visto, o princípio da legalidade, além de consistir em um princípio limitador do *jus puniendi* estatal, é um instrumento garantidor do respeito pleno aos direitos fundamentais da pessoa humana previstos nas constituições das nações que adotam o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, possuindo um verdadeiro significado político nesta concepção de Estado.

Nesse sentido, para Toledo (1994, p. 21) o princípio da legalidade constitui uma verdadeira limitação ao direito de punir do estado, tendo em vista que nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena pode ser aplicada sem que haja a instituição do delito e da sua respectiva pena por meio de lei, ou seja, as normas incriminadoras e as suas sanções só podem ser matéria reservada da lei.

Desta maneira, “é através do princípio da legalidade que o Estado encontra o pressuposto e a fonte para o exercício da potestade de repressão penal”, ao mesmo tempo em que é através do referido princípio que acaba o reino de arbítrio, pois o indivíduo só pode ser considerado como criminoso se a sua conduta estiver declarada na lei penal como crime (FLORIAN, 1910 apud BRANDÃO, 2010, p. 57).

Portanto, denota-se que o princípio da legalidade pode ser venerado como a base estrutural do próprio Estado de Direito, bem como a pedra angular de todo direito penal ao trazer segurança jurídica, compreendida não apenas na aceção da previsibilidade dos crimes e das penas, mas também na perspectiva da segurança jurídica no sentido em que garante ao cidadão que o mesmo não será submetido a coerção penal distinta daquela prevista em lei (BATISTA, 2007, p. 67).

Assim, observa-se que somente a lei penal é fonte do poder punitivo do Estado, ou seja, somente a mesma é apta a definir os delitos e determinar as suas respectivas penas.

Tamanha é a relevância do Princípio da Legalidade para o direito penal do mencionado modelo de Estado, que Brandão (2002, p. 71) assevera que o mencionado princípio, em seu sentido jurídico, “é o estudo da lei penal em sua

natureza intrínseca”, ou seja, versa sobre a essência da lei penal, alcançando a interpretação da mesma.

Destarte, considerando-se que o Princípio da Legalidade, em seu sentido jurídico, é o estudo da essência da lei penal, cabe expor e analisar os postulados hermenêuticos decorrentes deste princípio, quais sejam as expressões latinas: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; e *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

2.3.1 Proibição de analogia (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*)

A analogia pode ser considerada como um “processo de interpretação que integra uma lacuna existente na lei penal a partir de um argumento de semelhança” (BRANDÃO, 2010, p. 58), possibilitando a regulação de uma determinada situação que não se encontra positivada em sua totalidade.

Em outras palavras, Batista (2007, p. 74) afirma que analogia é o procedimento lógico pelo qual o aplicador da lei se utiliza de um enunciado singular a outro enunciado singular, na situação em que o jurista se depara com a ausência de expressa regulamentação legal do caso semelhante, em virtude da semelhança entre os dois enunciados.

Segundo Toledo (1994, p. 26), a premissa *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* significa “a proibição da aplicação da analogia para fundamentar ou agravar a pena (analogia *in malam partem*)”.

Esclarecendo, a analogia *in malam partem* “fundamenta a aplicação ou agravação da pena em hipóteses não previstas em lei, semelhantes às que estão previstas” (TOLEDO, 1994, p. 27).

Conforme se pode depreender do significado político e jurídico do princípio da legalidade, a aplicação da analogia no direito penal em prejuízo do réu é incabível, pois somente a lei penal é hábil a tipificar condutas criminosas, bem como prever as suas respectivas penas, sob pena do juiz ocupar o papel legislador criando um novo tipo penal ou agravando a punibilidade dos crimes previstos em lei (TOLEDO, 1994, p. 28).

Assim, a partir do princípio da legalidade, é terminantemente vedada a utilização de analogia a toda e qualquer norma que defina crimes e comine ou agrave penas.

Para efeito de comparação, o direito penal nazista se utilizava largamente do recurso da analogia para incriminar condutas e aplicar penas (BATISTA, 2007, p. 75).

Insta ressaltar, portanto, que a proibição da utilização de analogia não é uma regra absoluta, pois levando-se em consideração que o princípio da legalidade protege o indivíduo frente a aplicação de normas penais, nada impede a utilização da analogia em benefício ao réu, ou seja, in *bonam partem*.

2.3.2 Exigência de lei certa (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)

Outro postulado interpretativo do princípio da legalidade penal é a exigência de lei certa, ou seja, de uma lei capaz de individualizar a conduta delituosa e cominar sua respectiva pena de modo que não traga dúvidas aos cidadãos e nem ao julgador, pois segundo Brandão (2010, p. 61) “uma lei penal sem precisão não seria hábil para cumprir essa função do Princípio da Legalidade, que a limitação do *jus puniendi estatal*”.

Nesse sentido, o direito penal não comporta a previsão de normas que expressem linguagem pouco claras e com interpretações ambíguas, diferentemente de outros ramos do direito, tendo em vista que a falta de clareza da lei sujeita os indivíduos à insegurança e à instabilidade (BRANDÃO, 2010, p. 62).

Assim, a presença de normas penais que não são claras na determinação de crimes, acarreta em um sério comprometimento a função de garantia individual do princípio da legalidade, como ocorreu em diversas épocas e países diversos em que se utilizou a legislação penal para perseguição judicial de opositores de governo.

Percebe-se, portanto, que a presença de normas claras no ordenamento jurídico penal, é considerada um direito subjetivo público (BATISTA, 2007, p. 78).

A título exemplificativo, pode-se apontar algumas modalidades mais frequentes de violação do princípio da legalidade pela criação de incriminações vagas e indeterminadas, como a ocultação do núcleo do tipo, ou seja, a ocultação do verbo que expressa a ação nos crimes comissivos dolosos; o emprego de elementos do tipo sem precisão semântica, como é o que ocorre com o artigo 245 do Código Penal

Brasileiro¹, em que dispõe da expressão “perigo moral”; e os tipos abertos e exemplificativos, sendo os chamados tipos penais abertos, em que o complemento da figura típica deve ser realizado pelo juiz, como, por exemplo, o tipo previsto no artigo 137 do Código Penal Brasileiro² (BATISTA, 2007, p. 82).

Assim, segundo Roxin (1997 apud BRANDÃO, 2010, p. 62) a ausência de uma lei clara, além de não proteger o cidadão do arbítrio estatal, viola a separação de poderes, não cumprindo, assim, com as principais finalidades do princípio da legalidade.

Entende-se que a violação a separação dos poderes ocorre pelo fato de que diante da ambiguidade da norma penal, o juiz, ao aplicar a referida norma, poderá adotar a interpretação que mais lhe convir, chegando, inclusive, a criar nova conduta criminosa quando da aplicação da mesma, exercendo, portanto, o papel de legislador.

Ressalte-se que o legislador penal não deve abandonar por completo expressões que tragam conceitos valorativos como as cláusulas gerais, tendo em vista que tais conceitos proporcionam uma melhor adequação da norma com o comportamento do agente (BITTENCOURT, 2012).

Na verdade, segundo Bittencourt (2012, p. 25), o legislador deve se valer de uma técnica legislativa que evite ambos os extremos:

Sugere-se que se busque um meio-termo que permita a proteção dos bens jurídicos relevantes contra aquelas condutas tidas como gravemente censuráveis, de um lado, e o uso equilibrado das ditas cláusulas gerais valorativas, de outro lado, possibilitando, assim, a abertura do Direito Penal à compreensão e regulação da realidade dinâmica da vida em sociedade, sem fissuras com a exigência de segurança jurídica do sistema penal, como garantia de que a total indeterminação será inconstitucional.

Assim, resta claro que não basta, apenas, a imposição prévia de uma norma incriminadora para o fiel atendimento ao princípio da legalidade, é necessário,

¹ Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 1º - A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior.

§ 2º - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro.

² Art. 137 - Participar de rixa, salvo para separar os contendores:

Pena - detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa.

também, que tais normas sejam claras e precisas, não havendo espaço para descrições vagas, capazes de causar de dúvida na tipificação de determinada conduta, bem como na aplicação de sua respectiva sanção penal (WEINMANN, 2009, p. 108), devendo, portanto, a lei penal ser acessível a todos os cidadãos, sob pena de violar o princípio da legalidade, bem como os direitos fundamentais da pessoa humana.

2.3.3 Exigência de lei escrita (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*)

É com base no princípio da legalidade que somente a lei escrita, promulgada de acordo com as regras formais de criação de normas das constituições que adotam o princípio em questão, pode criar crimes e delimitar as suas respectivas penas. Desta maneira, é através do princípio da legalidade, que há a proibição da intervenção dos costumes no que concerne à criação e agravamento de crimes e penas.

O costume pode ser conceituado como uma norma jurídica que se origina a partir de uma “sucessão reiteradas de atos aliada a um aspecto subjetivo: a convicção da obrigatoriedade deste procedimento” (BRANDÃO, 2010, p. 64).

Apesar do costume ser uma fonte normativa relevante em outros ramos do direito, como, por exemplo, no Direito Comercial, o referido tipo de norma não pode ser utilizado para a imputação de condutas criminosas e nem para a aplicação de penas, pois, conforme assevera Brandão (2010, p. 64), “isso acarretaria uma violação à segurança do Ordenamento Punitivo”, tendo em vista que, conforme preceitua o princípio da legalidade, a norma incriminadora deve estar positivada, se traduzindo em uma alta garantia do cidadão em face do poder punitivo estatal.

Desta maneira, a premissa em epígrafe transmite a ideia de que somente a lei, em seu sentido estrito, é legítima para criar crimes e suas penas.

Entretanto, assim como a analogia, o direito costumeiro pode ser aplicado *in bonam partem*, uma vez que, como o “costume é uma norma que brota da sucessão reiterada de atos, que são tidos como obrigatórios e, portanto, são tidos como jurídicos” (BRANDÃO, 2010, p. 65), tida, socialmente, como lícita, o mesmo é capaz de afastar a tipicidade de determinadas condutas.

Desta feita, o direito costumeiro não deve se encontrar totalmente ausente do direito penal, pois, além de ter uma grande importância para o esclarecimento dos conteúdos dos tipos penais, o mesmo pode ser aplicado como causa de exclusão de

ilicitude, bem como no abrandamento da pena ou da culpa, constituindo, portanto, fonte do direito penal (TOLEDO, 1994, p. 25).

2.3.4 Exigência de lei prévia (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*)

Conforme já explanado, do princípio da legalidade salta a ideia de que é função exclusiva de lei a elaboração de normas incriminadoras, sendo a principal fonte das normas de direito penal.

Assim, pelo mencionado princípio, depreende-se que nenhum fato pode ser considerado crime, bem como nenhuma pena pode ser prescrita, sem que exista uma norma, anterior à conduta, que tipifique como conduta delituosa, de forma precisa e clara, protegendo, assim, os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana (BITTENCOURT, 2012).

Nesse sentido Toledo (1994, p. 24) afirma que as normas incriminadoras constituem “verdadeira autorização primária para que o Estado possa intervir em certas áreas reservadas na esfera da liberdade individual”.

Desta maneira, observa-se que nenhum cidadão poderá ser alcançado pelo poder punitivo estatal sem a devida regulação da conduta por meio de lei formal, representando a consolidação da segurança jurídica e o respeito pleno aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana nos ordenamentos que adotam o princípio da legalidade.

Por oportuno, Batista (2007, p. 69) afirma que há aqueles que defendem que houve violação ao princípio da legalidade no Tribunal de Nuremberg (um dos tribunais antecessores ao Tribunal Penal Internacional de Haia), justamente pela ausência de normas incriminadoras no momento na prática de diversos delitos contra a pessoa humana.

Do princípio da legalidade também se extrai a regra da irretroatividade da lei penal que prejudique o réu, pois se fosse possível a retroação das normas incriminadoras, o princípio não atingiria a sua finalidade que é proteger o indivíduo do poder punitivo estatal (BRANDÃO, 2010, p. 67).

De acordo com Zaffaroni, Alagia e Slokar (2002, p. 120), este escopo do princípio da legalidade possui duas finalidades, quais sejam de impedir que alguém seja condenado em razão de um ato que, no tempo de sua comissão, não era

considerado delito e de proibir que se aplique ao indivíduo uma pena mais gravosa do que a lei previa no tempo da prática do delito.

Não obstante, a lei penal sempre retroagirá na situação em que beneficiar o réu, seja pela extinção da norma incriminadora, ou por qualquer outro motivo (BATISTA, 2007, p. 69).

Ressalte-se que a permissão da retroatividade da lei penal mais benigna não se refere, somente, àquela lei que descrimina uma conduta ou que estabelece uma reprimenda menor, mas também aquela criadora de uma nova causa de justificação, de exclusão de culpabilidade, de execução da pena ou, até mesmo, da mudança do prazo prescricional do delito em que, se ocorrendo a retroatividade, beneficie o réu de alguma forma (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 121).

3. DIREITO PENAL INTERNACIONAL

3.1 Definição e conteúdo de um Direito Penal Internacional

O Direito Penal Internacional tem como objeto central a punibilidade de sujeitos que cometem crimes em escala internacional, quais sejam os considerados crimes contra a humanidade, como os crimes de guerra e crimes contra a paz, decorrentes do poder estatal ou de ente equiparado a este, evitando, dessa forma, a impunidade de atos desta magnitude.

É válido destacar que o Direito Penal Internacional inovou quanto a imputabilidade pessoal do indivíduo, pois, antes da segunda guerra mundial, somente os Estados poderiam ser responsabilizados, civilmente, em virtude dos crimes cometidos (CARDOZO, 2012, p. 160), com a imposição de sanções internacionais.

Em verdade, antes do referido marco histórico, as regras que hoje fazem parte do Direito Penal Internacional eram destinadas para reger a cooperação entre Estados de maneira horizontal, objetivando a facilitação de repressão interna dos delitos por parte dos Estados. Todavia, com o desenvolvimento deste ramo do direito, as regras não mais consistiam nessa concepção horizontal, mas sim em uma concepção vertical, uma vez que as relações de direito estabelecidas por tais regras passaram a ser entre os cidadãos de um determinado Estado em face da sociedade internacional (ASCENCIO, 2004, p. 265 apud SILVA, 2013, p. 58), como foi o que ocorreu com a criação dos tribunais penais internacionais do pós-guerra.

Ressalte-se que no pós-primeira guerra as potências vencedoras, liderados por Lloyd George, chefe de governo da Grã-Bretanha, e David Clemenceau, chefe de governo da França, manifestaram a intenção de punir aqueles que praticaram atos ofensivos às leis da humanidade e os delitos de guerra, inclusive o Tratado de Paz de Versalhes, de 1919, até chegou a incluir um dispositivo com a finalidade de levar o imperador Guilherme II da Alemanha a julgamento. Todavia, tal anseio não foi concretizado pois as punições se resumiram a uma vultosa indenização, jamais paga integralmente (LEWANDOWSKI, 2002, p. 2).

Assim, pode-se dizer que o Direito Penal Internacional visa a punição daqueles que, atuando em nome do Estado e de acordo com as leis locais, praticam os mais graves delitos contra a humanidade.

Para Cantarelli (2006, p. 71), importância dessa disciplina se origina em decorrência das características do mundo atual, quais sejam: a facilidade de mobilidade dos criminosos entre os territórios nacionais; as possibilidades dos delitos que abrangem mais de um território; a velocidade na transferência de dados, informações e capitais ilicitamente, de um Estado a outro, fazendo com que se imponha o estabelecimento de novas políticas que visem a impedir tais práticas criminosas, bem como punir os seus autores, sem que as fronteiras nacionais impeçam a ação persecutória ou punitiva do Estado vítima.

De fato, pode-se afirmar que o Direito Penal Internacional decorre da atual conjuntura social, política e econômica em que vê-se ultrapassada a noção de aplicação da lei penal baseada, apenas, na nacionalidade do agente – aplicação, esta, realizada durante toda a Idade Média, por não haver tamanha mobilidade espacial (BATAGLINI, 1923 apud BRANDÃO; CARDOZO, 2009, p. 340) como ocorre nos dias de hoje – e no território onde o delito é cometido, pois, especificamente neste último caso, com o passar do tempo, constatou-se a problemática em aplicar sanções penais em razão dos crimes que ultrapassam as fronteiras dos Estados Nacionais.

Historicamente, no início do século XIX, houve a tentativa de introdução da noção de um direito penal internacionalizado por parte do autor Jeremy Bentham com o seu livro *Principles*. Todavia, a concepção positivista da época foi incisiva em rechaçar tal noção de Direito Penal, uma vez que este seria totalmente contrário ao Direito Internacional (CUNHA, 2007), o qual é baseado, principalmente, no costume.

Em verdade, o Direito Penal já havia acolhido uma série de garantias e a ideia de incorporação de novos elementos a esse sistema garantidor não foi vista com bons olhos pelos estudiosos, pois levantava suspeitas sobre o retorno da utilização do Direito Penal de forma arbitrária por parte dos detentores de poder político (CUNHA, 2007).

Durante a pós-primeira guerra mundial, também surgiram algumas idealizações sobre a criação de um direito penal interestadual com a codificação de crimes capazes de atingir a comunidade internacional e ameaçar as relações entre Estados (FEITOSA, 2014, p. 70), em virtude da destruição causada pelo uso de novas armas de extermínio em massa e diante das incontáveis atrocidades praticadas pelos Estados envolvidos nos conflitos, os quais levaram à morte mais de 15 milhões de pessoas (LEWANDOWSKI, 2002, p. 2).

Todavia, este ramo do direito somente fincou raízes, de forma concreta, após os cometimentos das mais absurdas atrocidades contra a pessoa humana na 2ª Guerra Mundial, momento em que depois viu-se a necessidade de criar mecanismos de punibilidade dos criminosos, bem como a criação de um regulamento internacional em que tipificasse tais condutas e cominasse as suas respectivas penas (AMBOS, 2009, p. 35), tutelando-se, assim, a comunidade internacional e os direitos fundamentais da pessoa humana reconhecidos por esta comunidade internacional.

Segundo Höffe (2002 apud AMBOS, 2009, p. 77), a principal função do Direito Penal Internacional é a proteção aos direitos humanos através de um Direito Penal mundial legitimado e limitado por estes direitos.

Pode-se afirmar que tal concepção sobre a matéria está diretamente relacionada à questão da universalidade dos Direitos Humanos, na qual os Estados possuem o dever de respeitá-los e promovê-los, abstraindo-se de qualquer particularidade nacional ou regional e também das concepções próprias das diferentes culturas existentes além do dever de buscar preservar os valores pessoais e individuais de seus cidadãos de forma a resguardar o bem-estar social (BRANDÃO, R., 2006).

Nesse sentido, o Direito Penal Internacional consiste no conjunto de normas e princípios de direito internacional e direito penal, que propiciam consequências jurídicas punitivas em decorrência da reprovabilidade, valorada pelo Direito Penal, de determinadas condutas consideradas crimes contra a humanidade (AMBOS, 2005, p. 35).

Nas palavras de Japiassú (2004, p. 16 apud HATA, 2010, p. 117) “O Direito Penal Internacional é o ramo do Direito que define os crimes internacionais (próprios e impróprios) e comina as respectivas penas”.

É, também, através desta disciplina jurídica que se estabelece as regras relativas: à aplicação extraterritorial do Direito Penal interno; à imunidade de pessoas internacionalmente protegidas; à cooperação Penal Internacional em todos os seus níveis; às transferências internacionais de processos e de pessoas presas ou condenadas; à extradição; à determinação da forma e dos limites de execução de sentenças penais estrangeiras; à existência e funcionamento de tribunais penais internacionais ou regionais; a qualquer outro problema criminal vinculado ao indivíduo, que possa surgir no plano internacional (OLIVEIRA, 2013, p. 5).

Nesse toar, observa-se que edificação do Direito Internacional Penal corresponde a uma exigência de cunho moral de quase todas as nações, em face dos crimes que hostilizam a humanidade e que, como indica a história e a experiência atual, continuam a ser praticados por razões de domínio hegemônico, nacionalista, racial etc. (BRANDÃO, R., 2006).

A partir destas considerações, percebe-se que o desenvolvimento de um sistema para imputabilidade penal internacional, traz, assim como o princípio da legalidade penal, uma significativa proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, tanto para a vítima quanto para o agressor desses direitos, pois este também se encontra regulado e tutelado pelo Direito Penal Internacional.

3.2 Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal

Antes de discorrer acerca de qual seara do direito o DPI³ se encontra, é salutar fazer referência à histórica diferenciação realizada pelos doutrinadores entre o Direito Penal Internacional e o Direito Internacional Penal⁴.

Praticamente, a grande discussão doutrinária, em relação aos seus respectivos conteúdos, é a posição das palavras penal e internacional, as quais, segundo alguns estudiosos, refletem noções de direito bastante diferentes.

Um dos pioneiros a separar os conteúdos de Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal foi o penalista italiano Jannacone. Segundo o mesmo a expressão direito penal internacional se referia à legislação penal interna de cada nação, enquanto que o direito internacional penal, seria o direito penal posto de acordo com os ditames do direito internacional (RIPOLLÉS, 1955 apud CUNHA, 2007), abrangendo os delitos de caráter internacional.

Aprofundando tal distinção, Ripollés em seu livro *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal* considera que enquanto que no Direito Penal Internacional a titularidade seria do Estado, no Direito Internacional Penal seria da comunidade internacional (SILVA, 2013, p. 56).

Nesse mesmo sentido, segundo a distinção balizada por Bustamante, o Direito Penal Internacional abrangeria a eficácia e o alcance das normas penais

³ Direito Penal Internacional.

⁴ Não há uma diferenciação consensual na doutrina.

internas de cada nação dentro e fora do território nacional, e o Internacional Penal a matéria que abrange os crimes e as penalidades internacionais (ASÚA, 1950 apud SILVA, 2013, p. 57).

O mesmo entendimento possuía Lombois (1979 apud BRANDÃO; CARDOZO, 2009, p. 342), para o qual o Direito Penal Internacional também fazia parte do Direito Penal interno de cada Estado-Nação.

Para Jean Pradel (1999 apud CANTARELLI, 2006, p. 71), a denominação de Direito Penal Internacional, apresenta três concepções: a que interessa basicamente a dois Estados, qual seja o alcance da lei penal e a cooperação entre Estados; a que cuida da ordem internacional para punir os crimes internacionais e um terceiro, cujo tem o mesmo objeto, mas em uma escala regionalizada, como, por exemplo, o Direito Penal Europeu.

Por sua vez, Ansúa não admitia a existência de um Direito Penal Internacional como conteúdo autônomo do Direito Penal, para ele o Direito Penal Internacional seria o conjunto de regras do direito interno estatal para a aplicação da lei penal no espaço (VILLALPANDO, 2002, p. 306 apud BRANDÃO; CARDOZO, 2009, p. 342).

Explicando-se, o Estado, via de regra, exerce o seu poder punitivo sobre o território com exclusividade, afastando a possibilidade de um outro Estado soberano aplicar o seu *jus puniendi* em outro território que não seja o seu, tratando-se, portanto, da primazia da territorialidade (CUNHA, 2007).

Para o Princípio da Territorialidade é relevante a identificação do local da prática do delito para fins de determinação de qual norma penal será aplicável, residindo a sua complexidade na natureza jurídica do território, inclusive do território por extensão (CANTARELLI, 2006, p. 72).

Ainda segundo Cantarelli (2006, p. 72), diversos fatores levaram que este princípio se tornasse a regra geral, dentre eles a manifestação da soberania do Estado através de *jus puniendi*; a maior facilidade para o processo, face a melhor possibilidade para a coleta das provas; além do caráter exemplificativo da pena para a sociedade.

Todavia, excepcionalmente, o Estado pode aplicar o seu poder punitivo em razão de condutas criminosas que ocorreram além do seu território, dependendo do bem jurídico lesado pela conduta (CUNHA, 2007), cuidando-se do princípio da lei penal do espaço.

A título exemplificativo, no Brasil, o art. 5º do Código Penal Brasileiro consagra o princípio da primazia da territorialidade, segundo o qual cabe ao Estado decidir e aplicar as suas leis em face dos fatos acontecidos dentro do seu território. No entanto, ainda de acordo com o mencionado dispositivo legal, as convenções, tratados e as regras de direito internacional podem se excetuar ao princípio-regra da territorialidade, como é o caso de um diplomata que cometer um crime em território brasileiro não será preso e nem processado em território nacional.

Ainda, o art. 7º do referido diploma legal, prevê as hipóteses de aplicação de leis brasileiras aos crimes cometidos fora do território brasileiro. Na análise das mencionadas hipóteses, pode-se perceber que a legislação brasileira será aplicada quando lesados bens jurídicos relacionados à economia e política brasileira, como, por exemplo, os crimes contra a vida ou a liberdade do Presidente da República, contra o patrimônio público brasileiro, e, até mesmo, os casos de genocídio quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil.

Assim, a partir destas concepções, o direito penal internacional consistiria, em linhas gerais, nas regras de aplicação da lei penal interna de cada sistema jurídico estatal em face de crimes com caráter de extraterritorialidade.

Por sua vez, há outros estudiosos que entendem que a denominação Direito Penal Internacional consiste na aplicação de uma legislação penal de caráter supranacional, aplicável a todos os cidadãos, independentemente de suas nacionalidades, que ferem o os bens jurídicos internacionalmente reconhecidos, bem como afetem o ordenamento jurídico de diversas nações, não havendo em que se referir à outra expressão, além de aplicação da lei penal no espaço, para se referir à situação em que existe a determinação se a lei penal interna é ou não aplicável a um determinado acontecimento.

Nesse sentido, a comunidade internacional tem a incumbência em definir quais os bens que são tutelados e posteriormente tipificar condutas, suas respectivas penas, bem como o devido processo legal, para a proteção de tais bens jurídicos (CUNHA, 2007).

Destarte, o Direito Internacional Penal derivaria de acordos internacionais em sentido *lato*, abrangendo tratados e convenções internacionais, e de práticas desenvolvidas entre as Nações Soberanas (VILLALPANDO, 2002 apud BRANDÃO; CARDOZO, 2009, p. 306), sendo, portanto, um ramo do Direito Internacional Público.

Apesar da relevância desta distinção para fins pedagógicos na compreensão das matérias postas, para fins práticos, tal distinção vem perdendo força diante das divergências doutrinárias acerca do assunto e em razão do objeto que abrangem as matérias, os quais convergem entre si.

Segundo a doutrinadora espanhola Gil, não existe a necessidade de se dividir as terminologias, uma vez que a problemática envolvendo é quase que irrelevante, em razão de que a denominação Direito Penal Internacional já seria suficiente para descrever a atuação das matérias, devendo-se atentar, apenas, para o objeto de estudo (SILVA, 2013, p. 57).

Ademais, é cediço que por si só o direito penal, apesar das regras de extraterritorialidade, não é capaz para buscar pessoas além de seu território sem o auxílio de outro Estado interessado, através do instrumento da extradição (CUNHA, 2007), mostrando-se o entrelaçamento do direito penal interno com o direito internacional mediante normas internas e tratados internacionais.

Assim, a partir de tal premissa, para uma conduta criminosa possuir caráter internacional, os sistemas penais devem conjugar os princípios inerentes ao direito penal e ao direito internacional ao mesmo tempo que os bens jurídicos tutelados pelos diferentes Estados devem ser comuns (CUNHA, 2007), para legitimar uma possível extradição e possibilitar o exercício do poder punitivo estatal.

Percebe-se, portanto, que a responsabilidade penal dos indivíduos que cometem crimes de caráter extraterritorial pressupõe a existência de direitos e tarefas recíprocos entre os Estados, via tratado, com a integral existência das garantias inerentes ao direito penal (CUNHA, 2007).

Desta maneira, mostra-se que as terminologias direito penal internacional ou direito internacional penal tendem a recair praticamente sobre o mesmo objeto, ou seja, fatos delituosos que violam bens jurídicos tutelados entre dois ou mais Estados que assumiram o dever de reprimir tais condutas (CUNHA, 2007).

Reforçando tal ideia, Oliveira (2013, p. 6) defende ambas as nomenclaturas são fixadas por intermédio de diversos Tratados Internacionais gerais ou particulares, não tendo nenhum sentido a manutenção da dicotomia reportada, já que levaria a uma desnecessária compartimentação do estudo de um fenômeno chamado de "*internacionalização do direito penal*", sendo, portanto, extremamente artificial se

separar um ramo do Direito em interno ou internacional, vez que ambos são internacionalizados.

Posto isto, pode-se afirmar que o Direito Penal Internacional ou Direito Internacional Penal consiste na interação do Direito Penal com o Direito Penal Internacional (CUNHA, 2007) e é fruto de convergência de dois aspectos jurídicos que se desenvolveram e se tornaram complementares, quais sejam os aspectos penais do direito internacional e os aspectos internacionais do direito penal nacional (BASSIOUNI 1986 apud SILVA, 2013, p. 58), sendo a extradição o elemento exemplificativo chave para a ligação entre esses mencionados aspectos jurídicos.

Assim, diante do exposto e diante da inexistência de uma concordância quanto à delimitação de ambos institutos supramencionados, opta-se, neste trabalho, pela denominação Direito Penal Internacional, assim como é preconizado por Kai Ambos, conforme apresentado anteriormente neste capítulo.

3.3 O Direito Penal Internacional como parte de direito internacional público formal e suas fontes

Como visto, o Direito Penal Internacional é formado a partir do conjunto de normas e princípios de Direito Internacional e Direito Penal, os quais proporcionam a responsabilização penal do indivíduo em razão da reprovabilidade de determinadas condutas delituosas, consideradas crimes contra a humanidade.

Depreende-se, também, das análises realizadas neste capítulo do trabalho, que o Direito Penal Internacional combina princípios do Direito Internacional Público, bem como regras gerais do Direito Penal, possuindo um objeto próprio.

Nesse sentido, com o reconhecimento dos mais graves crimes, o DPI visa proteger os bens jurídicos supranacionais, como a paz, a segurança, bem como o bem-estar da humanidade, sendo, portanto, tal matéria de interesse da Política Internacional e do Direito Internacional (SILVA, 2013, p. 63).

Para Oliveira (2013, p. 4), tal disciplina jurídica origina-se do fenômeno denominado de internacionalização do direito penal, a qual pode ser considerada como consequência da reiteração de obrigações internacionais ratificadas pelos Estados em matéria penal, na qual prepondera a ligação entre jurisdições penais nacionais e internacionais, seja através da persecução dos crimes internacionais

próprios, seja através daqueles crimes incluídos no conceito de sistema global de proibição.

Em sendo assim, Ambos (2005, p. 35), enquadra o Direito Penal Internacional como parte do Direito Internacional Público Formal, tendo, portanto, como fontes principais as Convenções entre Estados, o Direito Consuetudinário, os princípios gerais de Direito Internacional, as jurisprudências e doutrinas de notáveis juristas, conforme explicita o artigo 38⁵ do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e o artigo 21⁶ do Estatuto de Roma. Veja-se, a seguir, breves comentários sobre algumas das fontes de Direito Penal Internacional constantes dos mencionados dispositivos:

Inicialmente, a partir dos dispositivos supra, percebe-se, a princípio, a dificuldade em estabelecer tais fontes como fontes do Direito Penal Internacional, uma vez que, apesar do seu enquadramento como parte do Direito Internacional Público Formal, o mesmo possui uma forte carga de matéria penal, cuja é consubstanciada

⁵ Artigo 38

A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. as **convenções internacionais**, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
 - b. o **costume internacional**, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
 - c. os **princípios gerais de direito**, reconhecidos pelas nações civilizadas;
 - d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as **decisões judiciais e a doutrina dos juristas** mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.
- A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão ex aequo et bono, se as partes com isto concordarem. (Grifos nosso)

⁶ Artigo 21

Direito Aplicável

1. O Tribunal aplicará:

- a) Em primeiro lugar, o presente **Estatuto**, os **Elementos Constitutivos do Crime** e o **Regulamento Processual**;
- b) Em segundo lugar, se for o caso, os **tratados e os princípios e normas de direito internacional** aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados;
- c) Na falta destes, os **princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes**, incluindo, se for o caso, o **direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime**, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.

2. O Tribunal poderá aplicar **princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores**.

3. A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o gênero, definido no parágrafo 3º do artigo 7º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição. (Grifos nosso)

pela legalidade, diferentemente o que ocorre no Direito Internacional Público, o qual tem como principal fonte os tratados internacionais, oriundos do direito costumeiro.

O costume internacional é o resultado de práticas reiteradas pelos Estados, as quais passam a ter um caráter jurídico e obrigatório (SILVA, 2013, p. 68).

Ainda quanto à utilização do Direito Consuetudinário, aparentemente, este, vem perdendo uma significativa importância no âmbito do Direito Penal Internacional, devido à codificação minuciosa do mesmo, através de tratados internacionais, como, por exemplo, a taxação dos crimes presentes no artigo 5º do Estatuto de Roma e a delimitação dos elementos constitutivos dos respectivos crimes nos artigos 6º a 8º (AMBOS, 2005, p. 36), mas na verdade o direito costumeiro é junto aos princípios gerais de direito uma das mais importantes fontes, pois originam novas regras que tendenciosamente, no futuro, serão corporificadas na jurisdição internacional penal.

Quanto à utilização dos princípios gerais de direito, resta claro que o aplicador da norma penal internacional deve atentar-se, não só aos princípios de direito internacional, mas também aos princípios de direito penal que sejam comuns a maioria dos sistemas jurídicos existentes no mundo (SILVA, 2013, p. 69), como é o caso do Princípio da Legalidade Penal.

Resta cediço, também, que as mencionadas normas penais internacionais devem procurar estar, não em total consonância com os sistemas jurídicos internos, mas sim em consonância com os princípios gerais de direito, principalmente com os de direito penal, adotados pela maioria dos Estados soberanos.

Há que ressaltar-se, ainda, a possibilidade de se aplicar, subsidiariamente, através do direito comparado, as regras, costumes e, principalmente, de forma valorativa, os princípios gerais de direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes em caso de ausência de regras processuais e materiais do Estatuto de Roma, contanto que sejam compatíveis com o ordenamento jurídico penal internacional.

Ainda em relação à possibilidade de aplicação subsidiária, percebe-se que a mesma está condicionada, diretamente, pelos sistemas jurídicos dos países ocidentais, principalmente o *civil law* e *common law*, pois a criação do Estatuto de Roma se deu quase que exclusivamente pelos países com culturas ocidentais (AMBOS, 2005, p. 40).

Por oportuno, é salutar mencionar a crítica realizada por Feitosa (2014, p. 48), na qual o mencionado autor considera que o Direito Penal Internacional se fragiliza por ser um direito com conceitos normativos vagos e em certos pontos contraditórios, em razão dos choques entre os modelos de sistema jurídico supramencionados, sobressaindo mais o *common law*, em virtude de sua maior compatibilidade com as normas de DIP.

Nesse sentido considerando que a *common law* fundamenta as normas de Direito Penal Internacional e é um direito não codificado, entra em conflito com o Princípio da Legalidade em sua concepção *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* (FEITOSA, 2014, p. 49).

Dessa maneira, para o mencionado autor, considerando-se que direito penal internacional não consiste em um direito penal na sua acepção tradicional e não possui a autonomia necessária para se fazer impor a todos os Estados, o DIP, em certas ocasiões, pode sacrificar a segurança jurídica, o império da lei e, conseqüentemente, o princípio da legalidade.

Voltando, além da aplicação subsidiária, prevista no *artigo 21, c*, do Estatuto de Roma, é possível a aplicação complementar, das decisões judiciais e das teses doutrinárias dos direitos internacional e nacional – Ambos (2005, p. 42) destaca que as doutrinas do direito penal e as jurisprudências nacionais influenciam diretamente as diretrizes do direito internacional como um todo -, conforme o já mencionado artigo 38 da ECIJ.

De fato, as orientações decisórias na seara do Direito Penal Internacional, emanadas pelos Tribunais Penais Internacionais que já existiram, como os tribunais penais internacionais de Tóquio e de Nuremberg, bem como pelo contemporâneo Tribunal Penal Internacional de natureza permanente, consistem em um verdadeiro recurso utilizado para julgar aqueles indivíduos que cometam os mais graves crimes na seara internacional (SILVA, 2013, p. 73), muito em razão das próprias características do Direito Internacional Público, que é regido, principalmente, pelos costumes e da forte influência exercida pelos sistemas jurídicos que adotam a *common law*.

Da mesma forma, as decisões emanadas pelos tribunais nacionais também possuem importância como fonte na seara do Direito Penal Internacional, pois podem fazer prova indireta da prática delituosa cometida pelos detentores de poder político

estatais, ou de entes equiparados a estes, ou até mesmo, implicar na investigação de tais fatos por parte do *Parquet* internacional, previsto no Estatuto de Roma (SILVA, 2013, p. 74).

De acordo com o Estatuto de Roma, também se mostram importantes como fonte do direito em espeque as legislações nacionais, como por exemplo o Código Penal Internacional Alemão, cujo assegura que os crimes de direito internacional tipificados pelo mencionado Estatuto também sejam puníveis conforme o ordenamento jurídico alemão, e os manuais militares, que expressam opiniões jurídicas em relação à prática considerada criminosa pela cúpula internacional (WERLE, 2004 apud SILVA, 2013, p. 74).

Apesar da dificuldade inicial de se delimitar o objeto de estudo e as suas respectivas fontes do Direito Penal Internacional, esta matéria vem ganhando cada vez mais relevância diante dos acontecimentos ocorridos na década e no século passado, a medida que se consolidou com a instituição de um Tribunal Penal Internacional Permanente, através do Estatuto de Roma na incessante busca pela proteção dos direitos fundamentais humanos.

4. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

4.1 Antecedentes de uma jurisdição penal internacional permanente

O interesse dos Estados na proteção dos Direitos Humanos, fez surgir a exigência de instituição de um tribunal penal supranacional, tendo como consequência a institucionalização de uma justiça penal internacional e a consolidação jurídica do Direito Penal Internacional.

Antes da Segunda Guerra Mundial, não havia, por partes dos Estados Soberanos, tamanha necessidade de se criar mecanismos internacionais para a imputabilidade de responsabilidade penal do indivíduo, limitando-se, apenas, ao costume internacional de cooperação internacional para punir os delituosos, em vista que os delitos à época não possuíam expressiva notoriedade, talvez pelo baixo índice de constatação do número de crimes considerados internacionais.

Apesar de alguns mencionarem o julgamento de Peter von Hagenbach, no ano de 1474, como sendo o primeiro tribunal com julgamento de caráter penal internacional, na verdade não se pode afirmar que esta corte criminal possuiu os mesmos aspectos gerais e finalidades dos tribunais surgidos após a segunda grande guerra, tendo em vista que as circunstâncias históricas do século XV mostraram-se totalmente diferentes do momento das cortes internacionais contemporâneas surgidas no século XX.

Tal afirmação se dá porque o século XV consistiu em um período de constantes guerras de conquistas de territórios, com quase a ausência total de diplomacia entre os territórios monárquicos, sendo a própria ideia de soberania algo relativo, quando tais territórios objetos de conflitos eram vendidos e conquistados constantemente, e onde as acusações de cometimento dos mais graves eram considerados comuns (FEITOSA, 2014, p. 73).

Desta maneira, restando ausentes a finalidade de proteção aos direitos humanos e o interesse da comunidade internacional na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, o tribunal em comento não pode ser considerado um verdadeiro marco histórico no aparecimento dos tribunais militares penais e, conseqüentemente, do Tribunal Penal Internacional sediado em Haia.

Contudo, no Pós-Segunda Guerra Mundial, após o cometimento dos mais graves crimes contra a humanidade, transpareceu-se a necessidade de constituição

de mecanismos internacionais que evitassem os conflitos armados entre Estados e o cometimento de tais atrocidades contra a pessoa humana, surgindo, a partir deste momento, a necessidade de uma consolidação do Direito Penal Internacional com a constituição de um Tribunal Penal Internacional para punir os criminosos, tribunal, este, que teve como propulsores os tribunais militares internacionais de Nuremberg e de Tóquio, os quais visavam punir os criminosos de guerra das nações derrotadas, bem como os tribunais penais militares *ad hoc*, mormente para a antiga Iugoslávia e Ruanda.

Veja-se, a seguir, as peculiaridades de cada um desses tribunais penais internacionais.

4.1.1 Os Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e de Tóquio

O famoso Tribunal Militar de Nuremberg, criado a partir do acordo de Londres, em 1945, acordo, este, liderado pela França, Estados Unidos, Reino Unido e a antiga União Soviética, com adesão posterior de dezenove Estados (BRANDÃO; CARDOZO, 2009, p. 346), foi instituído para investigar, processar e julgar os diversos crimes humanitários praticados pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial.

Registre-se, também, que o mencionado tribunal também trouxe à análise aquelas ações que se iniciaram antes da guerra, em face dos atos políticos eugênicos, consistentes não só na perseguição de grupos sociais componentes do Estado, mas também dos indivíduos a ele vinculados, atos, estes, que foram indissociáveis dos preparativos para o início da segunda grande guerra (FEITOSA, 2014, p. 80).

O Estatuto de Nuremberg tipificou no artigo 6^o, os delitos passíveis de responsabilização criminal individual, quais sejam os crimes contra a paz⁸, crimes de guerra e os crimes contra a humanidade.

Assim, os tipos penais, embora dispostos de uma forma genérica, deixavam clara a internacionalidade e a gravidade dos crimes ali dispostos perante a comunidade internacional, uma vez que, de acordo com a alínea “c” do art. 6^o, as legislações internas não interfeririam na persecução penal, havendo, portanto, a punibilidade, independentemente de previsão da conduta nos países em que foram praticados (FEITOSA, 2014, p. 81).

As penas estabelecidas pelo estatuto de Nuremberg foram a pena de morte ou qualquer outra pena que se ache adequada e justa a determinado caso. Como resultado dos julgamentos dos acusados, foram aplicadas doze penas de morte, nove penas de prisão perpétua ou temporária e três absolvições (BELAZAIRE; CRETIN, 2009, p. 23).

Portanto, no que tange à previsão das penas, observa-se grave violação ao princípio da legalidade, pois há uma abertura muito grande da escolha da reprimenda imposta, causando uma grave insegurança jurídica aos réus, o que vai ao encontro dos ditames do mencionado princípio.

Este Tribunal reconheceu o caráter criminoso do regime nazista, bem como a ilegitimidade do ordenamento normativo do III *Reich*, considerando, também, que os

⁷ Artigo 6^o

Os seguintes atos, qualquer um deles, são crimes passíveis de jurisdição do Tribunal pelo qual haverá a responsabilização individual:

(a) Crimes contra a paz: nomeadamente, planejamento, preparação, iniciação ou travando uma guerra de agressão, ou uma guerra em violação dos tratados internacionais, acordos, ou garantias, participação em comum acordo, ou conspiração para cumprimento de qualquer das disposições anteriores;

(b) Crimes de Guerra: nomeadamente, violações das leis e costumes de Guerra. Tais violações incluem, mas não a estas limitadas, homicídio, tratamento aos doentes ou deportação para trabalho escravo ou qualquer outro propósito à população civil, ou em territórios ocupados, homicídios, tratamento de prisioneiros de guerra doentes ou de marinheiros, morte de reféns, pilhagem de propriedade pública ou privada, destruição arbitrária de cidades, cidadelas ou vilarejos ou devastação injustificada por necessidade militar;

(c) Crimes contra a humanidade: nomeadamente, homicídio, extermínio, escravização, deportação, e outras ações desumanas cometidas contra populações civis, antes ou durante a Guerra; ou perseguições de base política, racial ou religiosa em execução ou conexão com qualquer crime da jurisdição do Tribunal, havendo ou não violação da lei doméstica do país onde foi perpetrado.

Líderes, organizadores, instigadores e cúmplices participantes da formulação ou execução de um plano comum ou conspiração para cometer qualquer dos crimes citados anteriormente são responsáveis por todas as ações realizadas por qualquer pessoa que executou tais planos.

⁸ Ressalte-se que, até então, os tratados internacionais não apresentavam disposição referente aos crimes contra a paz (FEITOSA, 2014).

crimes cometidos por este regime, em razão da sua gravidade, afetaram a ordem internacional (BRANDÃO; CARDOZO, 2009, p. 346).

Além disso, considerou o instituto da obediência hierárquica, argumento geralmente levantado pela defesa, como atenuante de pena, e não como causa excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa (CARDOZO, 2012, p. 161).

Observa-se, portanto, que, não obstante a grande relação de hierarquia presente no ordenamento constituído no *III Reich*, no qual as autoridades políticas e militares estavam subordinadas ao líder nazista, Adolf Hitler, tais entidades não deixaram de ser julgadas e condenadas pela execução dos mais graves crimes humanitários cometidos na Alemanha hitlerista.

Outra peculiaridade constante do Estatuto deste tribunal foi a chance de um acusado ser processado mesmo ocorrendo a sua ausência, constatando-se, portanto, a presença de elementos de direito não anglo-americano no que se refere ao desenvolvimento do processo (BAZELAIRE; CRETIN, 2009, p. 23).

Interessante notar, também, o lançamento de diversas críticas pela defesa dos acusados submetidos ao crivo do tribunal e por outros juristas de notório reconhecimento, em razão de que o tribunal estaria ofendendo diversos princípios reconhecidos pelo Direito Penal, dentre eles o princípio da legalidade, uma vez que não havia a tipificação das condutas criminosas dos nazistas antes da prática das mesmas (CARDOZO, 2012, p. 161).

De fato, a irretroatividade dos crimes e das suas respectivas punições foi muito discutido nas fases preparatórias da constituição do tribunal de Nuremberg e pela defesa dos acusados. No entanto, segundo a mencionada Corte, tal princípio teria dado lugar a outros princípios gerais de direito, equivalentes, senão mais fundamentais para o exercício de poder punitivo em detrimento dos acusados (FEITOSA, 2014, p. 83).

Nesse sentido, a utilização do princípio da irretroatividade seria legítimo se fosse uma situação normal dentro de um Estado de Direito, o que garantiria a obrigatoriedade de previsão do tipo penal e da sua respectiva punibilidade, antes da ação criminosa, e, conseqüentemente, garantindo a não arbitrariedade do estatal para regular e punir condutas delituosas. No entanto, há que se considerar que o próprio Estado nazista se valeu de suas próprias leis para praticar crimes contra a

humanidade, o que legitimaria a não utilização da irretroatividade, pois, caso contrário, o princípio serviria como escudo protetor do poder estatal (FEITOSA, 2014, p. 86).

Também para aqueles que defenderam as medidas adotadas pelo tribunal, os mesmos acreditavam que a lei foi respeitada (*nullum crimen sine lege*), haja vista a mesma não se limita, apenas, à lei escrita, mas se relaciona, também, ao direito natural inerentes a todos os cidadãos que existia antes dos atos criminosos cometidos. Percebe-se, portanto, que nesta concepção, a ideia de lei se aproxima com a ideia de justiça, não devendo o princípio *nullum crimen sine lege* estar adstrito à soberania da lei escrita e nem permitindo que os indivíduos em face de um Estado possam agir, indiferentes às consequências materiais de seus atos, sendo injusto que o agente criminoso saia impune (FEITOSA, 2014, p. 86).

Apesar deste brilhante entendimento, há que se fazer ressalvas ao mesmo, pois, no caso, esta relativização do Princípio da Legalidade trouxe consequências jurídicas punitivas aos acusados, o que a luz deste princípio é algo totalmente criticável, tendo em vista que o mesmo surge como um elemento de proteção dos acusados em face da arbitrariedade daquele que detém o poder estatal.

Em relação à responsabilidade individual e coletiva, os defensores dos nazistas defenderam a incapacidade jurídica dos indivíduos a nível internacional, pois o verdadeiro sujeito das imputações realizadas seriam os Estados, consoante ótica do direito internacional público. Percebe-se que o referido argumento se encontrou ultrapassado, tendo em vista que os elementos do direito penal foram implementados na estrutura do direito internacional público para a formação do direito penal internacional, possibilitando, assim, que os sujeitos individuais fossem julgados e condenados pelo tribunal (FEITOSA, 2014, p. 84).

Cantarelli (2009, p. 352) comenta que o Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg foi deficiente em reconhecer os princípios gerais de direito já consagrados, observando de forma satisfatória, apenas, os incriminadores que a responsabilidade criminal individual em razão de condutas criminosas, antes considerados como crime de Estado, como o da obediência às ordens emanadas de superiores e como o da responsabilidade de comando.

Já, no que concerne ao Tribunal Militar Internacional de Tóquio, o mesmo foi instituído, em 1943, na conferência internacional realizada pelos chineses, britânicos

e americanos, objetivando julgar os crimes de guerra cometidos pelos japoneses, durante a segunda grande guerra (BRANDÃO; CARDOZO, 2009, p. 347).

Semelhante ao Estatuto de Nuremberg, o de Tóquio possibilitou a realização de acusações de cometimentos de crimes por parte dos japoneses, quais sejam os delitos de guerra de agressão e crimes de guerra. Além da previsão de matéria penal, o Estatuto previu todo o devido processo legal a ser adotado na ocasião dos julgamentos.

Contrariamente ao que houve no Tribunal de Nuremberg, o Tribunal de Tóquio não absolveu nenhum dos acusados.

Nos mesmos moldes do tribunal militar europeu, a Carta de Tóquio não levou em consideração a posição de oficial ou de obediência hierarquia dos criminosos, mas tratou a questão como uma atenuante na decisão condenatório (CARDOZO, 2012, p. 163).

Da mesma forma, o tribunal não foi isento de críticas, sendo a principal delas a violação do princípio da legalidade penal, bem como pelo fato de que nenhum dos crimes cometidos pelos aliados foram julgados, como é o caso do lançamento das bombas atômicas de Hiroshima e Nagasaki (BRANDÃO; CARDOZO, 2009, p. 347), bombas, estas, que produziram efeitos lesivos aos cidadão japoneses e ao próprio Estado, nas searas econômicas e da saúde, sendo até atos mais lesivos do que aqueles praticados pelos japoneses durante a guerra.

Percebe-se, portanto, que os mencionados tribunais foram um verdadeiro instrumento de punir os derrotados de guerra por parte das potências aliadas.

Todavia, não obstante a inobservância aos postulados Princípio da Legalidade em sua totalidade, esta condição restou necessária para evitar a impunidade dos responsáveis pelos cometimentos dos mais absurdos delitos contra a humanidade perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial (FEITOSA, 2014, p. 86), significando, a punibilidade dos acusados, a resposta que a comunidade internacional ansiava em face dos mais atrozes delitos cometidos na época.

Além disso, há de se reconhecer a importância destas cortes penais, uma vez que houve a declaração dos crimes contra o direito internacional, os delitos contra a paz, crimes de guerra e os delitos contra a humanidade, sendo os pioneiros a realizarem o julgamento de crimes tais crimes e a reconhecerem a punibilidade e a

condenação de indivíduos diante de uma entidade de caráter supranacional, influenciando, desta maneira, a criação de Tribunais internacionais posteriores.

Deve-se fazer menção, portanto, aos tribunais militares *ad hoc* da antiga Iugoslávia e de Ruanda, na busca de institucionalizar um tribunal para julgar crimes de caráter internacional.

4.1.2 Os Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a Ex-Iugoslávia e para Ruanda

O tribunal militar internacional *ad hoc* para a antiga Iugoslávia foi criado, no ano de 1993, através Conselho de Segurança das Organização das Nações Unidas, através da Resolução nº 827, para julgar os mais graves crimes praticados contra a humanidade na região dos Balcãs desde 1991, em razão dos conflitos armados que teve como consequência a desagregação territorial do mencionado país (BRANDÃO; CARDOZO, 2009, p. 347).

Pode-se afirmar que o mencionado tribunal reforçou, ainda mais, a chance de um tribunal internacional responsabilizar individualmente os delituosos supranacionais, contrapondo aquela ideia de que somente os Estados poderiam arcar com as consequências sancionatórias em virtude de tais delitos.

Deve-se ressaltar que, apesar de ser mencionado como um tribunal militar penal internacional, o mesmo foi criado para julgar delitos internos e não de caráter internacional, sendo, nesse sentido, o entendimento do Conselho de Segurança da ONU que caracterizou os crimes como de caráter doméstico (EDGARD, 2001 apud BRANDÃO; CARDOZO, 2009, p. 347).

Nesse sentido, o Estatuto do tribunal para a antiga Iugoslávia não adotou o princípio da complementaridade, diferentemente do Estatuto de Roma, ficando determinado que a sua jurisdição seria primária em relação à jurisdição interna, nos termos de seu art. 9º, 2, o que vai contra ao princípio da soberania dos Estados (FEITOSA, 2014, p. 90).

O tribunal teve como principal acusado o então presidente e comandante das forças armadas da República Federal da Iugoslávia, Slobodan Milosevic, em razão de ter cometido graves violações leis e costumes de guerra. Como defesa, alegou não reconhecer a legitimidade do tribunal, tendo em vista a violação do princípio da territorialidade (BRANDÃO; CARDOZO, 2009, p. 348).

Todavia, o mencionado líder de Estado não chegou a ser condenado, uma vez que foi encontrado morto em uma das celas do Tribunal Penal Internacional, em Haia, no ano de 2006.

Segundo relatório do Conselho de Segurança da ONU da época, os genocídios praticados foram cometidos a mando das mais altas autoridades do governo sérvio, de forma sistematizada.

Conforme conclusão do chefe da comissão para apurar os crimes ocorridos nos Balcãs, o egípcio Cherif Bassiouni:

Os atos de limpeza étnica não foram cometidos por grupos isolados ou bandos descontrolados (...). Tudo colabora para revelar um objetivo, uma sistematização, assim como um certo planejamento e uma coordenação por parte das mais altas autoridades (...). Esses atos ilegais são frequentemente celebrados por seus autores como sendo tarefas positivas patrióticas. Esses fatores, dentre outros, mostram a existência de um elemento de direção superior. (BELAZAIRE; CRETIN, 2009, pp. 51-52)

Nos anos posteriores à instituição do tribunal *ad hoc* em questão, também foi acusado o então general Mládic em razão do mesmo coordenar a execução de limpeza étnica de mulçumanos bósnios às ordens do líder bósnio-sérvio Radovan Kadizicm (BRANDÃO; CARDOZO, 2009, p. 348).

Feitosa (2014) faz uma interessante crítica sobre Tribunal Militar para a antiga Iugoslávia, tendo em vista a omissão por parte da promotoria do tribunal, Louise Arbour, em dar seguimento as investigações de acusações contra membros da OTAN por prática de crimes de guerra, mesmo diante da vasta existência de provas dos delitos cometidos, determinando o arquivamento das investigações, supostamente sob influências políticas.

Assim, contata-se que não houve a aplicação da norma penal a todos, independentemente de sua condição, sendo o referido tribunal, assim como foram os tribunais de Nuremberg e de Tóquio, um instrumento de punir os derrotados.

Por sua vez, o tribunal internacional *ad hoc* para Ruanda foi criado, em 1994, através da Resolução nº 955 do Conselho de Segurança das Organização das Nações Unidas, para julgar os crimes humanitários durante a guerra civil de Ruanda, em razão das lutas entre etnias *hutu* e *tutsi* (BRANDÃO; CARDOZO, 2009, p. 349).

Da mencionada Resolução originou-se o Estatuto do Tribunal Internacional para Ruanda, estando inclusos 32 artigos, tipificando crimes já conhecidos pela

comunidade internacional, quais sejam os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, como o estupro⁹.

Segundo Feitosa (2014, p. 95), o mencionado Estatuto pecou pela falta de uma delimitação mais estrita na previsão das condutas típicas, demonstrando uma carência técnica com os tipos, o que deu abertura a termos genéricos e analogias, hostilizando, assim, o princípio da legalidade e seus subprincípios.

O tribunal em questão, teve funcionamento em Arusha, na Tanzânia e julgou diversos indivíduos em razão da prática de crime de genocídio e de outros crimes humanitários, chegando a julgar e condenar o ex-Chefe de Estado, Jean Kambanda, à pena de prisão perpétua (CANTARELLI, 2002, p. 14).

Durante o período em que esteve no poder, Jean Kambanda incitou e encorajou a população ao massacre de civis *tutsis* ou *hutus* moderados por meio de meios de comunicação; demitiu um prefeito que se expressou desfavoravelmente aos massacres realizados; incitou e favoreceu partidos políticos, Interahamwe e Impuzamugambi, a praticar as matanças, facilitando, até, as suas infiltrações nas estruturas políticas e militares de Ruanda; distribuiu armas para os mencionados partidos políticos com o fito de se cometer os assassinatos em série; omitiu a garantia de proteção à crianças hospitalizadas; e foi conveniente com o bloqueio de rodovias para identificar as pessoas de etnias *tutsis*. Desta forma, com base nestes atos, Kambanda foi condenado pela prática de genocídio, cumplicidade de genocídio, incitação para o cometimento de genocídio e crime contra a humanidade (BAZELAIRE; CRETIN, 2009, p. 57).

A gravidade dos delitos cometidos foi tão extremada, que mesmo o réu tendo confessado a prática, declarando-se culpado e cooperando com as autoridades da procuradoria, tal conduta não serviu como atenuante de pena, tendo ele sido condenado a pena de prisão perpétua (BAZELAIRE; CRETIN, 2009, p. 60).

A referida Corte se utilizou de forma extensiva a Convenção de Genocídios de 1948. Dessa maneira, segundo Feitosa (2014, p. 95), pode-se dizer que houve a hostilização do princípio da legalidade pela falta de uma delimitação clara do delito em comento para o Estatuto do tribunal *ad hoc* para Ruanda.

Em relação à competência do tribunal, o mesmo, além de possuir jurisdição sobre os atos que, a princípio, seriam do poder punitivo interno ruandês, possuía

⁹ Art. 3º, “g”.

jurisdição para além do território de Ruanda, em vista que alguns dos delitos praticados por seus cidadãos ocorreram em Estados vizinhos (FEITOSA, 2014, p. 94).

Segundo Lewandowski (2002, p. 3), atuação dessas cortes penais acabou se tornando um importante precedente para o julgamento de pessoas que praticaram delitos em conflitos considerados de caráter interno, que até então não se enquadravam na legislação penal internacional.

Avulta em importância registrar que os mencionados tribunais foram essenciais para combate daqueles crimes mais graves, protagonizando a discussão acerca de criação em um tribunal penal internacional permanente que fosse reconhecido pela maioria das nações.

Dessa maneira, resta claro que tais tribunais foram de extrema importância para a instituição posterior de uma Corte Penal Internacional de caráter permanente, mediante o Estatuto de Roma, para o estabelecimento do Direito Penal Internacional como matéria jurídica e para a tipificação dos crimes considerados internacionais.

4.2 O Estatuto de Roma

A consolidação do Direito Penal Internacional, como um sistema jurídico penal utilizado pela comunidade internacional, só veio com a criação e aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma) no ano de 1998 na conferência de Roma, mediante solicitação dos Estados Unidos, que propicia uma ampla regulação de direito penal material e processual na seara internacional, estipulando competência para esse Tribunal Internacional determinar e executar penas (AMBOS, 2005, p. 35).

O Estatuto de Roma, o qual prevê a instituição do Tribunal Penal Internacional, tribunal, este, vinculado à ONU, foi admitido em 17/7/1998 de 1998 por uma maioria de 120 votos a favor, 7 votos em contrário, da China, Estados Unidos, Filipinas, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia e 21 votos de abstenções. No dia 11 de abril de 2002, o Tratado alcançou 66 ratificações, ultrapassando, assim, o número de adesões exigido para sua entrada em vigor. O Brasil assinou o referido pacto em 12 de fevereiro de 2000, ratificando em 12 de junho de 2002, tornando-se, assim, o 69º Estado a reconhecer a jurisdição do TPI (LEWANDOWSKI, 2002, p. 1).

Conforme já consabido, com a consolidação de um Direito Penal Internacional, especialmente através da criação do Tribunal Penal Internacional,

inovou-se quanto à visão tradicional da figura do delinquente, uma vez que a mencionada com a Corte Penal as mais cruéis e desumanas condutas consideradas lesivas aos direitos humanos e à comunidade internacional, passaram a ser tipificadas e julgadas penalmente, impedindo a impunidade daqueles que cometem tais delitos.

Nesse sentido, segundo Cantarelli (2009, p. 349), a criação do Tribunal Penal Internacional, através do Estatuto de Roma, significa a realização dos objetivos da comunidade internacional, em face da constatação de diversos conflitos armados pelo mundo, os quais deixaram incontáveis vítimas, sendo não só um meio de garantir a justiça e de proteger os direitos humanos, mas também um meio de reconstruir a paz mundial.

Assim, foi de suma importância a instituição do mencionado tribunal, pois pela primeira vez na história, grande parte das Nações foram consensuais em julgar delitos de maior gravidade cometidos por políticos, chefes militares, ou até mesmo pessoas comuns, por uma instituição penal legitimamente reconhecida pela comunidade internacional.

Todavia, a fundação desta corte penal internacional de caráter permanente enfrentou diversos impasses, tanto políticos quanto jurídicos, o que levou mais de cinquenta anos para a sua criação.

Para Roy Lee (1999, apud CANTARELLI, 2009, p. 350), os impasses políticos ocorreram em virtude de questões ligadas à soberania dos Estados, uma vez a maioria dos sistemas jurídicos internos são legítimos para exercer o seu poder punitivo em razão de crimes cometidos dentro de seu território (princípio da territorialidade), poder, este, que os Estados, via de regra, não querem abdicar em detrimento da comunidade internacional.

Por sua vez, quanto aos impasses jurídicos, o referido autor menciona a condição jurídica do acusado, pois levando-se em consideração que os criminosos internacionais estão envolvidos, direta ou indiretamente, em coordenar ou executar ações militares ou paramilitares, as responsabilidades individuais penais dos mesmos são de interesse dos Governos. Assim, dependendo das circunstâncias política interna ou internacional, as concepções acerca dos fatos podem ser totalmente diferentes, o que, para alguns, colocaria em cheque a imparcialidade de um tribunal penal internacional.

Vê-se, então que em relação à criação de uma justiça penal, os Estados tiveram um grande receio na criação da mesma, tendo em vista as nações não teriam as mesmas prerrogativas nem os mesmos instrumentos processuais penais de que elas possuem no âmbito interno.

Desta feita, para a superação de tais impasses, estabeleceu-se o caráter complementar do tribunal penal internacional em detrimento das jurisdições nacionais, bem como procurou-se extrair e conjugar as normas dos mais diferentes ordenamentos jurídicos, principalmente os princípios gerais de direito, inclusive o princípio da legalidade.

Além do princípio da complementariedade, o qual será exposto mais a frente, pode-se apontar o princípio da universalidade, pelo qual os Estados se colocam sob a jurisdição da Corte, não podendo subtrair de sua apreciação determinados casos ou situações; o princípio da responsabilidade penal individual, no qual o indivíduo responde pessoalmente por seus atos, sem prejuízo da responsabilidade do Estado; O *princípio da irrelevância da função oficial*, cujo permite que os Chefes de Estado ou de governo, bem como ministros, parlamentares e outras autoridade sejam julgados e responsabilizados por atos criminosos; o princípio da responsabilidade de comandantes e outros superiores, o qual exige que todas as autoridades militares, mesmo que não estejam presentes no local dos crimes, deve tomar atitudes aptas a evitá-los, sob pena de neles ficarem implicados a concordância com tais crimes por omissão funcional; e o princípio da imprescritibilidade, segundo o qual a ação criminosa jamais terá extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição (LEWANDOWSKI, 2002, p. 5).

Segundo o Estatuto de Roma, a Corte Penal Internacional em questão será integrada por, no mínimo, 18 juízes (art. 36), os quais se distribuirão por três Seções, quais sejam a Seção de Questões Preliminares, incumbida de examinar a admissibilidade dos processos, a Seção de Primeira Instância, a qual proferirá os julgamentos, e a Seção de Apelações, responsável pela apreciação dos recursos (art. 34), cabendo a escolha dos juízes à Assembleia dos Estados partes.

A escolha dos juízes do tribunal, segundo o mencionado capítulo, recairá sobre pessoas que gozem de elevada consideração moral, imparcialidade e integridade, e que possuam as condições exigidas para o exercício das funções de seu país, devendo ter experiência como juiz ou promotor ou advogado ou atuação

reconhecida na seara do direito internacional de proteção aos direitos humanos. Registre-se, ainda, a exigência de que também os juízes representem os principais sistemas jurídicos do mundo e que haja uma presença geográfica equitativa, bem como uma participação balanceada de homens e mulheres (art. 36).

Além de prever os requisitos de escolha dos juízes, o Estatuto também explicita a existência de uma promotoria integrante da Corte, sendo um órgão autônomo do Tribunal. O órgão ministerial é dirigido por um promotor-chefe, assistido por um promotor adjunto, também escolhidos pela Assembleia dos Estados partes, para um mandato de nove anos. Para assumir tal cargo, deve-se ter a alta idoneidade comprovada, além de experiência na tarefa da persecução penal e domínio de pelo menos uma das línguas oficiais adotadas pelo Tribunal (art. 42).

O Tribunal Internacional Penal exerce jurisdição sobre os indivíduos que cometam crimes de maior gravidade com abrangência internacional (artigo 1º do Estatuto de Roma), quais sejam: Crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e crimes de agressão, conforme é estabelecido no artigo 5º do Estatuto de Roma. Note-se, ainda, a abertura para um eventual acréscimo futuro de delitos tipificados no Estatuto, por força do seu art. 123.

Aos artigos 6º, 7º e 8º do Estatuto de Roma, consta definição dos tipos penais apresentados, estabelecendo os elementos de tais crimes e proporcionando ao Tribunal a interpretação e aplicação das normas estabelecidas, veja-se.

O Estatuto define o crime de genocídio como qualquer ato praticado com o fim de destruir total ou parcialmente determinado grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Tal tipo consiste os seguintes atos: matar membros do grupo; causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capaz de ocasionar a destruição física, total ou parcial; tomar medidas destinadas a impedir reprodução seio do grupo; e efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Por sua vez, os crimes contra a humanidade, são qualificados como qualquer ato praticado como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil, compreendendo: homicídio; extermínio; escravidão; deportação ou transferência forçada de populações; encarceramento ou privação grave da liberdade física em violação a normas fundamentais de direito internacional; tortura; estupro; escravidão sexual, prostituição compulsória, gravidez imposta, esterilização forçada

ou outros abusos sexuais graves; perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais ou religiosos; desaparecimento de pessoas; *apartheid*; e outras práticas que causem grande sofrimento ou atentem contra a integridade física ou saúde mental das pessoas.

Por seu turno, são considerados crimes de guerra aqueles praticados em conflitos armados de carácter internacional ou não, quando cometidos como parte de um plano ou política para executá-los em grande escala, abrangendo, inclusive, as violações graves das Convenções de Genebra de 1949 e demais normas e costumes aplicáveis aos conflitos armados. Por crime de guerra entende-se: homicídio doloso; tortura e outros tratamentos desumanos; ataque a civis e destruição injustificada de seus bens; tomada de reféns; guerra sem quartel; saques; morte ou ferimento de adversários que se renderam; utilização de veneno e de armas envenenadas; manejo de gases asfixiantes ou armas tóxicas; uso de armas, projéteis, materiais ou métodos que causem danos supérfluos ou sofrimentos desnecessários; emprego de escudos humanos; morte de civis por inanição; organização de tribunais de exceção; e recrutamento de crianças que possuem idade inferior a 15 anos.

Em relação ao crime de agressão, o Estatuto de Roma não apresentou inicialmente uma definição deste tipo penal, tendo em vista que a mesma ficou condicionada à aprovação de uma disposição em que dispusesse a definição do delito em comento e que indicasse as circunstâncias em que a Corte terá jurisdição sobre o crime, nos termos do artigo 5º, item 2.

Posteriormente, na Conferência de Revisão do Estatuto, realizada em Kampala, Uganda, em 2010, foi adotada uma emenda, qual seja o art. 8 *bis*¹⁰ do

¹⁰ Artigo 8 *bis*-

Crime de agressão

1. Para os fins do presente Estatuto, entende-se por "crime de agressão" quando, você está em posição de controlar ou dirigir a ação política efetiva ou militar de um Estado, que os planos de pessoa, prepara, inicia ou executa um ato de agressão pelo seu carácter, gravidade e escala, constitui uma manifesta violação da Carta das Nações Unidas.

2. Para efeitos do n.º 1, "ato de agressão" significa o uso da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com a Carta das Nações Unidas. Em conformidade com a Resolução 3314 (XXIX) da Assembléia Geral das Nações Unites, de 14 de Dezembro de 1974, qualquer dos seguintes atos, independentemente de uma declaração de guerra, são considerados ato de agressão:

a) A invasão ou ataque pelas forças armadas do território de um Estado, do território de outro Estado, ou qualquer ocupação militar, ainda que temporária, resultante de tal invasão ou ataque, ou qualquer anexada pelo uso da força do território de outro Estado ou parte dele;

Estatuto de Roma, definindo o crime de agressão. Esta emenda entrou em vigor em 8 de maio de 2012 (COMPARATO, 2015, p. 484).

Esses crimes, segundo Ambos (2005, p. 44), fazem parte da chamada macro criminalidade, que compreende os comportamentos considerados criminosos pela cúpula internacional, os quais são justificados pelo sistema de organização política ou outra envolvendo aparato de poder, sendo, portanto de grande importância para a caracterização da macro criminalidade o aspecto de poder.

Geralmente, os atos que configuram a macro criminalidade são cometidos por aqueles que possuem poder estatal ou equiparado a este para a defesa da posição de privilegiada de determinado indivíduo ou indivíduos. Quando a macro criminalidade está diretamente ligada ao poder estatal, Ambos (2005, p. 45) a classifica de macro criminalidade política, que se resume em crimes politicamente condicionados pelo ente estatal ou por entidades que se auto equiparam a este, como, por exemplo, as FARC.

Nesse sentido, depreende-se que os principais agentes ativos da macro criminalidade *política* são os líderes detentores de poder político que planejam o cometimento de crimes desta natureza e organizam as estruturas estatais para a execução dos mesmos, monitorando aqueles subordinados que responsáveis pela execução deste tipo de delito (ALONSO, 2011, p. 371).

Então, em virtude da possibilidade de punição individual dos indivíduos que cometem atos macro criminais fica necessária a criação de regras gerais para tal imputação penal assim como é realizada no Estatuto de Roma.

Como mencionado, o Tribunal Penal Internacional em espeque possui caráter complementar, ou seja, o poder punitivo do Tribunal não é de caráter exclusivo, diferentemente do que acontece na maioria dos ordenamentos jurídicos internos dos

-
- b) O bombardeio pelas forças armadas de um Estado, o território de outro Estado, ou o uso de quaisquer armas por um Estado contra o território de outro Estado;
 - c) O bloqueio dos portos ou das costas de um Estado pelas forças armadas de outro Estado;
 - d) O ataque pelas forças armadas de um Estado contra as forças armadas terra, mar ou ar de outro Estado ou contra a sua frota mercante ou ar;
 - e) A utilização das forças armadas de um Estado que se encontrem no território de outro Estado com o acordo do Estado receptor, em violação das condições estabelecido no contrato ou qualquer extensão de sua presença nesse território após rescindir o contrato;
 - f) A ação de um Estado em permitir que seu território, que colocou disposição de outro Estado, para ser usado por esse outro Estado para perpetrar um ato de agressão contra um Estado terceiro;
 - g) O envio de um Estado, ou em nome de bandos armadas, grupos irregulares ou mercenários, que realizam atos de força armada contra outro Estado de tal gravidade quanto ao seu montante aos atos enumerados acima, ou seu envolvimento substancial em tais atos (TRADUÇÃO NOSSA).

Estados, mas sim compartilhado e subsidiário, significando, assim, que este poder coexiste com a jurisdição das demais nações e se torna efetivo ante a inércia jurisdicional dos mesmos, seja no sentido de não desejarem ou de não poderem realiza-lo (HERMIDA, 2006, p.54).

Assim, a atuação do Tribunal Penal Internacional assenta-se sobre o princípio da complementariedade, significando que a Corte só atuará se o Estado que tem jurisdição sobre determinado caso não iniciou o devido processo ou, se o fez, agiu com o intuito de subtrair o acusado à justiça ou de amenizar a sanção que deve ser imposta.

Tal premissa, a princípio, parece se chocar com os fins apontados do Tratado de Roma. Todavia, a mesma se justifica pela razão que primeiro compete aos Estados o dever de reprimir os crimes tipificados no Estatuto do Tribunal, através de suas legislações internas, até para que ocorra uma repressão mais eficaz dos delitos internacionais (LEWANDOWSKI, 2002, p. 5).

Nesse toar, pode-se dizer que a Corte Penal poderá atuar de forma automática, subsidiariamente, ou de forma *ad hoc*, facultativamente. Veja-se como ocorre no âmbito das disposições do Estatuto de Roma.

Como regra geral, para a atuação do TPI é indispensável que o Estado, onde ocorreu o crime ou que seja o de nacionalidade do acusado que cometeu o crime de competência do Tribunal, seja signatário do Estatuto, o qual relatará a situação ao Ministério Público da Corte requerendo que este examine a ocorrência dos atos criminosos, vide os artigos 12¹¹ e 13¹² do Estatuto da Corte Penal Internacional.

¹¹ 1. O Estado que se torne Parte no presente Estatuto, aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o artigo 5º.

2. Nos casos referidos nos parágrafos a) ou c) do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3º:

a) Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave;

b) Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um crime.

3. Se a aceitação da competência do Tribunal por um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária nos termos do parágrafo 2º, pode o referido Estado, mediante declaração depositada junto do Secretário, consentir em que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceito a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou exceção, de acordo com o disposto no Capítulo IX.

¹² O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5º, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se:

a) Um Estado Parte denunciar ao Procurador, nos termos do artigo 14, qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes;

Além destes requisitos, para a ocorrência da jurisdição automática deve ocorrer a inercia jurisdicional dos Estados afetados.

Porém, excepcionalmente, caso o Estado em que ocorreu o delito não for signatário do Estatuto, admite-se a atuação da jurisdição do Tribunal desde que o Estado declare consentimento para o exercício de competência da Corte em relação ao crime em questão ou quando o Conselho de Segurança da ONU relatar à Corte a ocorrência de crime, não importando, nesta hipótese, se o referido Estado é ou não signatário, atuando, assim, de forma *ad hoc*.

Este modelo de jurisdição automática aos estados acolhedores do Estatuto, segue o apresentado pela Alemanha. Infelizmente, este modelo apresentado, que exclui a consideração do Estado de nacionalidade da vítima e do Estado a quem a extradição do custodiado foi pedida, consoante foi o modelo jurisdicional apresentado pela Coréia do Sul (KAUL, 2000, p. 116).

Resta claro que se este tipo de jurisdição fosse adotado, aumentaria de forma significativa o número de pessoas que estariam protegidas pelo Tribunal Penal Internacional.

Além da codificação de um Direito Penal Internacional material, o Estatuto de Roma prevê a forma procedimental de como ocorrerá a persecução no bojo do Tribunal.

Explanando-se de forma sucinta, o procedimento criminal se inicia mediante uma representação à Promotoria, subscrita por algum dos Estados parte ou do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, ou ainda por uma investigação aberta, provocada ou de ofício, pelo próprio *Parquet* Internacional, a qual será analisada pela Seção de Questões Preliminares. Entendendo pela existência de indícios suficientes de culpabilidade do acusado apontado pela Promotoria, essa Seção poderá ordenar a prisão preventiva do acusado, para assegurar seu comparecimento em juízo, para que ele não obstrua a investigação, destruindo provas ou ameaçando testemunhas, ou mesmo para impedir que prossiga cometendo crimes. Essa prisão será executada pelos Estados partes ou por terceiros mediante os instrumentos de cooperação internacional (LEWANDOWSKI, 2002, p. 6).

b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; ou

c) O Procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no artigo 15.

Posteriormente, uma vez considerado culpado pela Corte internacional, nos termos do artigo 77, o réu estará sujeito às seguintes reprimendas: reclusão pelo prazo não superior a trinta anos; prisão perpétua, dependendo da gravidade do delito cometido e das circunstâncias pessoais do acusado; multa; e confisco de bens procedentes direta ou indiretamente da prática do crime. Além disso, o Tribunal poderá fixar uma reparação às vítimas, sob a forma de reabilitação ou indenização, a qual será paga pelo réu ou por um Fundo constituído por bens confiscados e por contribuições dos Estados, criado para este fim.

A reprimenda imposta será cumprida em um dos Estados signatários e poderá ser reduzida depois do cumprimento de um terço ou de 25 anos, no caso de prisão perpétua, devendo-se atentar, também, para a colaboração prestada pelo réu durante o julgamento.

Conforme salientado anteriormente, o Estatuto de Roma procurou conjugar os principais princípios gerais de direito reconhecidos pela maioria das nações para reger as regras materiais penais, bem como as regras processuais.

Nesse sentido, para Roy Lee (1999, apud CANTARELLI, 2009, p. 325) o sistema de jurisdição penal estabelecido através do Estatuto de Roma compreende uma gama de princípios gerais penais, valendo fazer menção aos princípios do *non bis in idem*, *nullum crimen sine lege*, o da idade mínima, da responsabilidade individual criminal, o da responsabilidade de comando, o da não retroatividade e o *nulla poena sine lege*.

Percebe-se, então, segundo Roy Lee, a presença do princípio da legalidade como um dos princípios gerais de direito penal reconhecidos pelo Estatuto Roma.

Expressamente, o Estatuto de Roma dispõe os princípios norte aos arts. 22 a 33 do Estatuto. Ressalte-se que este rol não é exaustivo, podendo-se encontrar outros princípios fora deles.

Destarte, para uma melhor análise dos Princípios Gerais que norteiam o Estatuto de Roma, Kai Ambos divide o estudo dos arts. 22 a 33 em três partes. A primeira parte é denominada de Princípios Gerais em Sentido Estrito. Ulteriormente, fala-se nas normas referentes à responsabilidade individual, que apresentam aspectos objetivos e subjetivos, vide os arts. 25, 28 e 30. A terceira parte engloba as excludentes da responsabilidade criminal, quais sejam os arts. 26, 27, 29 e 31 a 33.

Nos mencionados artigos 22 a 24, podemos encontrar o Princípio da Legalidade, presença esta que é objeto de análise deste trabalho.

5. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL NO ESTATUTO DE ROMA

5.1 O Princípio da Legalidade Penal no Direito Penal Internacional e como princípio geral de Direito Penal no Estatuto de Roma

É consabido que o Direito Penal é a forma mais gravosa de intervenção do Estado na sociedade, pois, ao se aplicar uma sanção penal, atinge-se os direitos fundamentais do cidadão, como vida e a liberdade.

Destarte, conforme levantado neste trabalho, o surgimento e a consolidação do Princípio da Legalidade Penal trouxe a proteção dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, seja no sentido de proteger os cidadãos de uma possível utilização arbitrária do poder punitivo, seja no sentido de proporcionar aos indivíduos certas garantias jurídicas através da norma penal, tratando-se de um princípio basilar de justiça.

Nesse sentido, considerando-se que o Direito Penal Internacional também visa a proteção dos direitos humanos com a possibilidade de punir aqueles que ferem tais bens jurídicos, o princípio da legalidade não pode ser dissociado desta disciplina jurídica, pois tal princípio também se constitui em uma exigência da segurança jurídica pelos seus destinatários, bem como em uma exigência de garantia contra o abuso e a arbitrariedade do poder punitivo de ordem supranacional.

Assim, restou inevitável a previsão do mencionado princípio no Estatuto de Roma no rol de princípios gerais de direito penal, especificamente em seus artigos 22 a 24.

Para Schabas (2000, p. 159), o Estatuto de Roma, ao apresentar extremo detalhamento em seus dispositivos, comparado aos estatutos militares internacionais, especialmente aquelas normas que se referem à definição de tipos penais e de princípios gerais, atesta uma verdadeira obsessão para com o princípio da legalidade.

Nesse sentido, segundo Delgado e Tiujo a inclusão do princípio da legalidade no Tratado de Roma significa, por si, uma conquista efetiva do Direito Penal Internacional (GHIDALEVICH, 2006, p. 118).

Também, Ghidalevich (2006, p. 128) afirma que previsão expressa do princípio da legalidade no Estatuto de Roma explicita com clareza a finalidade de se criar uma jurisdição penal de caráter supranacional pautada em parâmetros razoáveis de segurança jurídica e respeito à dignidade humana.

No entanto, a aplicação rígida dos postulados do princípio da legalidade, no âmbito do Direito Internacional Penal e nos países que adotam o sistema jurídico da *common law*, não tem sido aceita sem controvérsias.

Comentando sobre a aplicação do princípio da legalidade no âmbito do Direito Internacional Penal, Alicia Gil destaca que as garantias formais do princípio da legalidade não podem ser acolhidas uniformemente, pois não são adotadas igualmente em todo o mundo (LEÃO, 2013, p. 185).

Em verdade, diante da existência das inúmeras diferenças e divergências entre os ordenamentos jurídicos internos dos Estados, fruto das particularidades e diversidades culturais entre eles, o emprego do princípio da legalidade no direito internacional apresenta-se de forma muito mais complexa do que nas esferas nacionais (BRANDÃO, R., 2006).

Contudo, tal análise não implicaria, segundo Gil, em dizer que o Direito Internacional Penal não seria regido pelo princípio da legalidade, pois bastaria ajustar os conceitos decorrentes do princípio da legalidade e identificar aqueles que são realmente indispensáveis. Nesse sentido, ela esclarece que a irretroatividade da lei penal desfavorável seria, por exemplo, um postulado possível de se constituir como um princípio do Direito Internacional Penal, desde que se entendesse por lei não a lei escrita editada por um legislador, mas sim as normas decorrentes da conjugação de fontes jurídicas internacionais, como os tratados internacionais, convenções, declarações, costume e jurisprudência (LEÃO, 2013, p. 185).

Ademais, Gil ressalta que o sistema da *common law* consagra o princípio da legalidade em sentido amplo (como princípio da juridicidade), nos moldes do que ocorre nos tratados internacionais. Afirma, ainda, que, apesar das diferenças substanciais existentes entre os países que adotam a *common law* e aqueles que adotam a exigência da lei formal, cada vez mais o princípio da juridicidade tem-se aproximado dos parâmetros da legalidade estrita (GUILADEVICH, 2006, p. 128), como é o caso da própria redação do Estatuto de Roma, em que se procurou tipificar as condutas criminosas, também com a apresentação dos elementos constitutivos, trazer garantias principiológicas básicas ao acusado, especialmente através princípio da legalidade penal, bem como dispor sobre o rito legal para a persecução penal.

Assim, observa-se que no âmbito do direito internacional penal o princípio da legalidade não pode ser considerado em seu sentido puramente estrito assim como é

interpretado no direito interno, uma vez que, além das normas terem forte influência do sistema jurídico da *common law*, tais regramentos refletem a tentativa de positivação de regras que atendam os diferentes ordenamentos jurídicos existentes no mundo, sendo inevitável a relativização do princípio da legalidade na seara internacional, tendo, portanto, uma conotação menos estrita do princípio da legalidade tradicional.

Segundo Ambos (2000, p. 26):

O Estatuto de Roma não é dogmaticamente um modelo internacional de código de direito e processo penal. E não poderia ser. Mas é uma tentativa de erigir um sistema de justiça criminal a partir da junção de mais de cento e cinquenta países num documento que fosse mais ou menos aceitável para cada delegação presente em Roma. Esta consideração é aplicável a todo Estatuto, mas, em particular à parte 3, a qual é intitulada "Princípios Gerais".

Desta feita, o que há, na verdade, é uma tentativa de adequação de um princípio penal concebido sob o modelo romano-germânico a um conjunto de normas penais de direito penal internacional fortemente influenciado pelo sistema da *common law*.

Para Comparato (2015, p. 490), os princípios gerais consagrados pelas legislações, jurisprudências e doutrina dos diversos países que delimitam a responsabilidade criminal, devem ser interpretados de modo mais compreensivo, tendo em vista que o âmbito de aplicação do Estatuto não é em relação a um determinado Estado, mas sim no âmbito internacional.

Portanto, segundo Renata Brandão (2006), os aspectos costumeiros dos diversos países não podem considerados um argumento válido para tornar incompatíveis o DPI e a legalidade, em razão que o mencionado princípio também se constitui em patrimônio da própria humanidade, a ponto de impor-se mesmo ante a prática de crimes contra a humanidade, de guerra, contra a paz e genocídio.

Dessa maneira, diante do exposto, não é de fácil constatação de que os dispostos previstos nos artigos 22 a 24 obedecem, de forma plena, os postulados do Princípio da Legalidade Penal.

De fato, tais disposições não são isentas de críticas, especialmente em razão do disposto no artigo 21, o qual acolhe diversas fontes para a aplicação do direito no Tribunal Penal Internacional¹³, entre elas: as regras constantes do Estatuto, mormente

¹³ Estatuto de Roma prevê uma hierarquia da lei aplicável.

com as definições e elementos de crimes e regras de prova e processo, previstos nos artigos 9º e 51 do diploma legal em comento; os tratados internacionais e os princípios e regras de direito internacional; normas e princípios da lei do Estados onde ocorreu o delito, desde que sejam compatíveis com os princípios inerentes ao direito internacional fazem parte da disciplina jurídica direito penal internacional; e ainda a aplicação do direito oriundo de decisões anteriores e para os direitos humanos, conforme os dispostos nos parágrafos segundo e terceiro.

Percebe-se, portanto, que parte das mencionadas fontes possuem natureza consuetudinária, muito em virtude de que as normas do Estatuto de Roma pertencem à disciplina jurídica Direito Penal Internacional, a qual, por sua, vez se integra ao Direito Internacional Público, cujo este possui forte carga de direito consuetudinário, sendo, a princípio, incompatível com o Princípio da Legalidade estrita, consolidado nos sistemas romano-germânico.

Segundo Gil, desde as comissões preparatórias para a instituição do Estatuto de Roma existia o receio de alguns países em inserir as regras de Direito Internacional como fonte imediata para a tipificação de condutas, sob o fundamento de que significaria aceitar a formulação de acusações e a aplicação de punições baseados nos costumes (GHIDALEVICH, 2006, p. 127).

Em crítica sobre o atendimento aos postulados do Princípio da Legalidade, Moccia, entende que, diante da heterogeneidade das fontes, não existe a chance de serem concretizados os componentes do princípio em comento, como a reserva legal, a taxatividade dos tipos penais, a irretroatividade e a proibição da analogia, especialmente pela disposição contida no artigo 21.2 que possibilita a aplicação do direito dos precedentes, o que para ele pode implicar no alargamento da discricionariedade do magistrado, possibilitando a criação de norma no caso concreto por parte do mesmo (GHIDALEVICH, 2006, p. 126).

Contudo, parece certo afirmar que não se deve prosperar a conclusão acima apontada, uma vez que está claro que o artigo 21, estabelece um rol de fontes hierarquizados, no qual deve-se aplicar primeiramente as regras contidas do Estatuto, justamente no sentido de se evitar, ao máximo, a discricionariedade do magistrado, que mesmo ocorrendo esta discricionariedade deverá o juiz estar baseado nos limites impostos pelas normas e princípios de direito internacional.

Ademais, conforme opinião de Gil a multiplicidade de fontes previstas no artigo 21 não deve servir para a interpretação de normas incriminadoras, sob pena de violação do princípio da legalidade (GHILADEVICH, 2006, p. 124).

Não obstante, Cantarelli (2009, p. 354) defende que o Princípio da Legalidade em todos os seus enunciados, quais sejam *nullum crimen sine lege scripta, praevia, certa e stricta*, se encontra presente no Estatuto de Roma, mas não se pode negar que é um dos pontos polêmicos desde a criação do Tribunal de Nuremberg, pois nem sempre os fins desse princípio são alcançados em sua forma tradicional.

Esse mesmo entendimento compartilha Gil, segundo a qual os artigos 22 a 24 do Estatuto consagram o princípio da legalidade estrita, uma vez que o Estatuto se preocupou em descrever os tipos penais nos artigos 5º a 8º, integrá-los com os elementos do crime, previstos no artigo 9º do referido diploma (GHIDALEVICH, 2006, p. 124).

Passa-se, então, a analisar cada um dos dispositivos em comento.

5.1.1 O *nullum crimen sine lege*

Como a própria nomenclatura do enunciado sugere, o Estatuto de Roma determina a previsão de condutas criminosas antes da imputação penal à determinado indivíduo, adotando tal determinação como um princípio geral norteador das regras constantes no mencionado Tratado.

Conforme já consabido neste trabalho, a previsão da conduta juridicamente reprovável tem como escopo promover a certeza da previsão legal, bem como limitar o arbítrio judicial. Dessa maneira, além da previsão normativa, é necessário, que o tipo penal seja formulado de maneira clara e precisa, apta a atribuir rigidez ao processo de interpretação, e com isso delimitar a margem de discricionariedade do magistrado para gerar segurança jurídica aos destinatários da norma.

Nesse toar, o art. 22, parágrafo primeiro, do Estatuto de Roma, dispõe que um indivíduo só será penalmente responsável junto à Corte Penal se a conduta consistir, no momento da prática, um delito tipificado, sob a sua jurisdição, encontrando-se a *lex scripta*.

Analisando o dispositivo em comento, Villasante y Prieto assevera que o Estatuto de Roma andou bem ao adotar o termo “conduta”, pois, dessa forma, foi

possível abarcar, além dos crimes comissivos, os delitos de natureza omissivas, assim como os crimes comissivos por omissão¹⁴ (GUIDHALEVICH, 2006, p. 121).

Ressalte-se, também a pertinência da expressão “crime da competência do Tribunal”, adotada pelo artigo 22, visando alcançar crimes previstos no Estatuto que praticados após a sua entrada em vigor.

Assim, ao determinar as condutas típicas, bem como delimitar os elementos de tais delitos, conforme disposições dos artigos 5, 6, 7 e 8, o princípio da legalidade estaria em conformidade, parcialmente, com a sua acepção *nullum crimen sine lege praevia*¹⁵.

Todavia, na opinião de Moccia, o Estatuto de Roma descreve as figuras delitivas, em sua maioria, de forma vaga, o que ocorre pelo fato de o Estatuto ser um instrumento que tenta conciliar as garantias do Direito Penal substancial com as particularidades próprias dos compromissos políticos envolvidos na elaboração dos tratados internacionais (GHILADEVICH, 2006, p. 129).

Na opinião de Ramírez, é inegável que o Estatuto de Roma avançou no campo direito internacional quanto à aplicação da legalidade, contudo, há muitos tipos penais descritos de forma genérica, requerendo, por vezes, o recurso à integração analógica, como nos casos em que a descrição típica refere-se a “outros abusos sexuais de gravidade comparável” (artigo 7.1.g), ou “outros atos desumanos de caráter similar que causem intencionalmente grande sofrimento” (GHIDALEVICH, 2006, p. 131).

A presença de tipos penais apresentadas de forma genéricas, conforme o exemplo apontado anteriormente, pode trazer prejuízos ao escopo da *lex certa*, uma vez que esta exige que a lei penal deve ser pautada na maior taxatividade possível, evitando a adoção de interpretações diversas da mesma, não deixando dúvidas acerca de seu teor, evitando, assim, que se use o poder punitivo de forma arbitrária.

Não obstante as opiniões apresentadas, Steiner considera que o Estatuto de Roma, optou por definir os tipos penais de forma suficiente a possibilitar a interpretação e a aplicação futuras por parte do Tribunal. A complementação das definições dos tipos previstos no Estatuto de Roma ficou a cargo das descrições formuladas pelo documento denominado Elementos Constitutivos dos Crimes,

¹⁴ O crime comissivo por omissão poderá ser punido em virtude de dispositivos como o do artigo 28, a, do Estatuto, referente à responsabilidade do superior pelos atos cometidos por seus subordinados, quando não tiver exercido controle apropriado sobre eles.

¹⁵ Tal afirmação é feita em razão de ainda não ter sido realizada, até o momento, no presente trabalho, a análise da questão da irretroatividade da norma penal no âmbito do Estatuto de Roma.

conforme determinação de seu artigo 9º, restando anexo ao Estatuto (GHILADEVICH, 2006, p. 131). Assim, espera-se que o sistema garanta ao acusado um grau de segurança apropriado, em atendimento ao Princípio da Legalidade.

Segundo M. Cherif Bassiouni, o princípio da legalidade é sem dúvida aplicável, mas não se pode determinar o grau de especificidade que este princípio requer quando se trata de normas internacionais se comparadas com as normas do direito penal interno, pois, em relação ao direito penal interno, a existência de um poder central, dotado de mecanismos de coerção e persecução exige um grau maior de taxatividade e certeza quanto a determinação dos tipos penais e a cominação individualizada das penas, conforme o postula o Princípio da Legalidade Penal em sua forma estrita, razão pela qual o mencionado princípio apresenta maiores complexidades no direito internacional do que na esfera nacional (JAPIASSÚ; ADRIANO, 2005, p. 16).

Ademais, ao levantar o aspecto histórico, Comparato (2015, p. 492) faz uma interessante análise ao defender que a aplicação de garantias dos direitos individuais na seara do Estatuto, deve ser feita sem excessos de formalismo, diferentemente do que exige a concepção tradicional do princípio da legalidade penal, pois deve-se considerar que atos criminosos de natureza internacional possuem uma configuração variada, transformando-se rapidamente em sua estrutura interna, por força da evolução tecnológica. Assim, resta indispensável que para o sistema penal do Estatuto não se torne defasado em razão das transformações históricas, as suas normas devem ser interpretadas de uma forma mais ampla.

Por seu turno, o art. 22, inciso 2, proíbe a analogia para a definição de um determinado delito, sendo observado, portanto, o postulado da *lex stricta*. Quanto à previsão de um delito, o mencionado dispositivo determina que o crime deve ser estabelecido de forma precisa (*lex certa*). Ademais, o dispositivo legal em comento determina que caso ocorra divergência na interpretação da norma penal, a mesma será interpretada sempre em favor da pessoa investigada, conforme postula o princípio da legalidade penal.

Ainda, quanto à *lex certa*, também há que se ressaltar as observações realizadas por Fronza e Malarino, os quais afirmam que os riscos de haver divergências entre diferentes versões do Estatuto de Roma não pode ser

desconsiderado, em razão da diversidade linguística do Tratado, conforme os artigos 50 e 128 (GUILADEVICH, 2006, p. 132).

Explicando-se, o artigo 50 elege como idiomas oficiais do Tribunal Penal Internacional as línguas árabe, chinesa, espanhola, francesa, inglesa e russa. Por sua vez, o artigo 128 atribui o mesmo grau de autenticidade a todos os idiomas, ao dispor que os idiomas em comento “fazem igualmente fé, será depositado junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, que enviará cópia autenticada a todos os Estados”, possuindo, assim, os textos, a mesma força interpretativa.

Assim, considerando-se que o Estatuto de Roma consiste em um instrumento de atribuição de responsabilidade jurídico-penal a nível supranacional e que os termos utilizados nas diferentes versões podem apresentar divergência de significados, há a possibilidade das divergências linguísticas gerarem indeterminação da norma penal e, conseqüentemente, incerteza sobre o comportamento juridicamente reprovado.

Nesse sentido, em ocorrendo tal divergência, a solução apresentada por Fronza e Malarino identificar a norma aplicável ao caso concreto é o da comparação de todas as versões oficiais, em todas as situações analisadas pelo Tribunal, vide o artigo 33.1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (GUILADEVICH, 2006, p. 133).

Outra solução que parece ser acertada, é a interpretação do sentido terminológico linguístico com base na aplicação das fontes previstas no artigo 21 do Estatuto da Corte, na qual o magistrado, no caso concreto, poderá se valer de tratados e princípios e normas de direito internacional, das jurisdições internas, bem como de decisões anteriores para determinar a interpretação adequada.

Além disso, o artigo 22.2 do Estatuto possibilita ao magistrado se valer da interpretação mais benéfica ao acusado, superando, assim, a problemática da diversidade linguística.

Assim, vê-se que a diversidade linguística não compromete o escopo da *lex certa*, tendo em vista a existência de mecanismos para suprir as possíveis diversidades linguísticas que surgirem perante o Tribunal Penal Internacional, seja com a aplicação do artigo 33.1 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados Internacionais, seja através da aplicação do artigo 21 do Estatuto de Roma ou seja pela adoção da interpretação mais favorável ao réu.

Por fim, superada a questão da diversidade linguística do Estatuto de Roma, é válido registrar que o *nullum crimen sine lege*, nos moldes previstos no Tratado, além de possuir o escopo de promover a certeza da previsão legal e limitar o arbítrio judicial, trazendo aos destinatários a tão recomendada segurança jurídica e, conseqüentemente, a proteção da liberdade individual, o princípio em comento possui o escopo de promover a igualdade perante o Estatuto, na medida em que se alcança um grau desejável de clareza e previsão das normas, torna-se mais baixo o risco de desigualdade perante a norma penal internacional (MOCCIA, 2004 apud GHILADEVICH, 2006, p. 130).

5.1.2 A *nulla poena sine lege*

Quanto ao artigo 23, cujo trata do princípio do *nulla poena sine lege*, Cantarelli (2009, p. 356) considera que este dispositivo deve ser entendido da forma como está redigido, ou seja, só poderá ser aplicada em face do condenado a pena prevista no Estatuto, mesmo em não havendo a estrita correlação entre o delito tipificado e a sua respectiva pena.

De fato, a inexistência de uma correlação direta entre as condutas tipificadas e as penas correlatas, previstas nos artigos 77 a 80, é criticável, pois, além de não haver essa estrita ligação entre o delito previsto e a sua pena, o mencionado artigo regula as reprimendas de forma muito genéricas ao prever quatro conseqüências jurídicas para o condenado, quais sejam a prisão, a prisão perpétua, a pena de multa e o confisco do produto, bens e haveres oriundos do crime.

Ademais, há de se assinalar que o Estatuto, no que concerne à determinação da pena, adota, no artigo 78, expressões abertas, como o estabelecimento de que o magistrado, na ocasião da individualização da reprimenda, deverá aplicar uma pena proporcional à conduta delituosa praticada (princípio da proporcionalidade), considerando a gravidade da conduta e as condições individuais do condenado, não determinando e não definindo, em nenhum outro momento, no Estatuto de Roma, as circunstâncias agravantes e atenuantes na aplicação da reprimenda, assim como ocorre nos ordenamentos jurídicos de modelo romano-germânico.

Assim, conforme entendimento de Hermida (2006, p. 57), o magistrado possui uma amplíssima margem de discricionariedade na aplicação das penas o que não é

compatível, a princípio, com a legalidade penal e, inclusive, com a proporcionalidade mencionada. Por outro lado, a mencionada autora afirma que a ausência de um conjunto detalhado de regras nesse sentido, pode possibilitar um posterior desenvolvimento e consolidação de princípios jurídicos internacionais autônomos, até mesmo com o maior desenvolvimento do princípio da legalidade no bojo do Estatuto da Corte.

Todavia, há que se entender que a presença de expressões abertas no que concerne à individualização de pena, não traz maiores prejuízos ao princípio da legalidade penal, pois, até nos ordenamentos jurídicos de modelo romano-germânico, é necessário que o magistrado possua uma margem de discricionariedade para impor o seu juízo de valor na análise sobre a conduta criminosa no caso concreto, desde que dentro dos limites legais e principiológicos. Ressalte-se, inclusive, que nem o ordenamento jurídico pátrio brasileiro determina de forma taxativa as circunstâncias atenuantes da pena. Outrossim, a Regra 145 da Assembleia dos Estados Partes no Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, prevê as circunstâncias agravantes e atenuantes de forma satisfatória, em se tratando de um regramento que tenta unir normas de direito penal que sejam relativamente aceitáveis a mais de cento e cinquenta países, como é o caso do Estatuto de Roma.

Velásquez destaca que a sanção penal deve estar ligada ao princípio da legalidade, devendo ser observadas tanto às prerrogativas substanciais, como a lei escrita, estrita, certa e prévia, bem como às processuais, como o devido processo legal, obediência ao princípio do juiz natural, e execução penal, adequando o tratamento penitenciário, assistencial, para o caráter humanitário e ressocializador. Portanto, ao não se estabelecer sanções penais à determinadas condutas específicas, ocorre manifesta violação ao princípio da legalidade (GHIDALEVICH, 2006, p. 139).

No mesmo sentido, Villasante y Prieto, manifesta que o Estatuto de Roma merece crítica por não ter estipulado uma pena específica para cada tipo penal, além de não ter estabelecido critérios para a individualização da pena, como a previsão de circunstâncias agravantes e atenuantes, seguindo, neste particular, o modelo do sistema anglo-saxão (GHIDALEVICH, 2006, p. 140).

Ressalte-se que em relação a ausência de previsão quanto às circunstâncias agravantes e atenuantes, o magistrado deverá se valer das fontes subsidiárias

previstas no artigo 21 do Estatuto de Roma, especialmente as decisões anteriores do Tribunal Penal Internacional.

Todavia, justifica-se que a existência das regras redigidas de forma generalizada, na forma dos artigos 77 a 80, se deram em virtude das diversas divergências dos Estados participantes do Comitê Preparatório, como foi o caso da discussão em torno da inclusão da pena de morte no rol de penalidades do Estatuto, na qual as nações só chegaram a um consenso sobre o assunto quando o artigo 80 passou a prever que as penas se dariam sem prejuízo da pena de morte nas legislações internas. Portanto, constata-se que apenas uma abordagem mais genérica em relação às reprimendas poderia levar a uma uniformidade sobre a redação das disposições legais internacionais que atendessem as divergências entre as nações participantes nas negociações preliminares à instituição das regras do Tribunal Penal Internacional (KREB, 2000, p. 127).

Ressalte-se, ainda, que se comparados os artigos 77 a 80 com as normas legais dos tribunais internacionais predecessores, observa-se a significativa evolução na previsão do regime de penas no Estatuto de Roma, o qual parece ser mais elaborado (KREB, 2000, p. 130), pois além de prever as penas o Estatuto de Roma definiu os delitos, como elencou seus elementos constitutivos, além de formalizar um sistema equilibrado entre os direitos do acusado, as garantias das vítimas e a função jurisdicional de perseguir, prevenir e punir crimes internacionais (LIMA, 2011, p. 121).

Ademais, há que se registrar que o artigo 81.2.a do Estatuto de Roma, dispõe sobre possibilidade de interposição de recurso sob o fundamento de ter sido a pena decretada desproporcional ao crime praticado. No mesmo sentido, o artigo 83.3 estabelece a possibilidade de a Sala de Apelações modificar a decisão recorrida mediante constatação de ser a pena desproporcional ao delito praticado. Finalmente, o artigo 78.1 estabeleceu como critério para fixação proporcional da pena a gravidade do delito e as circunstâncias pessoais do condenado (RIEZU; COLOMÉ, 1999 apud GHILADEVICH, 2006, p. 142).

Constata-se, portanto, que o próprio Tribunal possui instrumentos de se evitar a aplicações de penas desarrazoadas ao condenado.

Dessa maneira, percebe-se que o modo de previsão das penas no Estatuto de Roma, sem especificar qual sanção é aplicável à determinada conduta, não

seguem os padrões de certeza e restrição dos ordenamentos jurídicos nacionais que reconhecem o Princípio da Legalidade de sua maneira mais estrita.

Mesmo assim, há que se ressaltar que as normas penais internacionais constantes no Estatuto de Roma são mais delineadas se comparadas com as leis internacionais penais anteriores, ao delimitar as condutas puníveis e especificar as penas aplicáveis, assim como é preconizado no direito penal internacional (AMBOS, 2000, p. 31).

5.1.3 A não retroatividade *ratione personae*

A consagração do princípio da legalidade penal na seara do Estatuto de Roma, com o postulado *nullum crimen, nulla poena sine praevia*, pressupõe também a consagração de outra garantia fundamental, qual seja a irretroatividade da lei penal, segundo a qual a Corte só é competente para o conhecimento de fatos delituosos cometidos posteriormente à entrada em vigor do Estatuto, dando ao acusado o direito de se basear na lei que se encontrava codificada no tempo da ação ou omissão delituosa, conforme pode-se depreender da leitura dos artigos 11 e 24.

Observa-se, também, que no Estatuto são estabelecidas duas exceções ao princípio da não retroatividade.

Ao primeiro, o artigo 24, inciso 2, possibilita a retroatividade da norma mais favorável ao acusado para a ocasião em que tenha sido realizada alguma alteração normativa aplicável anteriormente à sentença definitiva, assim como se extrai do princípio da legalidade penal, em que sempre atuará em benefício ao réu. Constatase, portanto, que o Estatuto adotou a retroatividade *in bonam partem*.

Todavia, deve-se mencionar que o Estatuto da Corte, ao impedir a retroatividade da lei *in bonam partem* após o trânsito em julgado da sentença condenatória limitou o princípio da legalidade penal, impedindo que a pena seja abolida no caso de uma futura *abolitio criminis*.

Ao segundo, consiste no sentido em que o princípio da irretroatividade penal pode possuir um caráter ainda mais restrito para os Estados que aderiram o Estatuto da Corte Penal Internacional após a sua entrada em vigor (HERMIDA, 2006, p. 58).

Explicando-se, na hipótese em que o Estado adere ao Estatuto da Corte, o Tribunal só poderá exercer a sua jurisdição em razão de delitos cometidos depois da entrada em vigor do Tratado para o mencionado ente estatal, exceto se o novo

signatário se manifestar mediante declaração expressa aceitando a jurisdição para o conhecimento de fatos criminosos ocorridos após à vigência do Estatuto, independentemente do momento em que ocorreu a adesão do Estado, vide o artigo 11, inciso 2.

Contudo, as disposições em comento, não são imunes a críticas doutrinárias. Veja-se.

Conforme elucidam Fronza e Malarino, o artigo 11.1¹⁶ poderá gerar dificuldades para a aplicação das regras do Estatuto quando se estiver tratando de crimes de caráter continuado, ou seja, de delitos que se iniciam antes da entrada em vigor do Estatuto e que se tenha prolongado no tempo até data posterior ao início de sua vigência, já que há diferentes acepções acerca do momento da consumação do crime nas diversas legislações¹⁷ (GHILADEVICH, 2006, p. 145).

Outro problema apontado por Rodríguez que ameaça o princípio da irretroatividade é a aceitação *ad hoc* da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, posteriormente à sua entrada em vigor por um Estado que não seja parte do Estatuto, conforme previsto em seu artigo 12.3, tratando-se, para o autor, de uma exceção ao princípio da irretroatividade da lei, estabelecido no Estatuto de Roma (GHILADEVICH, 2006, p. 146).

Comentando sobre o princípio em esboço, Ambos (2000, p. 29) assevera que este entendimento aparentemente estrito do *nullum crimen*, em especial da não retroatividade, possui sólida base no direito penal comparado, sendo reconhecido, também, na seara do direito internacional. No entanto, resta forçoso observar que desde o Tribunal Militar de Nuremberg este princípio vem sendo aplicado de maneira mais liberal, tendo em vista que o mesmo rejeitou os argumentos de defesa baseados na violação do *nullum crimen sine lege praevia (e scripta)*, sob o fundamento do princípio da justiça.

Nesse sentido, quanto às discussões posteriores na criação de tribunais internacionais sobre exigência de lei escrita, o relator especial da Comissão de Direito Internacional, Dodou Thiam, fez uma inovadora análise de que em âmbito internacional a palavra lei deveria ser entendida em seu sentido amplo, incluindo, também os costumes e os princípios gerais de direito (CANTARELLI, 2009, p. 355),

¹⁶ Art. 11.1. O Tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do presente Estatuto.

¹⁷ Ex: Teoria da atividade, teoria do resultado, teoria da ubiquidade ou mista.

os quais são fonte do direito internacional público e, conseqüentemente, do direito penal internacional.

Conseqüentemente, a codificação internacional da não retroatividade da norma penal, abriu a possibilidade de persecução em diferentes níveis legais, ou seja, não apenas com base no Direito Penal, mas também a partir de convenções internacionais e do direito consuetudinário internacional. Nesse toar, o Estatuto de Roma confirma a discussão sobre a ideologia sobre o princípio do *nullum crimen* ao estatuir que o reconhecimento deste princípio não deve afetar a caracterização de qualquer conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do Estatuto, conforme dispõe do artigo 22, inciso 3 (AMBOS, 2000, p. 31).

Tanto é assim que a Convenção Europeia de Direitos Humanos declara, em seu artigo 7º, inciso 2, que o princípio da anterioridade da lei penal não impede o julgamento e a punição de um indivíduo culpado de uma ação ou omissão que no momento em que ocorreu, era considerada criminosa, de acordo com os princípios gerais de direito reconhecido pelas nações civilizadas (COMPARATO, 2015, p. 492), traduzindo, portanto, a ideia de que os tratados internacionais que instituem crimes e penas, são um reflexo da consciência ética coletiva internacional.

Destarte, com base nestas considerações percebe-se que as críticas às exceções da irretroatividade não merecem prosperar, pois mesmo diante da ausência da lei anterior é possível a persecução penal do indivíduo pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Desta maneira, pode-se constatar o atendimento ao princípio da legalidade no seu sentido de *lex praevia*, no entanto em sua forma limitada.

Assim, Broomhall entende que a irretroatividade da lei, aliada a vedação da analogia, limita a discricionariedade do magistrado nos parâmetros previstos pelo próprio Estatuto de Roma (GHILADEVICH, 2006, p. 149), atendendo a uma das finalidades do princípio da legalidade penal.

5.1.4 O *ne bis in idem*

Há que se mencionar, também, o princípio do *ne bis in idem*, cujo é inerente à consagração do princípio da legalidade penal.

Diferentemente dos Tribunais Internacionais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda, os quais possuíam competência concorrente às jurisdições nacionais, o Estatuto de Roma atribuiu ao TPI uma competência complementar às jurisdições internas dos Estados (princípio da complementariedade), sendo, portanto, a Corte responsável por conciliar sua a competência complementar do Tribunal com as jurisdições penais domésticas, de modo a evitar a incidência do *bis in idem*.

A proibição do *bis in idem*, encontra-se previsto no artigo 20 do Estatuto e consiste na impossibilidade de se processar alguém em virtude de condutas delituosas tipificadas no Estatuto caso já tenha sido julgada anteriormente, seja dos crimes mencionados no artigo 5, seja dos atos constitutivos previstos nos artigos 6º, 7º e 8º.

Da mesma forma, este princípio proíbe que se uma pessoa for julgada pelo Tribunal Penal Internacional a decisão de mérito também fará coisa julgada não somente em relação à própria Corte, mas também diante de qualquer outro tribunal pertencente ao Estado signatário do Estatuto (COMPARATO, 2015, p. 492).

Desta maneira, o mencionado princípio avulta em importância, tanto em sentido material penal como em sentido processual, pois, além de garantir aos cidadãos o conhecimento antecipado do conteúdo da reação sancionadora de um Estado, impede a duplicidade de processos com o mesmo objeto, estando, assim, diretamente vinculado à segurança jurídica e, conseqüentemente, ao princípio da legalidade penal (HERMIDA, 2006, p. 58).

Todavia, como já explanado anteriormente, o Estatuto de Roma excetua este princípio, através do princípio da complementariedade, disposto no artigo 17, na ocasião em que se constata que o julgamento do acusado ocorrido no Estado-parte teve o propósito de eximir o mesmo de sua responsabilidade penal por crimes da competência da Corte ou na constatação que o referido julgamento não ocorreu de forma independente ou imparcial, conforme as garantias processuais reconhecidas pela comunidade internacional, ou que tenha sido conduzido de uma forma que se revelou incompatível com a intenção de submeter a pessoa à jurisdição do Tribunal, garantindo assim a punição do indivíduo em razão da perpetração dos delitos de caráter internacionais.

6. CONCLUSÃO

O Princípio da Legalidade representa uma conquista dos cidadãos face à utilização do poder punitivo estatal de forma arbitrária, bem como uma garantia no respeito pleno aos seus direitos fundamentais, utilizando-se, principalmente, da lei positivada para atingir tais finalidades.

Diante de tamanho significado, restou analisar como este princípio reage a um corpo normativo consubstanciado pelo Direito Penal Internacional, disciplina jurídica, esta, formada a partir da conjugação de normas e princípios de Direito Internacional e de Direito Penal e que por ser parte do Direito Internacional Público se utiliza fontes oriundos do direito costumeiro, que se adequam mais ao sistema jurídico da *common law*. A princípio foi levantada a hipótese de que a princípio o mencionado princípio se encontra presente de forma difusa e em conformidade com termos do Direito Penal Internacional.

Observa-se que antes da criação do Estatuto de Roma e da consolidação do Direito Penal Internacional como matéria jurídica houve uma certa fragilização do princípio da legalidade no bojo dos tribunais militares internacionais para o pós-segunda guerra e os tribunais *ad hoc* criados para antiga Iugoslávia e para Ruanda, tendo em vista que os mesmos utilizaram de termos genéricos para prever condutas e penas, demonstrando carência técnica na determinação dos tipos penais, o que também deu abertura à utilização de analogia; julgaram chefes de estados e autoridades sem a tipificação dos crimes no momento da prática dos mesmos; além dos mencionados tribunais serem utilizados pelas nações vencedoras como instrumento de persecução penal dos derrotados, causando uma notória insegurança jurídica.

No entanto, os referidos tribunais abriram espaço para a instituição de uma interpretação menos estrita do princípio da legalidade no âmbito internacional, fugindo daquela ideia tradicional de que o princípio em comento deve ser pautado quase que exclusivamente através da lei positivada.

Levando-se em consideração que o Estatuto de Roma é um corpo normativo que procura harmonizar as principais normas de diversos ordenamentos jurídicos e que visa proteger a sociedade face o cometimento dos mais graves crimes, proporcionando consequências jurídicas punitivas para o indivíduo que assim incorrer,

constata-se que o princípio da legalidade não pode se encontrar ausente deste Tratado, mesmo diante do caráter internacional das regras do Estatuto de Corte.

Todavia, não se pode ignorar alguns dos questionamentos sobre as supostas incompatibilidades dos dispositivos da Corte que foram levantadas neste trabalho com o princípio da legalidade.

A par de todos os problemas apresentados neste trabalho, verifica-se que essas adversidades podem e devem ser superadas, seja através de interpretações hermenêuticas dos dispositivos do Estatuto, seja através das próprias ferramentas legais que o Estatuto de Roma destina ao Tribunal, como, por exemplo, a possibilidade de utilização de recurso para combater a imposição de penas desarrazoadas à luz dos princípios gerais de direito reconhecidos internacionalmente pela maioria das nações partes.

Nota-se, portanto, que o Tratado em comento promove a manutenção do princípio da legalidade, reconhecendo-o como um princípio geral de direito penal, com o fito de proporcionar segurança jurídica aos destinatários da lei penal internacional, limitar a jurisdição do tribunal, bem como proporcionar a garantia ao respeito da dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se, que não se pode esperar que os dispositivos e os princípios gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma possuam os mesmos aspectos se comparados com aqueles que constam em um ordenamento jurídico interno adotante do modelo de sistema jurídico romano-germânico, pois o que ocorre no Estatuto de Roma é a instituição de uma corte penal permanente a partir da conjugação das regras dos ornamentos jurídicos de mais de cento e oitenta países.

Observa-se, portanto, que o Estatuto da Corte adequa com maestria o princípio da legalidade a um corpo normativo com fortes aspectos do sistema da *common law*, devendo ser interpretado de maneira menos estrita se comparada com as jurisdições internas, as quais, por possuírem um poder único central, dotados de ferramentas de coerção e persecução penal próprias, exigem uma aplicação mais restrita do princípio em comento, assim como discorrido no primeiro capítulo.

Desta feita, partindo-se de tais considerações e do que foi desenvolvido nos capítulos deste trabalho, a hipótese suscitada se confirma, sendo forçoso reconhecer que o princípio da legalidade se encontra de forma difusa e em conformidade com os aspectos do direito internacional.

É de notória importância a realização deste trabalho, uma vez que, ao reconhecer a presença e a compatibilidade do princípio da legalidade penal perante as regras do Estatuto de Roma, em conformidade com os aspectos do Direito Penal Internacional, reforça o reconhecimento da importância deste essencial princípio em todo sistema penal sistema penal nacional ou internacional que se pretenda racional e justo e que tenha a finalidade de promover o respeito pleno aos direitos mais fundamentais inerentes à pessoa humana, seja ela vítima ou agressora, como é o sistema instituído pelo Estatuto de Roma.

Por fim, para além do estudo ora concretizado, resta, em vista da contemporaneidade do Tribunal Penal Internacional, a expectativa de uma futura análise, em âmbito de mestrado ou de pós-graduação, de como este princípio vem sendo interpretado e aplicado, no caso concreto, por parte dos seus magistrados.

7. REFERÊNCIAS

ALONSO, Héctor Olásolo. Los primeiros casos a nível internacional de aplicación autónoma del concepto de autoria mediata a través de estructuras organizadas de poder: Los casos contra Omar Al Bashir, Muammar Gaddafi y Abdullah Al-Senussi. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, Ano 19, v. 92, p. 369-428, set-out. 2011.

AMBOS, Kai. **A parte geral do Direito Penal Internacional**: Bases para uma elaboração dogmática. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2009.

_____. **La Parte General del Derecho Penal Internacional**: Bases para um elaboración dogmática. Bogotá: Temis, 2005.

_____. “Os Princípios Gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma”, In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (orgs.). Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. cap. 1, p. 24-62, 2000.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Renavan. 11. ed, mar. de 2007.

BAZELAIRE; CRETIN. **A justiça penal internacional**: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia. Tradução de Luciana Pinto Venâncio. Barueri SP: Manole, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1 – 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. et al. **Princípio da Legalidade**: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRANDÃO, Cláudio; CARDOZO, Teodomiro. "Art 5º, §4º". In: BONAVIDES, P; MIRANDA, J; AGRA, M (coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, cap. 2. p. 339-351, 2009.

BRANDÃO, Renata Costa Silva. **Tribunal Penal Internacional: uma nova realidade do Direito Penal Internacional para a garantia da segurança dos Direitos Humanos**. Dissertação de mestrado. Universidade Gama Filho: Rio de Janeiro, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2 jun. 2016

_____. Decreto-lei nº 2.848/1940, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 2 jun. 2016

_____. Decreto nº 4.388/2002, de 25 de setembro de 2002. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 set. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 2 jun. 2016

CANTARELLI, Margarida. **O tribunal Penal Internacional**. 2002. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br/documento/?arquivo=O+tribunal+penal+internacional.pdf&tipo=p0903>>. Acesso em: 09. abr. 2016.

_____. O princípio da legalidade penal e o tribunal penal internacional. In: BRANDÃO, C. et al. **Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito** Rio de Janeiro: Forense, p. 349-361, 2009.

_____. Os delitos praticados por militares integrantes de operações de paz. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 11, dez. 2006.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Direito Internacional Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Luis Emmanuel Barbosa. **Tribunal Penal Internacional: a constituição de uma instituição supranacional e permanente para processar e julgar crimes tipificados em acordos internacionais**. Recife – O Autor, 2007.

FEITOSA, Renato Almeida. **A Relativização do Princípio da Legalidade no Tribunal Penal Internacional**. 2013. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

FEUERBACH, Paul Johan Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FREITAS, R. “Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito penal mínimo à Maximização da Violência Punitiva. In: BRANDAO, C. et al. **Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado. **O Estatuto de Roma e o princípio da legalidade: os limites da imputação penal internacional / Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich**. — Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2006.

HATA, Fernanda Yumi Furukawa. Direito Penal Internacional. Rio de Janeiro: **rev. SJRJ**, v. 17, n. 29, p. 117-141, dez. 2010.

HERMIDA, Ágata M^a Sanz. A corte penal internacional: jurisdição e competência. Ciências penais. **Revista da associação brasileira de professores de ciências penais**. Ano 3, julho-dezembro, p. 50-67, 2006.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal**. São Paulo: Lumen Juris, 2004.

KAUL, Hans-Peter. “A corte Internacional Criminal: A luta pela sua instalação e seus escopos” In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (orgs.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, cap. 4, p.109-125, 2000.

KREB, Claus. "Penas, execução e cooperação no estatuto para o tribunal penal internacional" In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (orgs.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, cap. 4, p.125-147, 2000.

LEÃO, André Carneiro. **A transferência internacional de pessoas condenadas como decorrência do princípio da dignidade humana**: uma análise a partir do caso brasileiro / André Carneiro Leão. – Recife: O Autor, 2013.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade**. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142002000200012>. Acesso em abril 2016.

LIMA, Renata Mantovani de. **A contribuição dos tribunais híbridos para o desenvolvimento da justiça internacional penal** / Renata Mantovani de Lima. Belo Horizonte, 2011.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. **Dos crimes internacionais**: o fato punível no direito penal internacional. Uma análise a partir dos crimes contra a humanidade. In:

Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 115, ago 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/AppData/TABA/abrebanner.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13570&revista_caderno=16>. Acesso em abril 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social**. Tradução: Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores, mar., 2002.

SCHABAS, William A. Princípios Gerais de Direito Penal. In: CHOURK, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. (Org.) **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista do Tribunais, p. 149-190, 2000.

SILVA, Alexandre Pereira. Direito internacional penal (direito internacional?): Breve ensaio sobre a relevância e transnacionalidade da disciplina. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, pp. 53-83, jan./jun. 2013.

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros Souza. **O Tribunal Penal Internacional e a Proteção aos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/boletins/boletim_12/Boletim_12_artigo_01.pdf>. Acesso em: 02. mar. 2014.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de direito penal**: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Princípios do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ZAFFARONI, R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A.. **Derecho Penal**: parte general. 2. ed. EDIAR: Buenos Aires, 2002.