

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND THE PRINCIPLE OF LEGALITY

*Renato Almeida Feitosa*¹

FADIC

*Guilherme Coelho Coler*²

PUC Minas

Resumo

Questão central no Direito Internacional Penal é a da relativização de aspectos limitadores do poder de punir decorrentes do princípio da legalidade. Embora o princípio da legalidade tenha sido definido no Estatuto de Roma, muitos dos elementos caracterizadores dos antigos Tribunais *ad hoc* serviram de contradição àquele princípio. A investigação dessas contradições é o objeto da presente pesquisa.

Palavras-chaves

Direito internacional penal. Princípio da legalidade. TPI.

Abstract

Central issue in international criminal law is the relativization of aspects that limit the criminal power arising from the principle of legality. Although the principle of legality was defined in the Rome Statute, many of the elements characterizing the former “ad hoc” Courts served as a contradiction to that principle. The investigation of these contradictions is the object of this research.

Keywords

International criminal law. Principle of legality. ICC.

¹ Professor da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Mestre em Direito pela UFPE.

² Professor do Programa de Pós-graduação da PUC Minas. Diretor da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas. Doutor em Direito pela UFPE.

1. Apresentação do tema

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional, embora criado na conferência diplomática de julho de 1998, com a sua publicação, já tinha sua previsão desde 1948, com a resolução 260 da Assembleia Geral das Nações Unidas em convenção para prevenção e repressão do crime de genocídio definido como “um crime contra o Direito Internacional” e no seu art. 6º trazia a previsão de jurisdição onde as pessoas acusadas pelo crime de genocídio seriam julgadas pelos tribunais competentes do Estado cujo território o ato fosse cometido ou pelo Tribunal Penal Internacional, competente em relação às partes contratantes que lhe concedessem a jurisdição. Daí, a Assembleia Geral da ONU convidando a Comissão de Direito Internacional para o exame da possibilidade de criação de referido instituto. Do laudo positivo por parte da Comissão de Direito Internacional, foi instituído um comitê que elaborou dois projetos (1950 e 1953), sendo o programa adiado por interesses políticos, sobretudo das grandes potências³.

O Estatuto de Roma, mesmo após sua publicação, só veio a entrar em vigor em 1º de julho de 2002, quando 60 Estados ratificaram o tratado firmado para o Estatuto, criando o TPI com sede em Haia, conforme o seu art. 3º.

Sua constituição traz normas de direito material e processual, bem como de funcionamento do próprio organismo internacional e do Ministério Público atuante. Observamos que as regras de direito material do estatuto estabelecem princípios gerais do direito penal, na 3ª Parte do Estatuto, bem como garante a aplicação subsidiária de outros princípios ou costumes internacionais para auxílio do processamento e decisão (Art. 21 do Estatuto). Nesse sentido, constatamos que, independentemente da existência do princípio da legalidade estrita, do princípio da responsabilidade penal objetiva, da exigência do dolo, fixação das circunstâncias de exclusão da punibilidade (*et al*) estarem

³ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A Justiça Internacional**: sua evolução, seu futuro: De Nuremberg a Haia. Barueri: Manole, 2004, p. 62.

positivados no Estatuto, estes princípios são constantemente ameaçados em detrimento de outras disposições generalistas, contraditórias ou obscuras que vão contra o ideário de justiça, no sentido de escapar da própria função do direito penal, e descaracterizar tais princípios como máximas da dogmática penal.

Um meio de se estabelecer o consenso entre os Estados deu-se com a aplicação da complementaridade ou subsidiariedade como princípio de validade da jurisdição internacional, embora seja apenas um de diversos impasses que existiram e existem, afastando muitos Estados de sua ratificação no Estatuto de Roma, embora não estejam livres de persecução criminal internacional.

LEE, ao analisar o Estatuto, identifica 11 princípios, estando todos eles expressos. Estes esboçam os limites externos da competência do Tribunal e abrigariam outros princípios; tais seriam o do *non bis in idem*; *nullum crimen sine lege*; *nulla pœna sina lege*; o da idade mínima; o da responsabilidade individual criminal; o da responsabilidade de comando (Chefes de Estado, de Governo, Embarcações, etc.), do cumprimento de ordens superiores; da não retroatividade; da não-aplicabilidade das limitações estatutárias; o do campo da exclusão da responsabilidade⁴.

Verificar-se-á, no entanto, que estes não são postos como princípios, mas como critérios de referência no processamento, não sendo eles obedecidos à risca, valendo-se de institutos outros não previstos no Estatuto e que afrontam os princípios, retirando a sua força principiológica e de norma positiva. São institutos, princípios gerais, costumes que suplementam a estrutura jurídica da Corte Internacional, mas que acabam alcançando as bases da legalidade, da culpabilidade e demais subprincípios a eles ligados, contraditando os seus

⁴ LEE, Roy *apud* CANTARELLI, M. O. O Princípio da Legalidade e o tribunal Penal Internacional In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Org.). **Princípio da Legalidade**: Da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.352.

fundamentos e, por conseguinte, inutilizando-os nos casos concretos com essas características.

A atividade persecutória da TPI ela pode ocorrer por quatro meios:

Sob iniciativa do próprio promotor do TPI que pode encaminhar o pedido de abertura da investigação com autorização da Câmara de Pré-julgamento;

Com a figura do *self-referral* (auto-encaminhamento), onde o promotor age a partir do encaminhamento do caso pelos próprios Estados, como foi nos casos da República Democrática do Congo, Uganda e República Centro Africana⁵;

Pelo reconhecimento da jurisdição do TPI por um Estado que não esteja vinculado ao Estatuto de Roma, como no caso da Costa do Marfim, que encaminhou uma carta de aceitação da jurisdição ao presidente do TPI, para investigação e persecução de Laurent Gbagbo por quatro acusações de crimes contra a humanidade, embora não tenha sido feita qualquer menção, nem da promotoria, nem do conselho de segurança das nações unidas, à postura do Estado francês, sob comando do ex-presidente Jacques Chirac, pelo envio das tropas pela “Operação Unicórnio” e representando as Nações Unidas, a título de apaziguar o conflito, contudo auxiliando o Governo do separatista Laurent Gbagbo na luta contra os rebeldes;

Pelo encaminhamento do caso à promotoria pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, podendo, este, ocorrer independentemente de vinculação dos Estados envolvidos ao Estatuto de Roma, como no caso da Líbia ou Sudão.

Tal fato repercute como um duplo nível de quebra do princípio da legalidade: num primeiro nível havendo incidência da norma do TPI às Nações não vinculadas, ao bel prazer dos interesses das grandes Nações integrantes do Conselho de

⁵ http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em agosto de 2013.

Segurança das Nações Unidas (o que não se pode dizer que é aplicado injustamente, dadas as atrocidades cometidas nos países citados como exemplo, contudo deixando de incidir a norma de direito penal internacional a outros casos, tanto de nações poderosas, quanto de nações inferiores - do ponto de vista bélico-econômico - que atendem aos interesses daqueles) e, num segundo nível, já na práxis relativas às disposições do Estatuto de Roma, tanto em questões processuais, quanto em questões de direito penal.

Objetivamente, no caso do Sudão, a premissa que deu abertura à perseguição dos membros foi o fato de ser o Estado membro da ONU e esta ter feito um acordo de relacionamento (Negotiated Relationship Agreement Between The International Criminal Court And The United Nations) com o TPI, criando o entendimento de que a Corte poderia interceder nas questões do Estado não parte do tratado, emitindo mandado de prisão contra o seu presidente em 2010 – além de outros dois sudaneses com pedidos de prisão expedidos em 2007 – e agora, requerendo aos EUA – em 18 de Setembro de 2013 - que, caso Omar Al-Bashir apareça nos EUA para participar da Assembleia Geral da ONU, ele seja detido⁶. Fica claro, não sendo objeto de análise o caso concreto que ensejaram os mandados de prisão, que o TPI não tem legitimidade para determinar e executar tais mandados, ou mesmo com bases nestes, forçar uma ação por parte dos EUA, sendo mera liberalidade a possibilidade de concessão do requerimento no ofício publicado.

Constatamos a precária estrutura existente na jurisdição internacional como um todo, existindo uma séria de embargos legais e políticos em torno do poder de jurisdicional do TPI, pela suas falhas formais do Estatuto, adiante tratadas, pelo expansionismo seletivo de sua jurisdição por vias acessórias não adequadas, frente à estrutura do direito internacional público,

⁶ <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1646291.pdf>. Acesso em setembro de 2013.

observada vinculação ao tratado como *conditio sine qua non* para legitimidade de suas ações, e pelos embargos criados pelos outros Estados, tanto vinculados – ao confrontarem o ordenamento interno ante os mandamentos do TPI sobre eles – quanto os Estados que não assinaram o tratado, a exemplo dos EUA que não só rechaçaram o Estatuto, como criaram mecanismos que garantam imunização de indivíduos com nacionalidade americana, a exemplo do tratado bilateral entre eles e a Romênia, impedindo a sujeição dos seus nacionais à jurisdição do TPI⁷.

2. O PRINCÍPIO *NULLUM CRIMEN SINE LEGE* APLICADO AO ESTATUTO

A concepção legalista, de acordo com os sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, tem como direito apenas o direito escrito, descartando, destarte, qualquer sistema que se baseie no direito costumeiro – assim como princípios gerais, direito natural, moral, ou máximas filosóficas ou prescrições – uma vez que ignoram o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*. E, como já visto no primeiro capítulo, sua origem e justificação encontram-se nas práticas arbitrárias do antigo regime⁸.

Pudemos verificar as incongruências em relação à legalidade, ao longo do desenvolvimento do direito penal internacional, pelos Tribunais *Ad Hoc*, tanto na sua constituição, quanto nas fases de investigação, denúncia, processamento e julgamento.

As políticas de aplicação de uma norma penal internacional foram além da esfera do normativamente possível, com condutas e omissões às condutas devidas por parte dos integrantes desses tribunais, havendo uma grande liberalidade por parte destes,

⁷ <http://www.foreign.senate.gov/treaties/110-11>. Acesso em dezembro de 2013.

⁸ THIAM, Doudou. Fourth **Report on the Draft Code of Offences against Peace and Security of Mankind**. DOC: A/CN.4/398 and Corr.1-3. Extract from Yearbook of the International Law Commission: v. II (1). Nova Iorque: United Nations, 1986, p.70.

sobretudo, em função do arbítrio possibilitado pela *common law* e inércia da promotoria em abrir inquéritos ou denúncias com provas suficientes em face de outras partes envolvidas no caso concreto, como ocorreu com o Tribunal da Ex-Iugoslávia.

Com todas as evoluções por parte da doutrina e jurisprudência que se firmaram ao longo das décadas do Século XX, também persistiram falhas conceituais nas construções normativas das jurisdições penais internacionais, e este arcabouço que se criou teve indubitável reflexo na construção do Estatuto de Roma.

No mesmo sentido, os elementos do sistema de configuração do crime permaneceram os mesmos, perenizando a instituição *mens rea et actus reus*. Fato que se deu muito mais por questões de conveniência política (naturalmente atingindo o seu fim, que era a atingir um maior número de Estados signatários). Ao mesmo tempo, buscou-se dar garantia à segurança jurídica com a positivação do princípio da legalidade no Estatuto, em um contraponto ao livre arbítrio judicial e às disposições positivas que ampliaram demasiadamente o espectro de incidência dos mecanismos jurisdicionais do TPI, sem, contudo, estabelecer uma posição firme de sua incidência no arbítrio judicial. Destarte, estabeleceu-se um paradoxo do princípio da legalidade ante as demais disposições hereditárias do nascente direito penal internacional, como fontes do arcabouço fundante do Estatuto de Roma.

As duas principais escolas de pensamento surgiram nos encontros do Comitê Preparatório sobre o grau apropriado de discricção no discernimento da lei aplicável. A maioria mostrou-se favorável a permitir aos juízes que discernissem sobre a aplicação da lei e dos princípios gerais de direito penal internacional. A despeito disso, algumas delegações não aceitaram essa ideia, defendendo a posição de que o princípio da legalidade requereria um arbítrio judicial limitado ao contexto do direito penal tradicional, rejeitando qualquer arbítrio que permitisse ao juiz “legislar” princípios gerais de direito. Devendo, então, em havendo alguma dúvida ou lacuna sobre a lei aplicável, ser aplicado diretamente pela Corte o direito

nacional do Estado onde ocorreu o evento, do Estado de origem do acusado, ou do Estado onde este estivesse custodiado – nessa ordem – sendo o artigo 21 do Estatuto um reflexo dessas duas escolas⁹.

3 AS INCONGRUÊNCIAS DO ESTATUTO DE ROMA EM RELAÇÃO AO PRINCÍPIO *NULLUM CRIMEN SINE LEGE*

O Estatuto já traz a sua primeira falha – do ponto de vista do princípio da legalidade nos ditames do direito penal tradicional – no artigo 1º, ao tratar de jurisdição, quando declara que apenas “as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente estatuto” estariam sob a jurisdição do TPI, observado o princípio da complementariedade.

Verificamos que existem crimes graves que podem não estar sob jurisdição da Corte, uma vez que só os mais graves implicam a jurisdição desta, reforçada pelo artigo 5º, dispondo que os crimes previstos nos artigos 6º ao 8º também só seriam aplicados, uma vez configurado serem “mais graves”, e estando nos termos do presente Estatuto.

Neste sentido, existem crimes graves, mas não os mais graves, cuja definição não está prevista no Estatuto, muito embora seja de competência do direito penal internacional. Em tese, uma vez havendo previsão expressa das limitações de jurisdição, o TPI não poderia investigar, tampouco processar e julgar tais casos, porém os princípios gerais, previstos no art. 21, podem ser aplicados subsidiariamente, dando a possibilidade do Tribunal arrogar para si outros crimes graves por analogia aos artigos 6º, 7º e 8º.

Duas questões são abertas e que refletem na violação do princípio da legalidade. O primeiro ponto é relativo às limi-

⁹ DE GUZMAN, Margaret McAuliffe. Applicable Law. In: TRIFFTERER, Otto (org). **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court**. Dresden: Otto Triffterer Editor, 1999, p. 702.

tações que foram impostas no Estatuto para configuração dos crimes mais graves, distinguindo-os dos não tão graves. Fato que traz a dúvida quanto aos parâmetros para configuração da gravidade de um caso concreto, para fins de aplicação da jurisdição da Corte, não para crimes fora da alçada dos Artigos 6º ao 8º (crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, e crimes de guerra), mas para situações que possam ser enquadradas de forma genérica dentro de uma das categorias destes artigos, estando fora da alçada de jurisdição do TPI.

O paradoxo se estabelece com a previsão cumulativa entre os artigos 1º e 5º - que estabelecem limitações objetivas de jurisdição e objetos de persecução criminal internacional - e os artigos 10 e 21, reforçados pelo parágrafo 3 do artigo 22 que trata do princípio da legalidade, permitindo a aplicação irrestrita de quaisquer elementos normativos, costumeiros ou principiológicos fora do Estatuto, em choque com as limitações objetivas previstas e com o próprio princípio *nullum crimen sine lege*.

Doutro lado, a limitação pelo termo “alcance internacional” e “que afetem a comunidade internacional” empregado no artigo 1º e artigo 5º respectivamente. Vemos que há um enfoque aos efeitos causados internacionalmente, contudo, não a especificação se são efeitos concretos no mundo ou que afetem a ideologia preconizada pelo direito penal internacional – diga-se os direitos humanos, sob o manto do princípio da universalidade.

Certo é que a interpretação dos “efeitos” remete à “comunidade internacional” enquanto Estados afrontados em sua soberania e à segurança dos seus cidadãos, enquanto coletividade formadora do poder soberano, mas não da pessoa humana em si, enquanto indivíduos afetados dentro de um contexto puramente interno, apesar do discurso doutrinário legitimante da dignidade da pessoa humana.

Analisado essa segunda incongruência, constata-se que intervenções dentro de Estados cujo conflito seja de ordem interna (i.e. conflitos entre o governo e grupos rebeldes, conflitos entre

civis ou de grupos paramilitares) não deveriam entrar na competência do TPI, pela própria disposição normativa do Estatuto que o rege.

O Caso de Thomas Lubanga, na primeira câmara de julgamento¹⁰, trouxe a discussão sobre a legalidade, uma vez que a promotoria o enquadrou nos crimes de guerra por recrutar e alistar adolescentes de 15 anos para participar de atividades hostis.

A defesa trouxe como tese defesa a atipicidade da conduta do ex-líder rebelde, contudo já havia previsão expressa no artigo 8º, e), vii, do Estatuto, não cabendo qualquer impugnação sobre o fundamento da acusação. Contudo, trata-se de um conflito interno que não teve repercussão internacional concreta sob o conflito, sendo o acusado proveniente de país politicamente e economicamente frágil, cuja competência não deveria ter sido arrogada ao TPI, segundo suas próprias diretrizes – Fato que se deu com outros conflitos internos que chamaram a competência do TPI.

O artigo 9º também apresenta uma incongruência, ao determinar que os elementos constitutivos do crime servirão apenas como auxílio na interpretação dos artigos 6º ao 8º, o que denota o caráter não absoluto de sua aplicação.

Sabemos que o Estatuto de Roma adotou os elementos característicos da *Common Law* para aplicação no estatuto. Segundo Miranda Clementino, o processo penal da *Common Law* enfatiza o caráter acusatório, pela composição do *actus reus* e *mens rea* para que haja a responsabilização criminal.

O *actus reus*, também designado de *guilty act*, diz respeito ao elemento objetivo da conduta criminosa, que consiste num ato comissivo ou omissivo, observada a *causation of injury*, ou seja, a causalidade entre a conduta e o resultado. Por outro lado a *mens*

¹⁰ http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/Pages/democratic%20republic%20of%20the%20congo.aspx. Acesso em novembro de 2013.

rea ou *guilty mind*, abrange o seu aspecto subjetivo. [...] O *actus reus* abrange apenas a projeção física da conduta, razão pela qual não se confunde com a tipicidade do direito da *civil law*. [...] Tanto os elementos subjetivos da tipicidade (*dolo e culpa*) quanto a culpabilidade estão embutidos no conceito de *mens rea* [...] Hoje exige apenas a demonstração da *intente*, que se divide em quatro categorias de atitudes mentais: *purpose* ou *intente* (intenção), *knowledge* (conhecimento), *recklessness* (imprudência) e *negligence* (negligência)¹¹.

Referido artigo 21 prevê o direito aplicável pela Corte e, por si, já apresenta um grande risco ao princípio da legalidade, mais ainda com a previsão do parágrafo 3 do artigo 22, que preserva disposições de fora do Estatuto no direito internacional, garantindo a sua assunção pelo TPI. Este mesmo artigo, em contrapartida, garante a aplicação taxativa dos elementos do crime, corrigindo a má redação do artigo 9º.

Esse dispositivo torna-se ainda mais perigoso diante do contexto do direito penal internacional, que se encontra ainda em formação. Ao mesmo tempo que o Comitê preparatório do Estatuto quis garantir prerrogativas que afastassem qualquer chance de impunidade, permitiu, ao mesmo tempo, a criação de uma entidade cujo arbítrio fragiliza o princípio *nullum crimen sine lege*, e, consequentemente, a segurança jurídica de seus atos no presente e no futuro, como jurisprudência.

Não podemos impor a responsabilidade unicamente à *Common Law*, uma vez que, mesmo nos países que a adotam, o direito penal é de domínio quase exclusivo do legislador. A questão está na novidade do fenômeno do direito penal internacional que vai se desenvolvendo com a “emergência gradual dos costumes e

¹¹ CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. **A Culpabilidade no Direito Internacional Penal**. Revista CEJ. ano XIV. n. 51. Brasília, 2010, p.59.

reconhecimento dos princípios gerais do direito”¹², formando, a partir de então, um arcabouço cada vez maior.

De Guzman explica que:

O campo do direito penal internacional, como um dos mais novos ramos do direito internacional público, enfrenta desafios particulares em relação à indeterminação inerente no desenvolvimento de normas legais internacionais. Por essa razão, algumas delegações sentiram que quando em dúvida quanto à aplicação de uma regra de direito penal internacional, a Corte deveria simplesmente aplicar a lei doméstica. Outras delegações sentiram, com mesmo vigor, que seria inapropriado para uma Corte Internacional aplicar qualquer coisa que não fosse o direito internacional. Estes últimos afirmaram que o princípio *nullum crimen* não impediria a gradual codificação do direito a partir da interpretação judicial¹³.

Os princípios a que se refere o artigo 21 (i.e. de direito internacional e princípios gerais) remetem a quatro categorias de princípios que seriam:

Os decorrentes da Corte Internacional de Justiça, com vista ao artigo 38 do seu Estatuto, e às jurisprudências dos Tribunais *ad hoc* prévios; Os derivados da natureza da comunidade internacional (i.e. princípios de coexistência (*pacta sunt servanda*), de integridade territorial, de auto-defesa – estes últimos vinculados ao princípio de soberania); Os intrínsecos à ideia de Direito (i.e. princípios gerais (*lex posteriori derogat priori*, *nullum crimen sine lege*, princípio de justiça, princípio da proporcionalidade); E os princípios vinculados ao direito natural os quais serviram de mote para o fortalecimento do direito penal internacional (i.e. princípio da igualdade e princípio de respeito aos direitos humanos)¹⁴.

¹² DE GUZMAN, Margaret McAuliffe. *op. cit.* p.704.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Ibidem*, p.706-707.

Sobre os princípios previstos no artigo 21, no Comitê preparatório de 1996, houve ampla difusão e concordância de que os crimes que caíssem na jurisdição do Tribunal deveriam ser definidos com a clareza, precisão e especificidade requeridas pelo direito penal em acordo com o princípio da legalidade e que os princípios fundamentais do direito criminal e que as regras gerais e mais importantes de procedimento e probatórias deveriam ser definidas de forma clara no Estatuto pela mesma razão¹⁵.

O princípio da legalidade, como já dito, remete a outros quatro subprincípios, estando presente nos artigos 22 a 24 do Estatuto, *in verbis*:

Artigo 22:

Nullum crimen sine lege

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.

2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

3. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto.

Artigo 23:

Nulla pœna sine lege

Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto.

Artigo 24:

Não retroatividade *ratione personae*

¹⁵ BROOMHALL, Bruce. General Principles of Criminal Law. In: TRIFFTERER, Otto. **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court**. Dresden: Otto Triffterer Editor, 1999, p.715.

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto.
2. Se o direito aplicável a um caso for modificado antes de proferida sentença definitiva, aplicar-se-á o direito mais favorável à pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

Podemos observar que o artigo 22, inciso 1, bem como o artigo 23, preveem que, para que o acusado seja passível de condenação, deve haver, necessariamente, previsão da norma positivada no Estatuto. Contudo, embora haja a previsão da figura do princípio *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*, esse artigo encontra-se inutilizado uma vez que o TPI admite a aplicação subsidiária de costumes princípios e normas de direito internacional, inclusive do direito de guerra, inclusive para fins de evitar o risco de criação de um novo Tribunal *ad hoc*, admitindo a criação ou associação por analogia de tipos para chamar para si a competência no processamento e julgamento de crimes internacionais que possam ser inseridos no universo dos crimes de guerra, contra a paz, e contra a humanidade. Em outras palavras, o artigo 21, da abertura para que o TPI possa aplicar o costume “in malam partem”, esvaziando o objetivo do princípio positivado.

O artigo 22 não requer que a conduta seja definida como crimínosa com fundamento no direito doméstico de qualquer Estado, em ordem de garantir a responsabilização penal do acusado perante a Corte, fazendo meramente referência à inclusão dos crimes no Estatuto independentemente da incorporação dessas leis no direito nacional.

O artigo 23 (*nullum poena sine lege*) está apartado do artigo anterior que trata do *nullum crimen sine lege*, não havendo a mutualidade na relação crime e pena, como é comum ser encontrado em legislações atuais.

Broomhall chama a atenção para o fato de que o parágrafo 1º do artigo 22, em requerendo que um dado crime esteja na jurisdição da Corte, não implica que a Corte determine que o

crime em questão dê origem à responsabilidade individual enquanto questão de direito costumeiro internacional.

O artigo 24 remete ao princípio *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, no primeiro inciso, bem como da aplicação da *lex mitior*, segundo o inciso 2.

O inciso 2, do artigo 22, deveria, em tese, remeter à aplicação do princípio da *lex stricta*, estabelecendo a definição do crime de modo restrito, e não por analogia, no mesmo caminho, submetendo-se ao princípio da *lex certa*, aplicando a lei ambígua a determinado caso com a interpretação mais favorável à pessoa investigada, processada ou condenada.

Ante o exposto, encontramos contradições quanto ao princípio preconizado.

Muito embora haja a convenção acertada de que o princípio da legalidade deu abertura à *Common Law* e princípios gerais do direito por necessidade de uma ampla aceitação dos Estados, o momento histórico do Tribunal de Nuremberg foi condição inegável para mudar o rumo da estrutura desse direito em formação.

Como defesa à aplicação das normas criadas pelos juízes com fundamento nos costumes e princípios gerais de direito, as cortes internacionais de direitos humanos têm evitado um positivismo excessivo, aceitando a teoria de que o princípio *nullum crimen sine lege* é respeitado pela lei não escrita ou pelas normas criadas pelos juízes, na medida que a lei é acessível e previsível.

3.1 APLICAÇÃO DA ANALOGIA EM MALAM PARTEM

O direito penal internacional encontra-se nos seus primeiros estágios e como tal, paradigmas não foram formados em torno de todas as questões. Dessa forma, considerando que a *Common Law* é matriz da configuração do crime e da aplicação do direito, agravado pelo fato de que o direito penal internacional é um

fenômeno recente e o objeto de proteção deste está regulado, ainda, de forma fragmentária - haja vista que não existe um rol exaustivo de todas as possibilidades que configurem crimes contra a paz, genocídio, contra a humanidade, de guerra, e não existe um arcabouço de jurisprudências que possam pacificar todas as questões surgentes, sendo comum a controvérsia das questões -, o princípio da proibição da analogia *in malam partem* não pode ser fielmente observado por questões práticas que assim o impedem. Destarte, muito embora haja previsão expressa da proibição da aplicação da analogia *in malam partem*, o TPI pode valer-se da analogia *in malam partem* para exercer a sua função judicante.

Neste sentido, Geoffrey Robertson, membro da Câmara de Apelações da Corte especial de Serra Leoa, afirmou que:

O requisito de clareza não será necessariamente encontrado lá, (no princípio *nullum crimen sine lege*) como tendo havido acusações bem sucedidas, a respeito de condutas similares, uma vez que teria que haver uma primeira acusação para cada crime e nós estamos nos primeiros estágios de aplicação do direito penal internacional¹⁶.

A Comissão de direito internacional não se ateve a estabelecer uma definição detalhada dos crimes mais graves, estabelecendo apenas os títulos das ofensas, deixando a especificação para a Corte ou para o esboço do Código de Crimes Contra a Paz e Contra a Humanidade. Apenas em 1995 um Comitê *ad hoc* que sugeriu a implantação das especificações dos crimes graves no esboço do estatuto que seria criado. Como bem ressalta Schabas:

O comitê *ad hoc* teve pouca dificuldade na identificação de textos amplamente aceitos definindo os elementos dos crimes de genocídio, agressão, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

¹⁶ ROBERTSON *apud* SCHABAS, William A. **The International Criminal Court: A commentary on the Rome Statute**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 403.

Quanto ao princípio geral *nullum crimen*, ele não foi formalmente mencionado no anexo do relatório do Comitê *ad hoc*, embora tenha invocado tanto a “não-retroatividade” quanto a “punição pelo direito penal internacional costumeiro” como “questões substantivas”, requerendo discussões além [...] A forma definitiva do Estatuto de Roma começou a tomar forma na sessão de fevereiro de 1997 do Comitê preparatório. A primeira de duas provisões, intitulada de *nullum crimen sine lege*, manteve a distinção do esboço da Comissão de Direito Internacional entre *crimes graves* e crimes de convenção. Contudo, diferentemente da Comissão que requereu apenas os crimes graves para serem reconhecidos perante o direito internacional, o Comitê preparatório requereu que fossem definidos no Estatuto. Um segundo parágrafo foi estabelecido: “Conduta não será determinada como criminosa e sanções não serão aplicadas por esse Estatuto sob um processo analogia.¹⁷

3.2 DA RETROATIVIDADE DA LEI EM *MALAM PARTEM*

Uma das primeira medidas a serem adotadas pelo comitê preparatório de 1996 foi estabelecer a discussão acerca do princípio da legalidade/da não retroatividade da lei, em especial, para tratar do marco temporal de aplicação da jurisdição temporal da Corte, para os crimes cometidos após a sua implantação.

Diferentemente de Nuremberg, Tóquio, ex-Iugoslávia, Ruanda e Serra Leoa, o Tribunal Penal Internacional não dá guarida ao processamento de atos praticados antes de sua instauração.

Consideramos como reforço ao princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* a previsão dos artigos onze (Competência *ratione temporis*) e vinte e quatro (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia ratione personae*). Não obstante qualquer lacuna ou incerteza quanto aos

¹⁷ *Ibidem*, p.405.

crimes positivados, a Comissão de elaboração do esboço do Estatuto de Roma o fez de forma prospectiva de forma a garantir a aplicação de qualquer caso que infringisse os bens juridicamente protegidos aos ditames do TPI, neste sentido garantindo ao Juiz da Corte o arbítrio para enquadrar qualquer possível caso que possa afrontar os direitos humanos, inibindo qualquer possível criação de novo tribunal *ad hoc*.

3.3 DA *LEX INCERTA* E DA QUEBRA DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

No artigo 28 do estatuto podemos encontrar a figura da responsabilidade objetiva que destrói o princípio da culpabilidade intimamente ligado ao princípio da legalidade que tem, na essência, o objetivo de garantir a proteção do indivíduo.

Sob o prisma do relativismo encontrado no Estatuto de Roma, encontramos a fuga da taxatividade dentro do princípio da legalidade; o *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, no Art.28 do Estatuto de Roma¹⁸:

Artigo 28

Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores Hierárquicos

Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando:

i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do

¹⁸ Tais vícios podem ser identificados, também, nas transcrições do Estatuto em outras línguas.

momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e

ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea *a*), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:

a) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;

b) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos; e

c) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

Analisando o texto legal, fica latente a falta de determinação da matéria de proibição típica nas suas descrições, a ver: “não ter exercido apropriadamente [...]”, “não tenha adotado todas as medidas necessárias [...]”, “não levou em consideração [...]” e principalmente a expressão “deveria saber [...]” onde se constata o verbo “deveria” no futuro do pretérito, indicando a possibilidade de uma não ciência por parte de chefe militar ou superior hierár-

quico, em razão da sua responsabilidade de comando, quebrando com o paradigma da culpabilidade do direito penal devido a um abstrativismo técnico, possivelmente em decorrência da discordância ideológica entre os Estados, como ratifica Kai Ambos¹⁹. Dentro da dogmática do princípio da legalidade, em razão da lei penal se dirigir à pessoa, afirma-se que o princípio da culpabilidade decorre do princípio da legalidade²⁰.

Esta situação traz a ideia de separação do objeto do seu ponto de apoio, trabalhada por Adorno, remetendo ao enfraquecimento da função da norma, *in verbis*:

[...] Devido à desigualdade no conceito de mediação, o sujeito só incide no objeto de uma forma radicalmente diferente daquela em que o objeto incidiria ao seu sujeito. Só se pode pensar no seu objeto (i.e. a *norma*) por meio do sujeito (i.e. o indivíduo a que a norma de incidir), embora continue perseverando como o *alter* deste último. Neste sentido, o sujeito também é, em sua própria estrutura e desde o início, objeto. Não se pode pensar no objeto separado do sujeito como idéia, mas o sujeito pode certamente ser apartado do objeto em pensamento²¹.

Neste sentido, explica Honneth que: “Adorno queria dizer que você só pode entender a ideia de um sujeito transcendental, quando este tem suporte empírico, e, nesse sentido, é, também, um objeto empírico.”²² Destarte, não podendo, no

¹⁹ AMBOS, Kai. **Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts**: Ansätze einer Dogmatisierung. Berlin: Duncker & Humbolt, 2003, p. 498.

²⁰ BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.134-135.

²¹ TAVARES, Juarez. Teoria Del injusto Penal. Buenos Aires: Editora B de F, 2010, p.159.

²² ADORNO, Theodor W. Negative Dialektik. Berlin: Akademie Verlag GmbH, 2006, p.54. Disponível em:

http://books.google.com.br/books?id=boqM4FBHe_0C&printsec=frontcover

mundo das coisas, o objeto – encontrado na norma – ser apartado do sujeito que materializou o fato a que o objeto se propôs incidir, em razão daquele. Em outras palavras, significando que a relação entre a norma e o sujeito deve ser realizada de forma que sejam igualmente consideradas, frente aos preceitos fundamentais e, por conseguinte na responsabilização do sujeito, ao tornar-se objeto do juízo de valor em função do ato cometido.

Esta forma de responsabilização, pela abstração do núcleo verbo do tipo, denota o afastamento do princípio da culpabilidade, posto que este tenha uma relação teleologicamente orgânica com a tipicidade, desvirtuando por completo a sua função, consequentemente deslegitimando a entidade aplicadora, uma vez que, como já dito, a norma vigora como forma legítima de intervenção do organismo de Governo (sendo este nacional ou internacional – no caso, da entidade aplicadora do direito penal internacional, mesmo com a previsão ampla de aplicação dos costumes e princípios gerais) sobre os indivíduos que integrem ativa ou passivamente este organismo.

A culpabilidade configura-se a partir de um juízo de reprovação pessoal, configurando a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência de antijuridicidade. O juízo de reprovação é dirigido ao sujeito e feito pelo direito. Daí, busca-se aplicar ao juízo de reprovação a partir de um elemento ontológico que seria a potencial consciência de antijuridicidade. Esta seria “o núcleo central da reprovação da culpabilidade, pois a decisão de cometer o fato com pleno conhecimento da norma jurídica, que se opõe ao mesmo, caracteriza, de modo claro, que o autor possui uma atitude jurídica interna deficiente”²³. Daí, fica claro que o princípio da culpabilidade é indissociável de uma análise subjetiva, característica antagônica do previsto no Estatuto, com a possibilidade de punição, a partir de uma responsabilização objetiva.

&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.
Acesso em maio 2013.

²³ BRANDÃO, Cláudio. *op. cit.* p.167-169.

Glaser ao tratar da responsabilização do indivíduo, foi enfático afirmando que o direito penal moderno só teria aplicação e só interessaria “somente ao homem - ou seja, a um ser humano, dotado de vida, somente ele podendo ser penalmente responsável. [...] Esse mesmo direito faz com que toda penalidade depende da vontade culposa do agente”²⁴.

Kai Ambos também afirma que os tribunais já reconheceram que o princípio de culpabilidade (individual) pressuporia o conhecimento das circunstâncias do delito por parte do acusado. Na mesma linha de pensamento, Bernatzik:

Querer e agir no sentido psicológico atribuído a um ser coletivo é uma ideia mística, obscura, uma sucessão da doutrina orgânica do Estado, uma consequência de uma confusão dos problemas filosóficos e políticos com fatos jurídicos... O objeto da preocupação do jurista é somente a vontade e o ato do indivíduo: é a vontade que é decisiva do ponto de vista do direito para o ser coletivo (*Gemeinwesen*); assim, é o indivíduo que é o sujeito da vontade do ser coletivo²⁵.

Ambos leciona, ainda, sobre a responsabilidade e sua limitação:

A responsabilidade criminal pessoal não tem efeito apenas sobre a responsabilidade, mas também sobre a sua limitação, ou seja, no que tange ao ofensor, por atribuível, somente a ele [...] o comportamento pode ser responsabilizado²⁶.

E segue ao falar dos limites da responsabilização, tratando do princípio da legalidade, prevista no artigo 23 do Estatuto, fazendo curiosa observação:

²⁴ GLASER, Stefan. **Introduction a l'Étude du Droit International Penal**. Paris: Recueil Sirey, 1959, p. 65-66.

²⁵ BERNATZIK *apud* GLASER, Stefan. *op. cit.* p. 66.

²⁶ AMBOS, Kai. *op. cit.* p. 498.

Esse modelo – dos limites à responsabilização penal – representaria o Art.23 no projeto do estatuto, porém, não incluído no Estatuto de Roma, uma vez que, principalmente para a compreensão dos seus autores, este diria respeito à responsabilidade civil, e sendo tratada como parte da sentença²⁷.

Destarte, o artigo 23 limitou-se a expressar que a pessoa “só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto” ficando preso às generalidades principiológicas ou possibilidade de ocorrer alguma alteração nos elementos constitutivos do crime, como disposto no artigo 9º.

Tratando dessa extensão da responsabilização, Doudou Thiam trata da justificação dos fatos em atenção a regras primárias, como base da responsabilização, embora não cogite a perspectiva da responsabilidade de comando, mas das circunstâncias aplicáveis aos comandados (coerção, estado de necessidade e força maior, erro, ordem superior, a posição de oficial do perpetrador do crime (Art.27 do Estatuto de Roma), legítima defesa e represália). Neste diapasão, trata da estrutura do crime na *Common Law*, composta por um elemento material (a ação) e um elemento subjetivo ou elemento moral, que é a intenção, afirmando que a lei escrita não seria necessária²⁸.

Dentro da atual conjuntura, com a previsão do artigo 28, a afirmação de que a lei escrita não seria necessária para efeitos de responsabilização é falsa, sob a perspectiva tanto do princípio da culpabilidade, quanto da legalidade, uma vez que o nível de abstração, trazido com o artigo, na análise jurisprudencial é irrazoável, do ponto de vista da própria noção de crime dentro da common

²⁷ „Dies wollte Art.23 Model-Draft-Statute ausdrücken, der allerdings nicht in das Rom-Statut überkommen wurde, da er nach dem Verständnis seiner Verfasser hauptsächlich die zivilrechtliche Haftung betrifft und deshalb im Rahmen der Strafzumessung zu bebehandeln sei“. *Idem*.

²⁸ THIAM, Doudou. *op. cit.* p.74-75.

law, certo que a consideração do elemento subjetivo que englobaria a culpabilidade e o elemento volitivo poderiam restar afastados do nexu causal com o delito propriamente dito.

Mesmo com a previsão implícita da culpabilidade no artigo 30 que trata dos elementos psicológicos, dentro da *mens rea*, constatamos que o verbo núcleo do tipo no artigo que trata da responsabilização objetiva não encontra respaldo legal para aplicação combinada com o artigo 30.

Vejamos:

Artigo 30
Elementos Psicológicos

1. Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais.
2. Para os efeitos do presente artigo, entende-se que atua intencionalmente quem:
 - a) Relativamente a uma conduta, se propuser adotá-la;
 - b) Relativamente a um efeito do crime, se propuser causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar em uma ordem normal dos acontecimentos.
3. Nos termos do presente artigo, entende-se por "conhecimento" a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar, em uma ordem normal dos acontecimentos. As expressões "ter conhecimento" e "com conhecimento" deverão ser entendidas em conformidade.

O parágrafo 1º traz o elemento *mens rea* enquanto o parágrafo 2º expressa sua definição enquanto “ação intencional”, aplicando-a quanto à conduta realizada e, também, quanto ao efeito do crime. Vejamos que o *caput* do artigo nos diz que o agente deve atuar com vontade e, cumulativamente (não alternativamente),

conhecimento dos seus elementos materiais, a que as alíneas “a” e “b” fazem referência.

Segundo Ambos, a partir da aplicação do artigo 30, o *dolus eventualis*, estaria afastado enquanto um “dolo indireto”, posto que o dolo eventual, sendo tipo de “dolo condicional”, teria um amplo espectro de atitudes subjetivas em direção à produção do resultado, e implica num grau mais elevado que “ausência de cuidados”. “O perpetrador poder ser indiferente ao resultado ou não se importar com o dano como expressão de sua meta”, contudo não teria consciência de que um resultado, caracterizado típico, ocorreria no curso normal dos eventos²⁹.

Com efeito, o artigo 28 não pode ser aplicado em combinação com o 30, uma vez que este prevê a configuração cumulativa da ação volitiva e consciente, enquanto no artigo 28, como visto, não relaciona qualquer conduta, nem mesmo omissiva, na responsabilização do indivíduo.

Neste sentido, a previsão “salvo disposição em contrário” do artigo 30 é aplicada ao artigo 28 em função da responsabilidade de comando.

Ambos aponta que a ausência deste ponto no projeto de 1996 trouxe diversas confusões acerca de vários delitos.

A “potencial consciência”, segundo Ambos³⁰, no núcleo do tipo do artigo 28 “deveria saber” ampliam as exigências subjetivas, criando uma espécie de imprudência consciente, do ponto de vista subjetivo e define que a *mens rea* (dolo direto) é pré-requisito para responsabilização de uma conduta no direito penal internacional.

²⁹ AMBOS, Kai. *Op. Cit.* p.49.

³⁰ AMBOS, Kai. *Op. Cit.* p.138 e ss.

4. CONCLUSÃO

Os princípios decorrentes da legalidade são essenciais à maioria dos sistemas jurídicos. Embora tenham sido formalmente aceitos, materialmente são subutilizados, o que é inaceitável para a dogmática construída na formação dos pilares da segurança jurídica.

Não podemos negar a importância que se deve atribuir à instituição do Estatuto de Roma, como marco da formalização e estruturação positiva do direito penal internacional, tendo absorvido os ensinamentos das décadas anteriores, dando, conseqüentemente, maior segurança nas relações estabelecidas entre os Estados e na garantia de persecução, no caso de algum dos envolvidos infringir as disposições normativas estabelecidas na comunidade internacional. Não obstante o relativismo quanto à superposição da jurisdição a Estados soberanos não membros do Estatuto de Roma ou a negligência em apurar atos patentemente criminosos, o Estatuto prevê a intransigência quanto à abertura para criação de ressalvas em sua aceitação (conforme art.120), o que, em teoria, garante a possibilidade de aplicação integral de suas disposições, dando eficácia absoluta ao seu corpo, ante os Estados³¹ que assinaram e ratificaram seus vínculos.

Verificado o progresso do firmamento de institutos característicos do direito penal, através da jurisprudência, conquanto que, ao mesmo tempo, o direito penal internacional subutilize o direito penal tradicional - pelo arbítrio judicial com costume e princípios gerais, com a subutilização como fundamento constitutivo da sua matriz no direito internacional público -, mecanismos formais e Tribunal permanente, conseqüentemente, ganham um espectro normativo mais próximo da legalidade, em razão da segurança jurídica, sendo possível que com a, cada vez maior, completude do sistema do direito penal internacional, não mais se faça necessária a aplicação absoluta dos ditames da *Common Law*, em de-

³¹ Ressaltamos aqui o fato de que existem as exceções de aplicação do Estatuto a outros Estados não vinculados.

trimento do princípio *nullum crimen sine lege*, com uma posterior positivação do referido espectro normativo criado. Permitindo a realocação do princípio da legalidade no seu devido patamar de princípio fundamental que reflete numa estrutura de direito penal de maior complexidade e, conseqüentemente, de maior segurança jurídica.

O impasse para um passo firme no desenvolvimento do direito penal internacional está na falta de interesse dos Estados em reconhecer a superioridade da jurisdição internacional sobre as suas jurisdições internas, uma vez que politicamente, na conjectura atual, a possibilidade de estabelecer peremptoriamente o caráter autárquico do TPI ante às potências mundiais é inadmissível. Uma definição própria de conceitos e crimes dentro dos parâmetros do direito penal internacional são base para garantir um direito de punir autônomo à comunidade internacional, contudo isso não será possível sem que antes ocorra uma total submissão dos Estados, abdicando de parcela de sua soberania para acabar com as deficiências encontradas tanto pela influência política na aplicação do direito internacional - tornando-o ameaçadoramente imparcial -, quanto a nível estrutural, na aplicação da justiça criminal, evitando um sistema sem clareza, objetividade e completude nas suas disposições.

Ademais, são necessárias algumas reflexões acerca do que foi tratado:

- 1) O princípio da legalidade teve seu marco inicial no século XVIII, não obstante o reconhecimento da influência da mera legalidade (direito escrito) desenvolvida nos primórdios – no que se refere ao direito grego e romano com seu legado aos séculos subsequentes –, garantindo, a partir de sua estrutura, um sistema de direito penal mais humano e próximo da segurança jurídica, certo que o bom senso do magistrado não é a medida mais próxima

do que deve ser a justiça no direito. A essência da legalidade restou evidente no direito brasileiro, quando então implementado, em contraste com as ordenações utilizadas desde o período colonial até o terceiro decênio do século XIX, com leis absurdas pela atrocidade de suas penas e incoerências que iam frontalmente contra o princípio da legalidade, refletindo no caos jurídico que se estabeleceu nas províncias, onde cada Senhor estabelecia um “direito” próprio, de acordo com suas conveniências. A Constituição de 1824 e o Código Penal do Império foram o início de uma drástica mudança na cultura jurídica do período e a resposta mostrou-se positiva, a despeito do preconceito incrustrado na sociedade brasileira e consequentemente encontrado na legislação penal (*e.g.* Código Penal de 1890, Cap. XIII, Dos Vadios e Capoeiras, coibindo a cultura da capoeira, herança negra). A dificuldade do direito penal internacional em lidar com os diferentes ordenamentos e posições doutrinárias, subjugou o princípio *nullum crimen sine lege* às demandas políticas das grandes potências para viabilizar a inevitável instauração deste novo ramo do direito. Seu reflexo no direito brasileiro, mesmo com todas as dificuldades enfrentadas no reconhecimento do direito penal internacional, foi fundamental para garantia dos direito humanos, frente às novas ameaças que vão para além das linhas demarcadas da soberania de um Estado, sendo um problema que a todas as soberanias afeta.

- 2) O direito penal internacional teve grande influência do direito penal de extraterritorialidade (assim como o DIPr para o direito penal de extraterritorialidade), sendo um marco, para tanto, a discussão envolvendo o princípio da

universalidade, desde o século XVII. Sendo o ponto de ruptura as teorias trazidas pelos idealistas do século XX, trazendo a noção de um código penal universalista, o que só teve perspectiva real de concretização com o evento da Segunda Grande Guerra. Importa reconhecer que o princípio da legalidade teve um tratamento distinto no direito penal de extraterritorialidade – cujas regras e princípios tinham no princípio *nullum crimen sine lege* a matriz de legitimidade para sua existência e aplicação – e no direito penal internacional – que estabelece a *Common Law* e princípios gerais do direito a base do seu sistema, em detrimento do princípio *nullum crimen sine lege* que perde seu objeto, pela possibilidade de aplicação de um costume *contra legem*.

- 3) O desenvolvimento do direito penal internacional deu-se com ações impetuosas e descuidadas que não podem haver diante de qualquer novo fenômeno criado ou verificado. Os Tribunais *ad hoc*, foram estatuídos com carência técnica e suas aplicações tiveram o direcionamento do poder político, configurando omissões e excessos na aplicação do direito ou na sua não aplicação. Como foram eventos paradigmáticos na formação desse novo ramo do Direito, as jurisprudências criadas, os elementos desenvolvidos em seus estatutos e as construções doutrinárias e disposições aplicadas, decorrentes das discussões trazidas pelos Estados, indubitavelmente repercutiram na formação do Sistema criado com o Estatuto de Roma, trazendo também os seus vícios.
- 4) O elemento político se fez presente além do estritamente necessário na criação do Estatuto de

Roma e os instrumentos utilizados para sua aplicação no direito penal internacional comprometeram a aplicação do princípio da legalidade, uma vez que aplicada a analogia *in malam partem*, o costume *in malam partem*, a desestruturação da culpabilidade tendo a legalidade como seu pressuposto de existência, aplicado, nesses termos, o costume *contra legem*. Assim, uma vez sendo um Tribunal Penal Internacional discutível do ponto de vista técnico e político, aplicador do costume *contra legem*, o princípio da legalidade positivado no Estatuto é letra morta e não permanecer enquanto princípio no Estatuto, posto que o direito penal internacional não é um direito penal na acepção tradicional e tão pouco tem a autonomia necessária para se fazer impor a todos os Estados, o que sacrifica em definitivo a segurança jurídica e, necessariamente, o próprio princípio.

5. REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. **Negative Dialektik**. Berlin: Akademie Verlag GmbH, 2006, p.54. Disponível em: http://books.google.com.br/books?id=boqM4FBHe_0C&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

ALVES, Sílvia. PARA UMA SOCIOLOGIA DO CRIME E DA PENA NA OBRA DE ÉMILE DURKHEIM: AS REGRAS DO MÉTODO SOCIOLÓGICO. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 07-38, june 2017. ISSN 2526-5180. Disponível em: <http://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/19>.
Doi: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i2.19>.

AMBOS, Kai. **Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung.** Berlin: Duncker & Humboldt, 2003.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A Justiça Internacional: sua evolução, seu futuro: De Nuremberg a Haia.** Barueri: Manole, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2002,

BROOMHALL, Bruce. **General Principles of Criminal Law.** In: TRIFFTERER, Otto. **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court.** Dresden: Otto Triffterer Editor, 1999

CANTARELLI, M. O. O Princípio da Legalidade e o tribunal Penal Internacional In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Org.). **Princípio da Legalidade: Da dogmática jurídica à teoria do direito.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. **A Culpabilidade no Direito Internacional Penal.** Revista CEJ. ano XIV. n. 51. Brasília, 2010

DE GUZMAN, Margaret McAuliffe. **Applicable Law.** In: TRIFFTERER, Otto (org). **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court.** Dresden: Otto Triffterer Editor, 1999

GARLAND, David. **SOBRE O CONCEITO DE PÂNICO MORAL. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito,** [S.l.], v. 4, n. 6, p. 36-78, june 2019. ISSN 2526-5180. Disponível em:

<http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/90>.

Doi: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v4i6.90>.

GLASER, Stefan. **Introduction a l'Étude du Droit International Penal**. Paris: Recueil Sirey, 1959.

SCHABAS, Willian A. **The International Criminal Court: A commentary on the Rome Statute**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SILVA, Ricardo. DELITO VIRTUAL: UM DIÁLOGO SOBRE AS TRANSGRESSÕES ONLINE DO MUNDO REAL. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S.l.], v. 3, n. 4, p. 254-283, July 2018. ISSN 2526-5180. Disponível em:

<http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/68>.

Doi: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v3i4.68>.

TAVARES, Juarez. **Teoria Del injusto Penal**. Buenos Aires: Editora B de F, 2010

THIAM, Doudou. **Fourth Report on the Draft Code of Offences against Peace and Security of Mankind**. DOC: A/CN.4/398 and Corr.1-3. Extract from Yearbook of the International Law Comission: v. II (1). Nova Iorque: United Nations, 1986.