

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO – UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS – CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO – FND**

SABRINA REZENDE SERÓDIO

**OS DESAFIOS INTERPRETATIVOS DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL
SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS GERAIS**

RIO DE JANEIRO

2025

SABRINA REZENDE SERÓDIO

OS DESAFIOS INTERPRETATIVOS DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL
SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS GERAIS

Monografia de final de curso de graduação,
realizada como requisito para colação de grau de
bacharel em Direito na Universidade Federal do
Rio de Janeiro, sob a orientação do Professor Dr.
Antonio José Teixeira Martins.

RIO DE JANEIRO

2025

CIP - Catalogação na Publicação

S486d Seródio , Sabrina Rezende
 Os Desafios Interpretativos do Direito Penal
 Internacional sob a Ótica dos Princípios Gerais /
 Sabrina Rezende Seródio . -- Rio de Janeiro, 2025.
 55 f.

Orientador: Antonio José Teixeira Martins .
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2025.

1. Direito Penal Internacional . 2. Princípios
 Gerais. 3. Desafios Interpretativos. 4. Estatuto de
 Roma. 5. Tribunal Penal Internacional . I. Martins
 , Antonio José Teixeira, orient. II. Título.

A todos aqueles - sobretudo às crianças - a quem não é preciso definir os mais graves crimes internacionais, pois carregam, no corpo, na mente e na alma, o seu mais profundo significado.

AGRADECIMENTOS

Ao meu avô, que sempre ocupou com ternura a primeira fileira das minhas pequenas grandes conquistas escolares, mesmo quando eu falava sobre temas que, à época, pareciam importar apenas a mim. Foi lembrando do seu olhar atento que encontrei forças quando pensei que não conseguiria.

À minha avó por me mostrar um amor incansável, uma força sobrenatural e um apoio incondicional.

À minha irmã, por ser tudo ao mesmo tempo: compreensão, escuta, serenidade, euforia, alegria e abrigo – e por atravessar esta vida comigo.

Ao meu padrasto, por ser meu companheiro fiel nesta e em tantas outras jornadas, e por ser um respiro no meio do furacão da vida.

Aos meus amigos e família por entenderem a minha ausência e, ainda assim, torcerem por mim com tanto afinco.

Aos meus amigos da faculdade, obrigada por tornarem esse percurso mais leve, mais partilhado e menos difícil.

Aos meus chefes, pela compreensão e apoio, fundamentais para que este trabalho fosse possível.

Ao meu orientador, pela paciência, pela escuta atenta, pela disponibilidade e pela troca. Foi uma honra tê-lo como guia neste processo.

E, por fim - mas antes de tudo - , à minha mãe: meu começo, meu meio e meu fim. A inspiração que me fez sonhar e a força que transformou o sonho em realidade. Este trabalho, como tudo o que faço, só existe por você.

RESUMO

Este trabalho investiga os desafios interpretativos do Direito Penal Internacional à luz dos princípios gerais que o estruturam, como legalidade, irretroatividade e presunção de inocência. A partir de uma análise crítica do Estatuto de Roma, da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional, dos tribunais internacionais *ad hoc* e dos métodos hermenêuticos adotados, a pesquisa evidencia tensões entre o ideal de justiça internacional e a aplicação concreta do Direito Penal Internacional em contextos complexos. Demonstra-se que a fragilidade na aplicação dos princípios fundamentais compromete a legitimidade do sistema penal internacional e favorece o uso político da punição. Conclui-se que a consolidação de uma justiça penal internacional legítima exige não apenas o combate à impunidade, mas sobretudo o compromisso intransigente com a ética, a legalidade e a coerência dogmática.

Palavras-chaves: Direito Penal Internacional; Princípios Gerais; Desafios Interpretativos; Estatuto de Roma; Tribunal Penal Internacional.

ABSTRACT

This paper investigates the interpretative challenges of International Criminal Law in light of the general principles that underpin it, such as legality, non-retroactivity, and the presumption of innocence. Based on a critical analysis of the Rome Statute, the jurisprudence of the International Criminal Court, the ad hoc international tribunals, and the interpretative methods adopted, the research highlights the tensions between the ideal of international justice and the concrete application of international criminal law in complex contexts. It demonstrates that the fragile application of fundamental principles undermines the legitimacy of the international criminal system and fosters the political instrumentalization of punishment. The conclusion is that the consolidation of a legitimate international criminal justice system requires not only the fight against impunity, but above all, an uncompromising commitment to ethics, legality, and dogmatic coherence.

Keywords: International Criminal Law; General Principles; Interpretative Challenges; Rome Statute; International Criminal Court.

Sumário

| | | |
|------|---|-----------|
| 1. | INTRODUÇÃO | 1 |
| 2. | AS ORIGENS DOS DESAFIOS INTERPRETATIVOS DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL | 5 |
| 3. | PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL | 8 |
| 3.1. | Princípio da Legalidade..... | 10 |
| 3.2. | Princípio <i>nulla poena sine lege</i> | 14 |
| 3.3. | Princípio da não retroatividade <i>ratione personae</i> | 16 |
| 3.4. | Princípio da responsabilidade criminal individual e princípio da culpabilidade..... | 17 |
| 3.5. | Presunção de inocência – <i>in dubio pro reo</i> | 22 |
| 3.6. | A Doutrina do <i>Command Responsibility</i> : um exemplo concreto de tensão com os princípios do direito penal internacional..... | 24 |
| 4. | METÓDOS INTERPRETATIVOS: O ARTIGO 21 DO ESTATUTO DE ROMA E A CONVENÇÃO DE VIENA | 31 |
| 4.1. | Artigo 21, parágrafo 1º, alínea a..... | 34 |
| 4.2. | Artigo 21, parágrafo 1º, alínea b | 36 |
| 4.3. | Artigo 21, parágrafo 1º, alínea c..... | 37 |
| 4.4. | Artigo 21, parágrafo 2º | 41 |
| 4.5. | Artigo 21, parágrafo 3º..... | 41 |
| 4.6. | A Convenção de Viena..... | 43 |
| | CONCLUSÃO | 48 |
| | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 51 |

1. INTRODUÇÃO

Por muito tempo, a guerra foi a regra. Houve as romanas, as gregas, as bíblicas, as nórdicas, as medievais, as modernas, as contemporâneas. Guerras religiosas, políticas, territoriais. Guerras do ocidente ao oriente, do norte ao sul global. Elas aconteciam porque eram vistas como uma forma legítima e aceitável de se resolver disputas. Juridicamente, o direito à guerra é conhecido pela máxima do latim *jus ad bellum*.

Não importasse a frequência com que ocorressem ou os horrores que perpetravam, foi apenas diante dos episódios de violência em larga escala que marcaram o século XX, também conhecido como o século da violência, que a guerra passou a ser proibida e, quando inevitável, regulamentada, ou seja, passaram a vigorar internacionalmente as máximas *jus contra bellum* e *jus in bellum*.

Foi também a partir do século XX que se resolveu responsabilizar os indivíduos pelas graves violações aos Direitos Humanos e ao Direito Humanitário. Como resposta imediata a tais violações ocorridas durante a 2^a Guerra Mundial, instituiu-se o primeiro tribunal de guerra internacional da história, o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Sobre a importância desse tribunal, lecionam os professores Dominic McGoldrick e Peter Rowe: “*Nuremberg is the point in the constellation from which all legal discussion of war crimes trials proceeds or reverts.*”¹

Em seguida, instituiu-se o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (“**Tribunal de Tóquio**”), de menor relevância, apesar de julgar também os crimes cometidos durante a 2^a Guerra Mundial.

Embora estes tribunais não tenham o mesmo peso histórico, ambos tiveram sua legitimidade questionada e foram duramente criticados pelo caráter *ad hoc* que possuíam e por violarem os princípios da legalidade e da irretroatividade, os quais vedam a criação e aplicação de leis *ex post facto*.

¹ MCGOLDRICK, Dominic. ROWE, Peter. “*The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy issues.*” 2004, p. 18.

Entretanto, mesmo com as críticas, Nuremberg foi o precedente para que se passasse a responsabilizar indivíduos pelos crimes cometidos em tempos de guerra. A comunidade internacional percebia aos poucos que as guerras não eram acontecimentos isolados, elas se repetiriam e os crimes nelas perpetrados não poderiam mais passar impunes. A professora de direito estadunidense Rosa Ehrenreich Brooks nota que as guerras são frequentes, pois há algo de ordinário no desumano, em suas palavras:

"(...)The last century suggests that there is not sharp disjunction between the ordinary and the extreme. We often prefer to imagine wars and genocides and atrocities as events that 'just happen' every now and then, much like tornadoes or lightning strikes, this metaphor suggests that we can't generalize from them, since they are radically discontinuous with ordinary life. This is dangerously misleading, however. Genocides and atrocities do not 'just happen': some people work very hard over a long time to make them happen, and others permit them to happen by averting their eyes or failing to cry out against encroachment of darkness."²

Quase meio século depois, em 1993 e 1994, instituíram-se dois outros importantes tribunais de guerra, respectivamente, o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (“TPIEI”) e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (“TPIR”).

Foi esse contexto que possibilitou que diversos Estados-nações se despissem de seus excessivos orgulhos nacionalistas e se reunissem em um esforço de repreender e prevenir que novas barbáries, como as cometidas durante a 2^a Guerra Mundial, se repetissem. O produto final dessa confluência de diferentes sistemas político-jurídicos resultou na ratificação do Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional (“TPI”) e codificou os denominados *core crimes*, ou ainda, os mais graves crimes internacionais, nomeadamente, o crime de genocídio, os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e, posteriormente, os crimes de agressão.

Em entrevista concedida à revista da Cruz Vermelha, o juiz Philippe Kirsch, primeiro presidente do TPI, ao ser questionado sobre o desenvolvimento dos tribunais internacionais, afirmou:

"We began by understanding the need to set up international tribunals at Nuremberg and Tokyo, and subsequently in the former Yugoslavia and in Rwanda. But it became clear that we could not go on creating new tribunals, because these tribunals were turned towards the past and had limited geographical jurisdiction, and setting them up required a great deal of time and money. On each occasion their creation was also subject to a political decision by the international community. Immediately after the

² BROOKS, Rosa Ehrenreich. “Law in the Heart of Darkness: Atrocity & Duress.” 2003, p. 887.

end of the Second World War, we realized that a permanent and independent court would one day be required.”³

Logo, embora se fizesse à época, isto é, após a 2^a Guerra Mundial, necessário devolver à humanidade um senso de justiça e punir os responsáveis pelas inomináveis atrocidades cometidas, as nações constataram que era insustentável suspender as próprias normas, princípios e costumes estabelecidos pelo direito em nome de um amplo senso de justiça, mesmo quando diante dos mais graves crimes internacionais.

O reconhecimento das falhas dos Tribunais de Nurembeg e de Tóquio resultou em avanços refletidos nos tribunais TPIEI e TPIR. Por sua vez, as falhas desses tribunais ensejaram grandes avanços no Estatuto de Roma, os quais resultaram na positivação dos princípios gerais e na elaboração de uma hierarquia de fontes interpretativas aplicáveis ao Estatuto.

Contudo, apesar dos notórios avanços dos tribunais internacionais e do Direito Penal Internacional, a experiência prática, tanto nos tribunais *ad hoc* quanto no TPI, tem demonstrado desafios significativos na interpretação e aplicação dos tratados e estatutos. Tensões interpretativas, lacunas normativas, a não observância dos princípios gerais do Direito Penal Internacional, a ausência de um método interpretativo robusto, a discricionariedade dos juízes e decisões ambíguas e contraditórias, colocam em xeque a legitimidade e a eficácia desse ramo do direito, revelando uma complexa interação entre os ideais normativos e as realidades políticas e jurídicas que permeiam seu funcionamento.

Nesse sentido, o professor da Queen’s University, Darryl Robinson, releva que o Direito Penal Internacional incorporou pressupostos e métodos de raciocínio contraditórios, que resultam em contradições internas e na violação de seus próprios princípios.”⁴

Longe de representar uma tentativa de ampliar espaços de impunidade, a presente pesquisa parte do reconhecimento de que a legitimidade e a eficácia da jurisdição penal internacional dependem diretamente da observância rigorosa dos princípios gerais. Em

³ Interview with Philippe Kirsch, President of the International Criminal Court. *International Review of the Red Cross*, Volume 88, Number 861, March 2006, p.2.

⁴ DARRYL, Robinson. “The Identity Crises of International Criminal law.” *Leiden Journal of International Law*, 2008, p. 925. “...ICL [International Criminal Law] also absorbed contradictory assumptions and methods of reasoning, which manifest in internal contradictions, such as inadvertent contraventions of ICL’s own principles.”

contextos marcados por atrocidades de larga escala, a clareza interpretativa não é um obstáculo à justiça, mas sim uma condição para sua realização de forma legítima e duradoura.

Segundo o Journal of Peace Research, 2022 foi o ano mais mortal por conflitos desde o genocídio de Ruanda, com um total de 237 mil mortes. Em novembro de 2023, contávamos com pelo menos oito grandes guerras nos seguintes países/regiões: Burkina Faso, Somália, Sudão, Mianmar, Rússia-Ucrânia, Israel-Gaza, Nigéria e Síria e Iêmen, além de dezenas de conflitos armados⁵.

Assim, consciente da triste realidade que encaramos, o estudo propõe-se a contribuir para o aprimoramento doutrinário e institucional do Direito Penal Internacional, de modo a diminuir os espaços de dúvidas ou de áreas cinzentas que permeiam o objeto de estudo e que, possivelmente, permitem que as maiores atrocidades cometidas pelos homens quedem-se impunes. Para que isso não ocorra, hoje, mais do que nunca, é preciso se pensar em um Direito Penal Internacional sob a ótica de seus próprios princípios, e construir uma doutrina capaz de responder aos desafios que inevitavelmente surgirão. Nas palavras de um dos membros da lista de advogados do TPI e doutrinador da área, Kai Ambos: “quem considera seriamente esta função humanitária, deveria colaborar com o desenvolvimento de um sistema de imputação penal internacional ou, pelo menos, dar boas-vindas a tais contribuições.”⁶

Assim, o presente trabalho tem por objeto o estudo dos desafios interpretativos do Direito Penal Internacional, especialmente no âmbito do Tribunal Penal Internacional, com enfoque na tensão entre os princípios fundamentais da legalidade, da irretroatividade, da culpabilidade e da presunção de inocência e na insuficiência e contradições dos métodos interpretativos aplicáveis ao ramo.

A abordagem adotada é teórico-analítica, com base em revisão crítica da doutrina especializada, documentos oficiais do Comitê Preparatório para a Instituição do Tribunal Penal Internacional (o “Comitê Preparatório”), relatórios da ONU e decisões paradigmáticas proferidas tanto pelo TPI quanto pelos tribunais *ad hoc* — especialmente o TPIEI e o TPIR. O

⁵ <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/00223433231185169>

⁶ AMBOS, Kai. “A Parte Geral do Direito Penal Internacional: Bases para uma elaboração dogmática.” Tradução: Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman, 2008, p. 41.

referencial teórico baseia-se em autores como Darryl Robinson, Kai Ambos, William Schabas, Margaret deGuzman, Leena Grover, entre outros.

Metodologicamente, o trabalho utiliza o método dedutivo, partindo da análise dos princípios gerais do Direito Penal Internacional e do conteúdo normativo do Estatuto de Roma, para então examinar, à luz da jurisprudência e da prática institucional, os limites e contradições na aplicação desses princípios diante dos casos concretos. O estudo também se vale do método comparativo, ao confrontar concepções do direito penal interno com a dogmática penal internacional, e das distintas tradições jurídicas que influenciaram a construção do TPI.

Por fim, a pesquisa se estrutura em quatro eixos principais: (i) a origem histórica e normativa do Direito Penal Internacional; (ii) a análise dos princípios gerais que o fundamentam; (iii) a análise da doutrina do *command responsibility* como um exemplo concreto da tensão entre o Estatuto de Roma e os princípios gerais nele dispostos; e (iv) e os métodos interpretativos do Direito Penal Internacional.

2. AS ORIGENS DOS DESAFIOS INTERPRETATIVOS DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Para Darryl Robinson, o Direito Penal Internacional viveria uma "crise identitária" atribuída à forma de sua elaboração e às suposições ideológicas que influenciam na interpretação e aplicação das fontes desse ramo do direito.

Apesar de existirem relatos históricos que denotam a existência, ou ao menos, um esboço de um Direito Penal Internacional anteriores à 2^a Guerra Mundial, esta área do direito apenas ganhou destaque em meados do século XX em que os doutrinadores, em especial os do Direito Internacional Público, passaram-se a se dedicar ao estudo da área em razão da criação dos tribunais de guerra *ad hoc*. Dessa forma, trata-se de um ramo do direito incipiente.

Em realidade, o Direito Penal Internacional, sofreu um rápido crescimento em um curto período de tempo. O mundo tinha pressa, urgência, necessidade de condenar os acontecimentos do século XX. Para isso, precisava de advogados, juízes e doutrinadores da área. Entretanto, pouquíssimas pessoas dedicavam-se ao estudo dessa especialidade. A solução então foi buscar refúgio nos especialistas do Direito Internacional Público com foco no estudo dos Direitos

Humanos e do Direito Humanitário. Assim, apesar de o Direito Penal Internacional não ser uma mera reprodução desses ramos do direito, ele é pensado e analisado por suas lentes e, portanto, deriva deles.

As principais distinções entre os Direitos Humanos e/ou o Direito Humanitário e o Direito Penal residem nos diferentes sujeitos que visam proteger e nos objetivos que pretendem alcançar. Enquanto aqueles buscam proteger as vítimas e garantir uma reparação a elas, o Direito Penal além de visar à proteção da vítima, claro, busca, simultaneamente, garantir os direitos do acusado, limitando o poder punitivo estatal. Em suma, ao passo em que o Direito Penal prestigia os princípios da legalidade, da culpabilidade e da irretroatividade, os Direitos Humanos e, principalmente, o Direito Humanitário focam, sobretudo, na reparação da vítima e na responsabilização do Estado.

Essa tensão entre os diferentes focos das diferentes áreas do direito resulta em um descompasso entre teoria e prática. Isso porque, formalmente, o Direito Penal Internacional segue os princípios gerais da lógica penal, como evidencia o Capítulo III do Estatuto de Roma – que será detalhadamente analisado adiante. Não obstante, o que a prática vem demonstrando é que as normas muitas vezes desconsideram, em maior ou menor grau, o disposto nesses princípios. Além disso, quando diante das inevitáveis lacunas e contradições entre as diferentes fontes do Direito Penal Internacional, os juízes e a doutrina tendem a buscar refúgio nos princípios norteadores dos Direitos Humanos e do Direito Humanitário, o que muitas vezes resulta na negação e contrariedade dos princípios gerais do Direito Penal Internacional.

Ou seja, além da influência dos princípios dos Direitos Humanos e do Direito Humanitário, o Direito Penal Internacional, tem que lidar com as suposições ideológicas que também influenciam na aplicação de suas fontes. Segundo Darryl Robinson, estudos psicológicos indicam que quanto maior a brutalidade e barbaridade dos crimes pelos quais os indivíduos são acusados, maior é a pressão psicológica para condená-los, e consequentemente, maior é a probabilidade de o acusado ser de fato responsabilizado pelo cometimento do crime, mesmo em casos permeados por dúvidas e obscuridades⁷.

⁷ DARRYL, Robinson. “*The Identity Crisis of International Criminal Law.*” 2008, p. 929.

Leena Grover acrescenta, ainda, que o Direito Penal Internacional seria filho de um casamento tripartite entre os Direitos Humanos, o Direito Humanitário e o Direito Penal interno de diferentes países⁸.

Isso porque, além da influência de diferentes áreas do direito, o Direito Penal Internacional tem que lidar com a confluência dos mais diversos sistemas jurídicos e com as múltiplas conjunturas políticas de cada Estado-nação. O objetivo dessa confluência é garantir a inescapável e necessária universalidade do Estatuto de Roma.

Acerca da característica universal do TPI, Philippe Kirsch afirma que a universalidade é um dos maiores objetivos do tribunal por duas razões, a primeira, por uma questão principiológica e a segunda, por uma questão prática:

*"The reason of principle is that it is the only international tribunal ever created by treaty and it must therefore democratically strive to reflect the universality of the international community. As for the more practical reasons, the Statute imposes constraints relating to the consent of certain states except in cases where a situation is referred by the Security Council. In order for the Court to exercise its jurisdiction, it must have either the consent of the state of which the accused is a national or the consent of the state in the territory of which the crime was committed. This leaves a certain number of situations outside the jurisdiction of the Court if there are not a sufficient number of ratifications."*⁹

A fim de conquistar a universalidade, ou a quase universalidade, do Estatuto de Roma, os Estados precisaram negociar seus interesses. A partir da leitura dos relatórios do Comitê Preparatório, torna-se evidente as inúmeras concessões feitas por cada país, com o objetivo comum de se alcançar uma versão do Estatuto que satisfizeste minimamente cada Estado participante das discussões preparatórias.

Sobre a dificuldade em se alcançar uma versão do texto do Estatuto de Roma que pudesse ser ratificada por, ao menos, 60 países, dispõe o primeiro Presidente do Tribunal Penal Internacional: "*The Rome Statute contains uneasy technical solutions, awkwards formulations, [and] difficult compromises that fully satisfied no one.*"¹⁰

⁸ GROVER, LEENA. "A Call to Arms: Fundamental Dilemmas Confronting the Interpretation of Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court." *The European Journal of International Law* Vol. 21, no. 3, 2010

⁹ Interview with Philippe Kirsch, President of the International Criminal Court. *International Review of the Red Cross*, Volume 88, Number 861, March 2006, p.4.

¹⁰ Kirsch, 'Foreword', in K. Dormann et al., "Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court". 2003, xiii.

Como melhor definido por Carlos Mário da Silva Velloso e Ana Flávia Velloso, a elaboração do Estatuto de Roma e a consequente instituição do TPI não é a construção ideal, mas sim uma obra da engenharia do possível¹¹.

Em síntese, pode-se atribuir como origens aos obstáculos interpretativos das fontes de Direito Penal Internacional: (i) a influência de múltiplos sistemas político-jurídicos na elaboração do Direito Penal Internacional; (ii) a influência dos Direitos Humanos e do Direito Humanitário na formulação do Direito Penal Internacional; e (iii) as suposições ideológicas que permeiam a prática desse ramo incipiente do Direito.

3. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Robert Alexy dispõe que as normas jurídicas são compostas de princípios e regras escritas. Estabelece-se que, a priori, os princípios possuem um grau maior de abstração e, por isso, não têm caráter absoluto, distinguindo-se, assim, das regras¹². Explica-se: quando uma regra conflita com outra, a única solução possível é a invalidade de uma delas. Por outro lado, quando um princípio colide com outro, deve-se ponderar qual irá prevalecer frente ao caso concreto sem que isso implique na invalidação dos demais princípios.

Contudo, o professor e doutrinador Juarez Tavares chama atenção para a crítica formulada por Lenio Streck, segundo a qual, no Brasil, a teoria de Robert Alexy é frequentemente distorcida.¹³. Segundo Streck, a ponderação de princípios tem sido tratada como um princípio autônomo que, posteriormente, é utilizado como critério para dirimir questões de subsunção. Embora o doutrinador brasileiro esteja preocupado apenas com uma análise voltada ao contexto interno, essa reflexão guarda diálogo com um fenômeno análogo observado na esfera internacional, como se demonstrará no capítulo seguinte, nas palavras do próprio autor:

“Os pressupostos formais, racionalizadores, são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência de valoração. Na

¹¹ STEINER, Helena Sylvia. BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. O Tribunal Penal Internacional: comentários ao estatuto de roma. 2 Ed. 2021, p. 513.

¹² ALEXY, Robert. “Teoria dos Direitos Fundamentais”, tradução da 5ª Edição por Virgílio Afonso da Silva, 2008.

¹³ STRECK, Lenio. “Verdade e consenso”, 6 Ed, 2007; apud TAVARES, Juarez. “Fundamentos de Teoria do Delito”, 3 Ed, 2020, p. 48.

verdade, as teorias da argumentação e da ponderação viraram sinônimos. (...) Com isso, abrem-se as portas para a discretionaryeade e o voluntarismo judicial, fazendo sopesar os direitos individuais em favor de interesses coletivos, o que o próprio ALEXY jamais admitiu.”¹⁴

Juarez Tavares ainda explica que alguns princípios, por serem estruturais da ordem jurídica, sustentam-se por si só e não podem ser submetidos ao juízo de ponderação proposto por Alexy, citando como exemplo, o princípio da dignidade humana e o da legalidade¹⁵.

Assim, a primeira função dos princípios consiste em orientar o sistema jurídico e servir como ferramenta interpretativa apta a preencher lacunas, resolver controvérsias e sanar ambiguidades e obscuridades normativas. Por esse motivo, os princípios assumem especial relevância para a proposta desta pesquisa. Sobre a função dos princípios, ensina o jurista Miguel Reale:

“(...) o legislador, por conseguinte, é o primeiro a reconhecer que o sistema das leis não é suscetível de cobrir todo o campo da experiência humana, restando sempre grande número de situações imprevistas, algo que era impossível ser vislumbrado sequer pelo legislador no momento da feitura da lei. Para essas lacunas há a possibilidade do recurso aos princípios gerais do direito, mas é necessário advertir que a estes não cabe apenas essa tarefa de preencher ou suprir as lacunas da legislação.”¹⁶

Para que sejam aplicados, os princípios não precisam estar positivados. No entanto, quando são incorporados expressamente ao ordenamento jurídico, refletem a intenção do legislador de prestigiá-los, o que reforça sua eficácia normativa e os aproxima da lógica vinculante das regras. Nesses casos, a necessidade de ponderação tende a ser afastada, devendo-se observar o comando normativo tal como formulado, ainda que se trate, em essência, de um princípio. A norma, assim, passa a operar com a rigidez típica das regras, ainda que preserve seu fundamento principiológico. Na lição de Juarez Tavares:

“Se o postulado, por seu turno, expressar-se também como regra, como é o caso da legalidade dos crimes e das penas, não pode ser subordinado ao critério de ponderação e não pode ser relativizado no caso concreto. Nesse sentido, terá duplo efeito: é de atendimento obrigatório, como uma regra e, ao mesmo tempo, não pode deixar de ser aplicado ou substituído por outra regra, como princípio.”¹⁷

¹⁴ TAVARES, Juarez. “Fundamentos de Teoria do Delito”, 3 Ed. 2020, p. 48.

¹⁵ TAVARES, Juarez. “Fundamentos de Teoria do Delito”, 3 Ed. 2020, p. 47-48.

¹⁶ REALE, Miguel. “Lições Preliminares de Direito”. 2002, p. 304.

¹⁷ TAVARES, Juarez. “Fundamentos de Teoria do Delito”, 3 Ed. 2020, p. 51.

No caso do Direito Penal Internacional contemporâneo, os princípios gerais mais relevantes foram positivados no Capítulo III do Estatuto de Roma denotando, portanto, sua inegável importância. Kai Ambos opina:

"No direito penal internacional é, ainda, mais claro que a validade e a obrigatoriedade geral de princípios jurídicos-penais com operatividade supranacional – como são formulados na terceira parte do TPI -, resultam de um processo de negociação e de consenso, orientados à solução de problemas, que não impõe dados presumivelmente lógicoobjetivos – como ciência jurídico-penal "correta" ou "falsa", segundo critérios científicos -, senão fórmulas de compromisso, de política criminal e de política de direito internacional, em forma de lei."¹⁸
(grifo nosso)

Esses princípios, portanto, deveriam: (i) ser aplicados aos casos concretos como as normas que são; e (ii) auxiliarem na árdua tarefa de interpretar e aplicar as leis, preenchendo lacunas e sanando controvérsias. No entanto, a forma como foram construídos e a maneira como são flexibilizados – ou até mesmo ignorados – resultam no desmantelamento de suas funções e, por conseguinte, na sua ineficácia.

3.1. Princípio da Legalidade

De antemão, cumpre destacar a relevância do princípio da legalidade. Ele é o primeiro e mais importante obstáculo ao autoritarismo político e jurídico e, portanto, é a base para um sistema democrático. Como leciona Paulo Bonavides, o princípio da legalidade "nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obra da razão, e pudessem abrigar indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes."¹⁹

Durante os julgamentos de Nuremberg, questionou-se se os crimes contra a paz e os crimes contra a humanidade já eram tipificados à época de sua prática e, em caso afirmativo, se seria possível responsabilizar criminalmente os indivíduos, ou se tais tipos penais estariam restritos à responsabilização dos Estados. A questão que se colocava, então, era saber se o julgamento dos referidos crimes violaria os princípios da legalidade e da irretroatividade.

O Tribunal entendeu que os crimes em julgamento eram tipificados à época de seu cometimento e que a guerra injusta era proibida desde 1930. Além disso, quanto à

¹⁸ AMBOS, Kai. "A Parte Geral do Direito Penal Internacional: Bases para uma elaboração dogmática." Tradução: Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman, 2008, p. 79.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. "Ciência Política", Forense, Ed. 1983, p. 144-145.

responsabilidade criminal individual, o Tribunal de Nuremberg entendeu que a máxima *nullum crimen sine lege* não seria uma limitação do poder estatal, ou supraestatal, mas sim um princípio geral de justiça, justificando que os acusados **deveriam saber** que seriam responsabilizados pelos seus atos.

A comunidade internacional, contudo, parece não compartilhar da mesma visão adotada pela Corte, considerando a consagração do princípio da legalidade na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), na Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), na Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), entre outros tratados e convenções internacionais.

Isso porque, se o princípio da legalidade é a base para uma sociedade democrática, quando ignorado, sua consequência inevitável é o autoritarismo. Abandonar a legalidade no momento de responsabilizar os indivíduos é arriscar nos tornarmos os próprios tiranos que queremos punir. Nas palavras do professor de direito da Universidade de Quebec, Bruce Broomhall:

*“A system supporting retroactivity and vagueness in definition lends increasing discretion to the judiciary and (in national systems) the police. In its extreme form, neglect of this principle coincides with an abandonment of the rule of law and is a characteristic of unfettered authoritarianism.”*²⁰(grifo nosso)

Frisa-se que o Tribunal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio foram tribunais políticos instituídos pelos vencedores da guerra e, portanto, seletivos. O Corpo de Liderança do Partido Nazista foi declarado criminoso pelo Tribunal de Nuremberg, ao passo que o Gabinete do Reich e o Alto Comando das Forças Armadas não foram considerados organizações criminosas. Os ataques nucleares lançados sobre Hiroshima e Nagasaki não foram objeto de julgamento no Tribunal de Tóquio. Embora alguns crimes de estupro praticados por soldados japoneses tenham sido reconhecidos, a maior parte dos episódios de violência sexual sistemática, não foram formalmente processados à época. Desses exemplos, depreende-se que o princípio da legalidade não garante apenas os direitos dos acusados, mas garante, sobretudo, que o julgamento de crimes não seja exclusivamente uma escolha política e vingativa, mas sim uma escolha democrática pela justiça devida às vítimas.

²⁰ BROOMHALL, Bruce. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3^a edição. 2016, p. 952.

Já em 1994, durante as discussões sobre a elaboração do Estatuto de Roma e os seus princípios orientadores, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, instituída em 1947 (a "CDI"), entendeu que o Estatuto de Roma é primordialmente um instrumento processual e não estaria dentro do seu escopo definir novos crimes ou codificar os crimes do Direito Internacional²¹.

Não obstante, em 1995, o Comitê Preparatório para a Instituição de um Tribunal Penal Internacional, em seu relatório, manifestou a visão majoritária das delegações que compunham o Comitê, qual seja, o princípio da legalidade requer a definição de crimes, de princípios gerais, defesas e da aplicação da lei processual e não apenas a enumeração de condutas típicas²².

Novamente, em 1996, o Comitê reiterou sua visão e estabeleceu que: "*the crimes within the jurisdiction of the Court should be defined with the clarity, precision and specificity required for criminal law in accordance with the principle of legality (nullum crimen sine lege)*".²³" Essa visão culminou, ulteriormente, na positivação do princípio da legalidade no artigo 22 do Estatuto de Roma, sendo um corolário, ao menos em tese, do TPI.

Mesmo concordando que era preciso definir os crimes que seriam submetidos à jurisdição do TPI, os países tinham diferentes visões sobre o nível de precisão que o Estatuto de Roma deveria observar. Algumas delegações, apesar de compreenderem a existência de lacunas no Estatuto, eram favoráveis que as especificações de cada conduta e seus elementos fossem estabelecidas pela discricionariedade da Corte. Outras delegações, no entanto, defendiam que era preciso definir claramente e de antemão as elementares dos crimes de competência do TPI, limitando o poder discricionário da Corte.

Uma das delegações que esteve à frente na defesa da segunda corrente foi a dos Estados Unidos²⁴ que, durante a sessão do Comitê Preparatório de 27 de março de 1998, argumentou que a definição dos elementos constitutivos dos crimes fortaleceria o princípio da legalidade.

²¹ A/29/10, *Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, 2 May – 22 July 1994*, p. 36, Part Three, parágrafo 2.

²² A/50/22, *Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, p. 10-12.

²³ A/51/22, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*. p. 16, parágrafo 2.

²⁴ Em 2000, o país chegou a assinar o Estatuto de Roma, no entanto, não chegou a ratificá-lo e em 2002, retirou sua assinatura.

Acerca das negociações sobre o tema, o Presidente do Centro de Direito Internacional da Universidade Livre de Bruxelas, Eric David dispõe: “Um restrito número de outros Estados era, então, favorável a que se precisasse ainda mais o sentido dos crimes previstos pelo Estatuto a fim de respeitar-se o princípio da legalidade – *nullum crimen -, bem como os direitos do acusado.*²⁵” (grifo nosso)

Ao fim das negociações, chegou-se a um acordo pelo qual o Comitê Preparatório elaboraria os Elementos Constitutivos dos Crimes como um documento para “auxiliar” a Corte na interpretação e aplicação do Estatuto de Roma. Por conseguinte, os juízes do TPI não estão vinculados aos Elementos Constitutivos dos Crimes, ficando à sua discricionariedade recorrer ou não a tal documento para a interpretação e aplicação do Estatuto.

Apesar dos esforços em dar primazia ao princípio da legalidade, Bruce Broomhall aponta que o Estatuto não contempla uma doutrina "*void for vagueness*"²⁶ ou seja, não há previsão de nulidade por indeterminação, ambiguidade ou obscuridade. Isto é, por mais que determinada norma não seja condizente com o princípio da legalidade, ela ainda assim poderá ser considerada válida.

Ademais, Beth Bank Schaack²⁷ acrescenta que os esforços em privilegiar o princípio da legalidade não foram capazes de prevenir os juízes de cortes internacionais de, verdadeiramente, legislarem ao preencherem lacunas quando diante de normas ambíguas, vagas ou obscuras²⁸.

Cumpre notar que o princípio da legalidade no Direito Penal Internacional ganha contornos diferentes daqueles normalmente observados em contextos internos, pois, o que está em jogo é, de um lado, a conservação de um estado democrático de direito e de outro, a preservação da ordem mundial, a fim de garantir a paz. Por essa razão, Cherif Bassiouni, professor, doutrinador e ocupante de diversos cargos da ONU, defendia que o princípio da

²⁵ STEINER, Sylvia Helena. BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. "O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma", 2. Ed., 2021, p. 322

²⁶ BROOMHALL, Bruce. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3^a edição. 2016, p. 956.

²⁷ Advogada e ex-embaixadora Geral dos Estados Unidos para Justiça Criminal Global do governo Biden.

²⁸ SCHAACK, Beth Van. TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary", 1 Ed, nota de rodapé 73 *apud* TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3 Ed. 2016, p. 956.

legalidade no Direito Penal Internacional seria um instituto *sui generis*²⁹. Não obstante, em uma tentativa de reconciliação entre os dois lados da moeda, Dominic McGoldrick e Peter Rowe concluem que os parâmetros de legalidade e legitimidade que os tribunais internacionais devem ser avaliados evoluiu, e houve um reconhecimento incontestável da necessidade de respeitar os direitos de defesa dos acusados e garantir os interesses da vítima³⁰.

3.2. Princípio *nulla poena sine lege*

Os princípios dispostos nos artigos 23 e 24 do Estatuto de Roma são desdobramentos do princípio da legalidade. Nesse contexto, Kai Ambos, citado por Raul C. Pangalangan, leciona que os artigos 22-24 do Estatuto englobam os quatro elementos do princípio da legalidade, quais sejam, *lex scripta*, *lex certa*; *lex previa* e *lex stricta*³¹, isto é, a lei precisa ser escrita de maneira clara e específica, precisa ser anterior ao cometimento da conduta e sua interpretação deve ser estrita, não podendo ser aplicada por analogia.

Apesar de o artigo 23 do Estatuto de Roma prestigiar exclusivamente o princípio *nulla poena sine lege*, ele limita-se a estabelecer que: "Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto."

Todavia, o Estatuto de Roma não prevê pena específica para as quatro condutas típicas sob a competência do TPI, deixando a aplicação da pena ao critério dos juízes e, portanto, não cumprindo com o elemento essencial do princípio da legalidade, qual seja, o *lex certa*.

Assim como o Estatuto de Roma, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia não previa penas específicas para os crimes de competência do Tribunal. Os juízes desse tribunal, então, adotaram uma solução semelhante àquela encontrada pelos juízes do Tribunal de Nuremberg quando questionados sobre a legalidade da Corte: entenderam simplesmente que os acusados **deveriam saber** que os crimes que lhes foram atribuídos representavam as mais graves violações do Direito Humanitário e, portanto, seriam puníveis com as penas mais severas.

²⁹ BASSIOUNI, Cherif. "Crimes", 2011 *apud* TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3 Ed. 2016, p. 954.

³⁰ MCGOLDRICK, Dominic. ROWE, Peter. "The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy issues." 2004, p. 10.

³¹ TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3 Ed. 2016, p. 971.

Ocorre que o artigo 77 do Estatuto, que dispõe sobre as penas aplicáveis, não distingue os crimes sob a competência do TPI e tampouco realiza qualquer valoração sobre a gravidade de cada um, afinal, todos constituem os mais graves crimes internacionais. Dessa forma, o artigo 77, parágrafo 1º, estabelece que os condenados pelos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão podem ser punidos com as seguintes penas: (a) pena de prisão por um número determinado de anos, até o limite máximo de 30 anos; ou (b) pena de prisão perpétua.

Os *Rules of Procedure and Evidence*, documento auxiliar ao Estatuto que, diferentemente dos Elementos Constitutivos dos Crimes, vincula os juízes do TPI, deveria — ou ao menos poderia — suprir as lacunas processuais do Estatuto. No entanto, em matéria de pena, melhor sorte não lhe assiste.

O Regulamento Processual dedica apenas um artigo à determinação da sentença e limita-se à utilização de termos e conceitos genéricos mantendo o poder discricionário do TPI para aplicar as penas de forma arbitrária. A regra nº 145 ("Determination of sentence") contém apenas comandos abstratos, como "*bear in mind*"³²; "*balance*"³³; "*give consideration*"³⁴ e, portanto, em nada facilita a árdua tarefa da aplicação e dosimetria da pena.

O presente trabalho não pretende questionar a legalidade da prisão perpétua ou discutir qual deveria ser o limite temporal da pena privativa de liberdade. Não obstante, cabe destacar a disparidade entre a pena prevista no parágrafo 1º, alínea a, da pena prevista no parágrafo 1º, alínea b. Ainda que se siga o entendimento do TPIEI, isto é, de que os acusados **devem saber** que a eles serão aplicadas as mais severas penas, como se pode esperar que o indivíduo saiba a qual pena sua condenação está sujeita? Se a pena pode variar de alguns meses — já que não há previsão de pena mínima — até a prisão perpétua, como se pode esperar que o acusado saiba qual pena poderá lhe ser imposta?

Frisa-se que o que se questiona não é a gravidade das penas, mas sim a ausência de definição legal (*lex certa*) ou ao menos de parâmetros objetivos para estabelecê-las. Seria mais

³² Em uma tradução livre: ter em mente.

³³ Em uma tradução livre: ponderar.

³⁴ Em uma tradução livre: considerar.

condizente com os princípios da legalidade e do *nulla poena sine lege* dispor, expressamente, que a condenação pelo cometimento de qualquer um dos mais graves crimes internacionais resulta na aplicação de uma única pena privativa de liberdade, fosse ela perpétua ou não.

Dessa forma, William Schabas, acadêmico canadense especializado em Direito Penal Internacional e Direitos Humanos, e Kai Ambos, concluem que o artigo 23 do Estatuto de Roma: “*Reaffirms the international practice in that it contains the lex praevia and lex scripta attributes of the principle of legality but it does not demand certain (lex certa) and strictly construed (lex stricta) sentences.*”³⁵

3.3. Princípio da não retroatividade *ratione personae*

Os artigos 22, 23 e 24 compartilham um mesmo aspecto: a questão temporal. No entanto, para os princípios dispostos nos artigos 22 e 23, o fator temporal é relevante para determinar a punibilidade da conduta, ou seja, se, à época, ela já era penalmente tipificada.

Já o artigo 24, parágrafo 1º, refere-se apenas ao cometimento do crime e à jurisdição do Tribunal. De acordo com esse dispositivo, a conduta, à época de seu cometimento, podia até já ser tipificada — ou seja, reconhecida internacionalmente como crime —, entretanto, se o fato foi praticado antes da entrada em vigor do Estatuto, o TPI não é competente para julgá-lo.

Portanto, os mais graves crimes internacionais cometidos antes de 2002 — ano em que o TPI entrou em vigor — não podem ser objeto de apreciação da Corte, sendo o artigo 24, parágrafo 1º, uma limitação temporal ao poder jurisdicional do Tribunal.

Da mesma forma que as defesas dos acusados no Tribunal de Nuremberg suscitaram a questão da legalidade, as defesas dos acusados perante o Tribunal de Tóquio arguíram violação ao princípio da não retroatividade *ratione personae*. A decisão prevalecente foi a de que não haveria violação a este princípio. Curiosamente, no entanto, a opinião dissidente do Tribunal questionou apenas a existência de previsão legal dos crimes à época de sua prática — ou seja, o elemento *lex scripta* —, sem, contudo, abordar o que realmente importa para esse princípio:

³⁵ TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3 Ed. 2016, p. 970.

a legitimidade do Tribunal para punir condutas cometidas antes de sua criação, ou seja, seu poder jurisdicional no tempo.

3.4. Princípio da responsabilidade criminal individual e princípio da culpabilidade

Primordialmente, ressalta-se que, no sistema *civil law*, em geral, prevalece a teoria tripartida do delito — fato típico, ilícito e culpável — por meio da qual a responsabilidade individual e a culpabilidade são analisadas de formas distintas. Nesse sistema, a responsabilidade individual diz respeito à relação entre a conduta do agente e o resultado por ele provocado, vinculando-se objetivamente à autoria do fato. Já a culpabilidade é considerada uma categoria autônoma, voltada à análise subjetiva da conduta, com o objetivo de aferir a reprovabilidade do agente. Assim, é possível que um sujeito incorra em uma conduta típica e antijurídica — configurando o injusto penal — e, ainda assim, não seja considerado culpável, como nos casos em que se verifica erro de proibição inevitável.

Já no sistema *common law*, a culpabilidade está intrinsecamente ligada à responsabilidade criminal individual. Ou seja, para que se configure a responsabilização penal do agente, são necessários dois elementos fundamentais: o ato ilícito (*actus reus*) — respeitados, evidentemente, os princípios da *lex scripta*, *lex certa*, *lex praevia* e *lex stricta* — e o elemento subjetivo ou mental (*mens rea*), que indica a intenção, o conhecimento ou a imprudência do agente em relação à conduta praticada.

Dessa forma, o artigo 25 do Estatuto de Roma estabelece que quem incorre nas condutas listadas no parágrafo 3º do artigo 25 será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o Estatuto. Em complemento, o artigo 30 do Estatuto estabelece os elementos psicológicos sem os quais nenhuma pessoa pode ser considerada criminalmente responsável e punida pelo delito.

Portanto, para a efetiva responsabilização criminal e punição pelo cometimento dos mais graves crimes internacionais faz-se necessário analisar os artigos 6º, 7º e 8º do Estatuto de Roma e a Resolução nº 3314 da ONU, os quais definem os crimes sob a competência do TPI, à luz dos artigos 25 e 30 do Estatuto.

Também pode se dizer que o princípio da responsabilidade criminal individual e o princípio da culpabilidade se dividem em um primeiro plano, na verificação dos elementos essenciais para a caracterização da responsabilidade individual e, em segundo plano, às causas que excluem a ilicitude ou a culpabilidade, previstas no artigo 31 do Estatuto. Não obstante, doutrina, jurisprudência e os legisladores formularam extensões da responsabilidade e da culpabilidade, as quais serão analisadas adiante.

Ademais, assim como o princípio da legalidade, o princípio da responsabilidade criminal no Direito Penal Internacional ganha contornos diferentes daqueles normalmente observados em contextos internos. Isso porque, no contexto internacional, a grande maioria dos crimes são cometidos coletivamente.

O artigo 25, parágrafo 3º contém diversos comandos do ato ilícito que implicam em diferentes modalidades de conduta penal. Tradicionalmente, essas modalidades não eram diferenciadas pela jurisprudência internacional. No entanto, o TPI se esforça para distingui-las, principalmente no que tange as formas de autoria e as formas de participação. Isso porque, a diferenciação entre as modalidades, apesar de ter pouca relevância para a tipificação da conduta, é de suma importância no momento de aplicação da pena.

Embora a aplicação e a dosimetria da pena sejam realizadas com ampla arbitrariedade pelos juízes da Corte — como explicado no subcapítulo 3.2 acima — a Regra nº 145 do *Rules of Procedure and Evidence*, intitulada “*Determination of sentence*”, em seu parágrafo 1º, alínea c, estabelece que alguma consideração sobre a modalidade da conduta penal deve ser feita para fins de aplicação da pena. Veja-se: *In its determination of the sentence pursuant to article 78, paragraph 1, the Court shall: give consideration, inter alia, to (...) the nature of the unlawful behaviour and the means employed to execute the crime; the degree of participation of the convicted person; the degree of intent; the circumstances of manner, time and location;...*

Os comandos contidos no artigo 25, parágrafo 3º, alínea a, podem ser divididos nas seguintes categorias: (i) delitos de autoria — “cometer individualmente”; (ii) delitos de coautoria — “cometer em conjunto”; e (iii) delitos de autoria mediata — “cometer por intermédio de outrem”. Portanto, tecidas as breves considerações gerais sobre o artigo 25, cumpre-se analisar os pormenores de cada modalidade de conduta. Observa-se que o artigo 25, parágrafo 3º, prevê

outras sete alíneas que tratam de formas de participação distintas daquelas analisadas neste trabalho, as quais não integrarão seu objeto de estudo.

Kai Ambos diz ser a formulação do artigo 25, parágrafo 3º, alínea a “pouco feliz”³⁶, pois apenas repete o conceito do princípio da responsabilidade individual, sem esclarecer que na autoria direta, vigora a teoria do domínio do fato, na qual o autor realiza o ato “por própria mão”. Em outras palavras, autor é quem realiza por si próprio os elementos típicos da conduta criminosa.

Já a coautoria ocorre quando dois ou mais indivíduos, seguindo um plano comum para o cometimento de um crime, realizam atos distintos, mas igualmente essenciais, para a concretização de determinado crime, mediante divisão de tarefas. Frisa-se que tais atos devem ser igualmente indispensáveis para concretização do crime, o que importa dizer que sem a realização de um deles, o crime não aconteceria. Pode-se dizer, então, que novamente o TPI adota a teoria do domínio do fato, rejeitando tanto a teoria objetiva, que foca na perspectiva naturalística na qual o crime é cometido pelas próprias mãos do imputado, quanto a teoria subjetiva que analisa o dolo do agente, o *mens rea*.

Quanto à terceira — e mais relevante para nossa análise — modalidade de conduta penal prevista no artigo 25, parágrafo 3º, alínea a, “cometer por intermédio de outrem”, pressupõe-se a existência de um agente que atua por trás do autor direto do crime, utilizando-o como instrumento para a concretização da infração penal.

A autoria mediata é uma modalidade de conduta extraordinária e de difícil compreensão. Não obstante, a doutrina e a jurisprudência internacional, inclusive a do TPI, determina que essa espécie de modalidade está sempre atrelada a uma estrutura hierárquica organizacional.

Assim, o Juízo de Instrução do TPI entendeu que o autor mediato do crime deve deter o controle sob uma organização que atua de forma a garantir que as ordens ilícitas sejam automaticamente cumpridas por executores (autores diretos) substituíveis. Para o Juízo de Instrução, a forma de garantir que as ordens sejam sempre cumpridas são as seguintes: “*secures automatic compliance through intensive, strict and violent training regimes, for example, by*

³⁶ AMBOS, Kai. A Parte Geral do Direito Penal Internacional: Bases para uma elaboração dogmática. Tradução: Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman, 2008, p. 198.

abducting minors and subjecting them to punishing training regimens in which they are taught to shoot, pillage, rape and kill.^{37”} Roxin, citado por Luís Greco e Alaor Leite, denomina essa substituição como “fungibilidade”³⁸, a qual é explicada por Kai Ambos da seguinte forma:

“A teoria do domínio da organização supera a liberdade alheia do homem da frente com o critério da fungibilidade. Pois aqueles que executam diretamente o ato são somente pequenas rodinhas substituíveis nas engrenagens do aparato de poder, ao homem detrás não interessa quem cumpre suas ordens.^{39”}

Nessa esteira, a teoria da autoria mediata encontra um obstáculo interpretativo. Isso porque, nesta teoria, a conduta do autor direto é imputada ao autor mediato como se fosse sua própria. Conforme leciona Roxin, citado por Antonio José Teixeira Martins, na teoria do domínio do fato, a menor proximidade entre o autor mediato e a execução do crime, que reduz seu controle direto sobre a ação, é suprida por seu domínio da organização⁴⁰. Isso porque, ao ocupar posição de comando, é ele quem emite as ordens e, por isso, detém o verdadeiro controle sobre o fato. Nas palavras de Kai Ambos: “a responsabilidade por ato individual cresce, dentro da organização, na medida em que aumenta a distância do nível de execução, isto é, com uma localização alta no nível de mando.”⁴¹

No entanto, existem os casos difíceis em que o autor direto age com plena liberdade e responsabilidade. Nesse contexto, é extremamente difícil justificar como o autor mediato pode exercer tamanho controle sob o autor direto a ponto de ter as condutas praticadas por esse, atribuídas àquele como se suas próprias fossem.

“Não importa o quanto o homem detrás possa dominar a organização, não domina diretamente aqueles que executam o ato concreto... Nos casos problemáticos, o poder de controle é repartido entre o homem detrás e o executor material. No que tange ao executor material, este poder é fundado na proximidade dele em relação ao ato. Quanto ao homem detrás que emite a ordem, o poder resultaria de sua influência sobre a organização na qual o executor está integrado.^{42”} (grifo nosso)

³⁷ Prosecutor v. Katanga and Ngydjolo Chui, No. ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges, PTC I, 30 September 2008, paras. 518 and 547.

³⁸ ROXIN, Claus. “Täterschaft und Tatherrschaft” *apud* GRECO, Luís. LEITE, Alaor. “Autoria Como Domínio do Fato”, 2014, p. 28.

³⁹ ROXIN, Claus. “Täterschaft und Tatherrschaft”, 2017, *apud* AMBOS, Kai. “A Parte Geral do Direito Penal Internacional: Bases para uma elaboração dogmática.” Tradução: Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman, 2008, p. 255.

⁴⁰ ROXIN, Claus. “Täterschaft und Tatherrschaft” *apud* MARTINS, Antonio. “A responsabilidade penal de governadores por crimes praticados pela polícia”, 2019.

⁴¹ AMBOS, Kai. A Parte Geral do Direito Penal Internacional: Bases para uma elaboração dogmática. Tradução: Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman, 2008, p. 263.

⁴² AMBOS, Kai. A Parte Geral do Direito Penal Internacional: Bases para uma elaboração dogmática. Tradução: Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman, 2008, p. 257 e 263.

Para esses casos dificeis, nem a doutrina, nem a jurisprudência parecem ter encontrado uma justificativa inteiramente satisfatória e, por isso, a questão ainda paira sobre nós, como afirma Kai Ambos:

“Of course, the fundamental problem of any theory of indirect perpetration over fully responsible direct perpetrators (...), remains the convincing explanation of the indirect perpetrator's control given that the direct perpetrator's conduct is imputed to the Hintermann [indirect perpetrator] as though it were his own. Generally speaking, perpetration by means requires a sufficiently tight control by the 'Hintermann' [indirect perpetrator] over the direct perpetrator, similar to the relationship between superior and subordinate in the case of command responsibility (article 28).⁴³”

Por fim, a parte final do artigo 25, parágrafo 3º, alínea a estipula que: “...será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: Cometer esse crime...por intermédio de outrem, **quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável**”. Torna-se evidente, pois, que mesmo nas hipóteses em que o autor direto da conduta é criminalmente responsável, o autor mediato também o poderá ser. Em suma, uma responsabilidade não exclui a outra.

Dessa forma, percebe-se que a autoria mediata por intermédio de outrem, conforme prevista no artigo 25, §3º, alínea “a” do Estatuto de Roma, desafia as noções clássicas de imputação penal ao atribuir responsabilidade a quem exerce controle indireto, mesmo diante da presença de liberdade, responsabilidade e imputabilidade no executor direto. A complexidade da aplicação dessa modalidade de autoria em contextos organizacionais revela a tensão entre a dogmática penal tradicional — centrada na pessoalidade da conduta e da responsabilidade — e a lógica de responsabilização ampliada adotada no Direito Penal Internacional.

Em última análise, o instituto da autoria mediata na forma do domínio da organização, ainda que dotado de valor explicativo em contextos extremos — como estruturas criminosas hierarquizadas e pessoas substituíveis —, não se apresenta plenamente satisfatório quando confrontado com a autonomia. Trata-se, portanto, de um campo ainda em construção, que demanda constante refinamento teórico, desenvolvimento jurisprudencial e prudência na sua aplicação, a fim de que a expansão da responsabilidade penal individual não se faça às custas da segurança jurídica e dos princípios fundamentais do Direito Penal Internacional.

⁴³ TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3^a edição. 2016, p. 999.

3.5. Presunção de inocência – *in dubio pro reo*

O princípio da presunção de inocência apesar de ser um dos mais relevantes princípios para o Direito Penal Internacional e reger diversos dispositivos espalhados pelo Estatuto de Roma — como o direito do acusado de permanecer em silêncio sem que isso implique na determinação de sua culpabilidade⁴⁴, o direito de responder em liberdade⁴⁵ e o direito de apelar da decisão com base em mais fundamentos do que a acusação⁴⁶ — é disposto sob o capítulo VI “O Julgamento” e não no capítulo III “Princípios Gerais de Direito Penal”.

A localização do dispositivo, porém, está longe de ser um acidente. Durante a elaboração do Estatuto de Roma, o grupo de trabalho sobre os princípios gerais e o grupo de trabalho sobre o procedimento minutaram textos idênticos sobre o princípio da presunção de inocência, denunciando, pois, sua incontestável relevância. Ulteriormente, a decisão de onde o dispositivo deveria ser alocado era de responsabilidade do Comitê Preparatório que concordou com o grupo de trabalho sobre o procedimento.

Em 1995, a CDI inclui, no seu *Draft Statute*, previsão legal expressa sobre o princípio da presunção de inocência. Segundo William A. Schabas e Yvonne McDermott, o artigo 40 do *Draft Statute* que positivava o princípio da presunção de inocência foi um dos poucos dispositivos incontestados durante a elaboração da minuta do Estatuto. Ademais, os autores notam que a minuta indica ser o princípio tanto uma questão de direito material quanto processual.

Além de estar expressamente positivado no Estatuto de Roma, o princípio da presunção de inocência é codificado na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴⁷ e em diversas outras convenções regionais e universais sobre Direitos Humanos, como a *American Convention on Human Rights* e a *African Charter on Human and People's Rights*. Diante do

⁴⁴ Artigo 55, parágrafo 2º, alínea b e artigo 67, parágrafo 1º, alínea g.

⁴⁵ Artigo 59, parágrafos 3-6 e artigo 60, parágrafo 2-4.

⁴⁶ Artigo 81, parágrafo 1º.

⁴⁷ Artigo 11, parágrafo 1º.

contexto histórico do princípio, William A. Schabas e Yvonne McDermott consideram o princípio como um incontestável princípio geral do direito⁴⁸.

Cada parágrafo do artigo 66 representa uma camada do princípio *in dubio pro reo* que deve ser respeitada. A primeira, disposta no parágrafo 1º constitui o núcleo do princípio pelo qual todo e qualquer tribunal deve-se pautar, isto é, nunca tratar o acusado como se culpado fosse. A segunda, disposta no parágrafo 2º, estabelece o ônus probatório, o qual deve sempre recair sobre a acusação, ou seja, é uma consequência lógica do disposto no parágrafo 1º, se se presume que o acusado é inocente, não há motivos para que ele tenha que comprovar sua inocência sem que antes a acusação indique minimamente os indícios de sua culpabilidade. Por fim, a terceira, disposta no parágrafo 3º, estabelece os parâmetros que devem ser atendidos para que se quebre a presunção de inocência e se condene o acusado, isto é, o Tribunal tem que estar convencido "além de qualquer dúvida razoável" que o acusado é culpado. Sendo assim, a Corte Europeia de Direitos Humanos define o princípio *in dubio pro reo* da seguinte maneira:

*"It requires, inter alia, when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused. It also follows that it is for the prosecution to inform the accused of the case that will be made against him, so that he may prepare and present his defence accordingly, and to adduce evidence sufficient to convict him."*⁴⁹ (grifo nosso)

Ressalta-se que, embora a normativa e o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos determinem que nenhum juiz deve adentrar um julgamento com a ideia preconcebida de que o acusado é culpado e que, portanto, seu papel seja de puni-lo de forma a garantir justiça e reparação às vítimas, a prática é outra. Mesmo porque, juízes são pessoas e como quaisquer outras, sujeitas às concepções políticas, morais, religiosas e ideológicas.

O caso emblemático do *Prosecutor v. Tadic* perante o TPIEI, por exemplo, pelo qual estabeleceu-se a doutrina amplamente criticada do *Joint Criminal Enterprise III*, o Tribunal

⁴⁸ "Undisputed general principle of law". TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3 Ed. 2016, p. 1636.

⁴⁹ Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain, Series A, No. 146, 6 de Dezembro de 1998, parágrafo 77.

condenou o acusado por entender que o objetivo do Estatuto era punir todos os crimes contra a humanidade⁵⁰ ou não deixar impune qualquer pessoa culpada por crimes de guerra⁵¹.

Dessa forma, Darryl Robinson argumenta que o raciocínio teleológico focado na vítima, oriundo dos Direitos Humanos e do Direito Humanitário, e as suposições ideológicas resultam em uma inversão dos princípios aplicáveis ao Direito Penal Internacional. Em um jogo de palavras ele afirma que o princípio *in dubio pro reo*, positivado pelo Estatuto de Roma no artigo 66, “Presunção de Inocência”, mais especificamente no parágrafo 3º, funciona na prática como um princípio “*in dubio contra reo*”. Em suas palavras, ele dispõe que:

“Applying, at a prior stage, a teleological approach that maximizes victim protection means that there is never an ambiguity left for strict construction to resolve, because all ambiguities have already been resolved against the accused. As a result, the promise of *in dubio pro reo*, which ICL [International Criminal Law] holds out to accused, and which bolsters ICL’s legitimacy, is in reality completely inverted, and the rule faced by the accused is close to *in dubio contra reo*. ”⁵² (grifo nosso)

Assim, o princípio da presunção de inocência, embora positivado e reiteradamente reconhecido como universal, encontra sérios desafios na sua implementação concreta no âmbito do Direito Penal Internacional, tornando-se, por vezes, um corolário retórico esvaziado pela prática judicial. O risco é que a busca por justiça para as vítimas acabe por corroer as garantias fundamentais do réu, invertendo a lógica do processo penal e comprometendo a própria legitimidade do sistema internacional de responsabilização criminal.

3.6. A Doutrina do *Command Responsibility*: um exemplo concreto de tensão com os princípios do direito penal internacional

Parafraseando Rosa Ehrenreich Brooks sobre as formas como as atrocidades ocorrem: algumas pessoas planejam, por longos períodos, a prática dos mais graves crimes internacionais; outras permitem que tais planos se concretizem, mantendo-se inertes. Em geral, essas pessoas não são os executores ou autores diretos dos crimes, mas sim comandantes ou líderes inseridos em estruturas hierárquicas.

⁵⁰ Prosecutor v. Tadic, Appeals Chamber Judgment, “make all crimes against humanity punishable”, parágrafo 285.

⁵¹ Prosecutor v. Tadic, Decision on Defence Motion for Jurisdiction, Appeals Chamber, “not to leave unpunished any person guilty of any [war crime]”, parágrafo 92.

⁵² DARRYL, Robinson. “The Identity Crisis of International Criminal Law.” 2008, p. 943.

A doutrina da responsabilidade do comandante (*command responsibility*) surge, portanto, da constatação da comunidade internacional de que os mais graves crimes internacionais — os chamados *core crimes* — raramente são cometidos por iniciativa própria de subordinados, sejam eles inseridos em uma hierarquia militar ou civil.

O presente capítulo tem por objetivo analisar a responsabilidade penal do superior hierárquico à luz do Estatuto de Roma, especialmente a partir do artigo 28. A figura em questão, embora fundamental para a responsabilização de crimes internacionais cometidos por forças militares ou estruturas organizadas de poder, suscita inúmeras controvérsias doutrinárias quanto à sua natureza jurídica, à compatibilidade com princípios do Direito Penal Internacional e à delimitação de seus elementos subjetivos.

Diferentemente das formas tradicionais de autoria e participação previstas no artigo 25 do Estatuto, a responsabilidade do superior hierárquico é concebida como omissiva, vinculada à falha em prevenir ou punir a prática de crimes por parte de seus subordinados. Essa peculiaridade justifica o aprofundamento sobre sua construção teórica e os limites da imputação penal por omissão no plano internacional.

A despeito de a responsabilidade dos chefes militares e de outros superiores hierárquicos ter ganhado seus primeiros contornos na Convenção de Genebra de 1864, foi apenas após a 2^a Guerra Mundial que o instituto foi posto em prática. Não obstante, por mais que a comunidade internacional concordasse na necessidade de responsabilizar os comandantes, não havia concedido sobre como delinear o enquadramento da responsabilidade dentro do princípio da legalidade e da interpretação restritiva. Consequentemente, não há no Estatuto de Nuremberg, na Convenção de Genocídio de 1948 ou na Convenção de Genebra de 1949 uma definição dessa forma de responsabilidade.

A ausência de previsão legal no Estatuto de Nuremberg, entretanto, não impediu a Corte de responsabilizar os comandantes pelos crimes cometidos durante a 2^a Guerra Mundial. A corte se valeu do artigo 1º da Convenção IV de Haia de 1907, que apenas disciplinava que as forças deveriam ser comandadas por uma pessoa responsável pelos seus subordinados, para julgar os acusados. Essa falta de previsão legal específica não foi óbice à responsabilização dos comandantes, pois, como apontado por Otto Triffterer, a comunidade internacional percebeu

que o regime nazista chegou ao comando pelo abuso de poder dos superiores⁵³. Darryl Robinson também atribui essa postura do Tribunal de Nuremberg ao método interpretativo focado na vítima.

A responsabilidade dos comandantes em controlarem suas forças era há muito aceita pelo Direito Internacional, consequentemente, o não exercício de um controle efetivo para prevenir o cometimento dos crimes também foi muito bem recepcionado. No entanto, o nexo causal entre a falha no controle e o cometimento dos crimes ainda não havia sido estabelecido. Os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, então, estipularam que a falha no controle não era estabelecida de maneira subjetiva, analisando-se o dolo do comandante, mas sim de maneira objetiva, pela qual se entendia que a frequência do cometimento dos crimes em diferentes áreas bastava para se presumir que os crimes eram resultados da omissão dos comandantes. Assim, o ônus da prova se invertia, uma vez que os Tribunais presumiam a culpabilidade do indivíduo e não sua inocência, e a defesa havia de comprovar a inexistência de nexo causal entre os crimes cometidos pelos subordinados e a omissão do comandante.

Segundo Otto Triffterer, esse entendimento dos tribunais *ad hoc* pós 2ª Guerra Mundial, se assemelhava a uma responsabilidade objetiva, que, em teoria, foi rechaçada pela comunidade internacional. Em suas palavras:

"At the Trial of Tkashi Sakai, the Tribunal thought 'it was inconceivable that he [the commander] should not have been aware of the acts of atrocity committed by his subordinates...' This argument, however, is not convincing. It comes close to charging the accused with 'strict liability'; because it assumes the mental element without proving it.⁵⁴" (grifo nosso)

Portanto, apesar de existir a concordância em punir os crimes de responsabilidade dos chefes militares ou superiores hierárquicos, faltava ainda definir precisamente, sob a ótica dos princípios da legalidade e da presunção de inocência, esta modalidade criminal. Otto Triffterer define este momento da construção doutrinária do *command responsibility* da seguinte forma:

"The relevant comprehensive jurisprudence in the context with the crimes committed during the Second World War reminds us of a puzzle with tiny little mosaic pieces: when you see them isolated, you know they ought to be filled into 'the picture' of requirements for superior responsibility, though together with others not yet known. It

⁵³ TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3ª edição. 2016, p. 1070.

⁵⁴ TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3ª edição. 2016, p. 1073.

therefore, is not so easy to deposit them in the right place; because they are not only shaped very individually, but are also of different size, colour and importance for a 'strictly construed' definition of an independent modality for individual criminal responsibility of superiors under international law, which characterizes all its specificities in comparison with the traditional modes of participation."

Em 1977, a primeira definição desse instituto foi positivada nos artigos 86 e 87 do Protocolo Adicional I da Convenção de Genebra. O artigo 87 estipulava os deveres legais dos comandantes e o artigo 86 definia as omissões dos deveres de agir, se aproximando, embora ainda não de maneira sedimentada, de um conceito compatível com os princípios da legalidade e da presunção de inocência.

Posteriormente, os Estatutos do TPIEI e do TPIR, em seus artigos 7, parágrafo 3º e artigo 6, parágrafo 3º, respectivamente, positivaram esta modalidade de responsabilidade que, em seguida, foi também positivada no artigo 28 do Estatuto de Roma.

Embora todos os estatutos, isto é, para o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, para o Tribunal Penal Internacional de Ruanda e o Estatuto de Roma tenham extraído as definições de responsabilidade de comandantes do Protocolo Adicional I da Convenção de Genebra, curiosamente, o Estatuto de Roma diverge substancialmente, do disposto nos demais Estatutos.

Em suma, o artigo 28 estabelece duas elementares para a tipificação do crime, a primeira, o não exercício de um "controle apropriado" sobre as forças sob o seu comando, e a segunda, a não adoção das "medidas necessárias e adequadas a seu alcance" para prevenir ou reprimir a prática do crime. Já o artigo 7, parágrafo 3º do Estatuto do TPIEI e o artigo 6, parágrafo 3º do TPIR, estabelecem apenas uma elementar, a da não adoção das "medidas necessárias e adequadas a seu alcance".

Essa diferença é relevante, teoricamente, por evidenciar uma discordância entre a comunidade internacional sobre a definição desta modalidade de responsabilidade, e prática, pois pode haver um conflito de competência entre o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia e o TPI. Elucida-se, o TPIEI foi instituído para julgar crimes cometidos a partir de 1991, mas um limite máximo temporal de sua jurisdição não foi estipulado. Já o TPI entrou em vigor em 2002. Logo, se fossem cometidos a partir de 2002 no território da Ex-Iugoslávia, os mais graves crimes internacionais, os acusados poderiam ser julgados tanto pelo TPIEI quanto

pelo TPI, visto que tanto a Sérvia quanto Montenegro – que compreendem o território da Ex-Iugoslávia – são signatários do Estatuto de Roma.

Além desse conflito de competências entre os tribunais, os Estatutos do TPIEI e do TPIR são relevantes pois, apesar de os precedentes desses tribunais não serem vinculantes ao TPI, a influência da vasta jurisprudência construída por esses tribunais é inegável na interpretação e aplicação do Estatuto de Roma. Primeiro porque fazem parte do costume internacional, que é uma fonte do Direito Internacional e, segundo, porque seria ingênuo acreditar que quando em dúvida, os juízes do TPI não irão buscar as respostas já dadas – embora, muitas vezes, de maneira controversa – pelos tribunais que os antecederam.

Essa divergência entre os diferentes estatutos faz surgir as seguintes perguntas. O artigo 7, parágrafo 3º do Estatuto do TPIEI compreenderia o costume internacional além de qualquer dúvida razoável ou não, tendo em vista que em 1998, 146 países elaboraram o artigo 28 do Estatuto de Roma que diverge substancialmente do artigo 7, parágrafo 3º? A diferença entre os Estatutos, que compreendem os mesmos crimes internacionais, mas em contextos legais diferentes, pode ser considerada uma ambiguidade? Se sim, deve-se aplicar a lei mais favorável ao réu, seguindo a máxima *in dubio pro reo*? Caso afirmativo, qual seria a lei mais favorável? Embora essas perguntas não tenham sido formalmente respondidas por nenhum dos tribunais, Otto Triffterer as responde da seguinte maneira:

"The wording of article 7, para. 3 ICTY Statute is fairly clear, though at the end of the day, finally, it may leave room for doubt. In case it does, the general rule may become applicable, that in the case of ambiguity an interpretation in favour of the accused has to prevail, article 22 para. 2 Rome Statute. (...) Article 28 prevails; because it is more favourable for suspects, demanding two failures, a lack of control and a lack of interference, while the ad hoc Statutes, at least according to the wording, require only a failure to interfere.⁵⁵"

Feitas as considerações gerais deste instituto, passa-se agora a esmiuçá-lo. O artigo 28 do Estatuto de Roma estabelece que superiores militares ou civis podem ser responsabilizados quando, tendo conhecimento – ou devendo tê-lo – de crimes cometidos por seus subordinados, deixam de adotar medidas razoáveis para preveni-los ou reprimi-los. Essa previsão normativa rompe com os modelos clássicos de imputação penal e aproxima-se da lógica do dever jurídico de agir, característico das figuras de garantidor do direito penal de matriz romano-germânica.

⁵⁵ TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3^a edição. 2016, p. 1069.

A responsabilização do superior decorre da posição de comando que ocupa, a qual impõe deveres positivos: (i) o dever de supervisão e controle contínuos e eficazes; e (ii) o dever de intervir ativamente diante da ameaça ou prática de crimes. Trata-se, portanto, de uma responsabilidade fundada na omissão voluntária frente a um dever específico de agir.

O elemento subjetivo exigido pelo Estatuto – "tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento" – estabelece um padrão inferior ao dolo tradicional, autorizando a responsabilização mesmo na ausência de vontade deliberada de contribuir para o crime. A figura aproxima-se, assim, de uma forma de responsabilidade por negligência, o que gera críticas e controvérsias em relação à conformidade com o princípio da legalidade estrita⁵⁶.

A doutrina apresenta diferentes interpretações sobre a natureza jurídica da responsabilidade do superior hierárquico. Para Otto Triffterer, o artigo 28 não configura um tipo penal autônomo, mas sim um princípio geral de responsabilidade, e por isso, inserido no Capítulo III do Estatuto, que deve ser compreendido como um mecanismo de imputação acessório aos crimes previstos nos artigos 6º, 7º e 8º. Assim, os superiores seriam condenados pelo crime de genocídio na modalidade de responsabilidade de chefes militares ou outros superiores hierárquicos.

Por outro lado, William Schabas e Yvonne McDermott defendem que se trata de um crime *sui generis*, mas levanta objeções quanto à sua compatibilidade com os parâmetros subjetivos exigidos pelo Tribunal Penal Internacional. Para os autores, os crimes internacionais de maior gravidade exigem o mais elevado grau de mensuração subjetiva, como no caso do genocídio, que requer a chamada intenção genocida. Assim, a responsabilização por mera omissão, sem a exigência de dolo específico, comprometeria o rigor jurídico e os princípios basilares do Estatuto de Roma. Sem contar que se consideramos este instituto como um tipo penal, ele não estaria previsto no artigo 5º do Estatuto de Roma e, portanto, não seria de competência do TPI. Veja-se:

⁵⁶ Há discussão sobre o tema sob a perspectiva do direito interno, sendo um dos principais autores o jurista Luís Greco, na obra *Dolo sem Vontade*.

"It will be argued that the superior is not being charged with the crime itself, but only with negligent supervision of troops or other subordinates. Yet negligence is not a crime within the subject matter jurisdiction of the Court; indeed, the core crimes require proof of the highest level of mens rea.⁵⁷" (grifo nosso)

Outros autores propõem uma terceira via, considerando a responsabilidade do comandante uma forma híbrida de participação indireta *sui generis* e de um tipo penal *sui generis*.

Seja como for, a doutrina e jurisprudência parecem não ter alcançado o desejado nível de legalidade estrita quanto a este instituto, que sequer tem natureza definida, tornando sua aplicação, no mínimo, controversa.

Outro ponto crítico diz respeito à hipótese em que o subordinado inicia a execução do crime, mas desiste voluntariamente antes da consumação. Otto Triffterer entende que a responsabilidade do comandante é acessória e condicionada à prática efetiva do crime pelos subordinados. Nessa lógica, a desistência tornaria, *prima facie*, inviável a responsabilização do superior. Entretanto, com base no argumento de que a conduta típica do superior é sua falha em agir, e não a consumação do crime em si, a omissão deliberada diante de risco real de cometimento de crimes seria, por si só, punível, independentemente da conduta final do subordinado. A responsabilização, nesse caso, recairia sobre o descumprimento do dever legal, e não sobre o resultado final da ação criminosa.

A controvérsia reside no dolo. Como explicitado anteriormente, essa modalidade – de conduta ou tipo penal – não requer o dolo de que o crime se concretize, o superior não deseja o resultado, pois se desejasse, ele incorreria nas modalidades típicas previstas pelo artigo 25, de participação mediata, de ordenar o cometimento de crimes, incitar ou auxiliar.

"'Knew' or 'reason to know', therefore, does not mean an intent to participate by an omission. It must be less, which it is, when interpreted as describing only the intellectual part of 'intent and knowledge', namely awareness as defined in article 30 Rome Statute, of a criminal situation characterised by the behaviour of his subordinates. (...) But it is sufficient that the superior did not intend more than just doing nothing, though he should and could have been motivated by the triggering situation to become active.⁵⁸"

⁵⁷ TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3^a edição. 2016, p. 1642.

⁵⁸ TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3^a edição. 2016, p. 1080.

Essa ausência de uma elementar subjetiva específica para esse instituto traz a hipótese de uma situação em que o autor direto do crime, ou seja, o indivíduo que cometeu o crime pelas próprias mãos, escape impune caso seu dolo não reste comprovado, mas que o seu superior, que não tinha o dolo específico, seja responsabilizado.

"Already this aspect makes it desirable and perhaps indispensable, in the interest of equality before the law, to consider at least an equally high threshold for command responsibility, which would otherwise establish a more remote relation to the harm than most of the other modalities for participation. In addition, a high threshold on the mental side could compensate the fact that superiors are without exception responsible and liable for punishment beyond the traditional modalities, which means, even for such omissions, which do not fulfil the objective or mental requirements for a punishable participation. This implies that the requirement of 'strictly construed' elements needs to be independently established, in particular, when command responsibility reaches the top level of the hierarchy, perhaps located far away from the actual events.⁵⁹"

A análise do artigo 28 do Estatuto de Roma revela uma figura jurídica complexa, que escapa das categorias tradicionais do direito penal. A ausência de consenso doutrinário sobre sua natureza – se tipo penal autônomo ou modalidade de participação – compromete a segurança jurídica e desafia a aplicação prática do dispositivo.

Além disso, as dificuldades na aferição do elemento subjetivo, do nexo causal e da própria consumação do crime demonstram que a doutrina e a jurisprudência ainda não alcançaram maturidade suficiente para oferecer respostas definitivas. O artigo 28, ao tentar preencher lacunas da responsabilização no contexto de estruturas de comando, termina por criar tensões nos princípios fundamentais do direito penal.

4. METÓDOS INTERPRETATIVOS: O ARTIGO 21 DO ESTATUTO DE ROMA E A CONVENÇÃO DE VIENA

A ex-juíza do TPIEI, Patrícia Wald, em entrevista dada em 2002, confessa que a tarefa de interpretar as leis é: "*both the most challenging and the most anxiety-ridden part of the job.*⁶⁰" Em complemento, a CDI diz que a interpretação de textos de direito internacional e, de qualquer norma, é uma "arte, não uma ciência exata" ("*an art not an exact science*")⁶¹.

⁵⁹ TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3^a edição. 2016, p. 1082.

⁶⁰ Wald, Patricia. Interview for The Third Branch (2002) *apud* GROVER, Leena. "Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court", 2014, p. 2.

⁶¹ ILC, commentary, introduction, supra nota 5. p. 250.

Como explicitado anteriormente, o presente estudo parte do princípio de que nenhum sistema jurídico é completo, o legislador além de não ser capaz de prever todas as possíveis situações, como todo humano, é falho. Logo, todas as leis, em maior ou menor medida, têm lacunas, ambiguidades, obscuridades e contrariedades. Os princípios, como visto no capítulo 3, deveriam orientar o legislador a formular as regras e auxiliar os juízes a aplicá-las. No entanto, eles não bastam, é preciso se estabelecer um método interpretativo sólido capaz de responder as dúvidas na interpretação e aplicação das leis que inevitavelmente surgirão. O artigo 21 do Estatuto de Roma foi uma tentativa de construir tal método interpretativo, com o fito de preencher lacunas e solucionar contradições⁶². Não obstante como afirma Benjamin Perrin, os elaboradores do Estatuto de Roma não atingiram esse objetivo, ao contrário, trouxeram mais perguntas do que respostas:

"Article 21 of the Rome Statute is worded in a very cumbersome manner. It can only be understood in the context in which it was drafted: by round after round of negotiation and compromise. It raises the most theoretical as well as the most practical challenges to the viability of the international criminal law tradition. The justification for the provision is both to provide a normative super structure to the tradition, as well as fill gaps in the law to be applied. However, as will be seen, it may fail to meet either of those objectives and risks undermining the entire project of the ICC.⁶³." (grifo nosso)

De antemão, cumpre esclarecer o contexto histórico do dispositivo. Os tribunais *ad hoc*, TPIEI e TPIR, não contavam com disposições em seus estatutos sobre a hierarquia das fontes que os tribunais deveriam aplicar. E, embora o Secretário-Geral da ONU tenha, à época, decretado que o TPIEI deveria apenas aplicar normas que fossem "além de qualquer dúvida razoável"⁶⁴ parte do costume internacional, essa determinação não impediu o tribunal de inovar juridicamente.

Diante deste cenário, os Estados-partes do Comitê Preparatório temiam a imprevisibilidade e discricionariedade que poderiam surgir ao não codificarem a hierarquia das fontes de Direito Penal Internacional. Cumpre aqui esclarecer que o receio dos Estados não era um receio abstrato, os Estados temiam, pois, tinham a plena consciência de que poderiam ver no futuro os seus nacionais sob a jurisdição do TPI. Se os Estados não estivessem minimamente

⁶² "Article 21 was designed to serve a gap-filling function to address lacunae where substantive, procedural or evidentiary rules are apparently lacking." PERRIN, Benjamin. "Searching for Law While Seeking Justice: The Difficulties of Enforcing International Humanitarian Law in International Criminal Trials", p. 393.

⁶³ PERRIN, Benjamin. "Searching for Law While Seeking Justice: The Difficulties of Enforcing International Humanitarian Law in International Criminal Trials", p. 392.

⁶⁴ Tradução livre de "beyond any reasonable doubt".

de acordo com os termos do Estatuto, não o ratificariam, comprometendo, pois, a universalidade necessária à eficácia do Estatuto.

Logo, retornamos ao princípio da legalidade, não apenas para garantir os direitos dos acusados, mas também para garantir a necessária universalidade do Estatuto de Roma e, consequentemente, ampliar a jurisdição do TPI, a fim de que os mais graves crimes internacionais não se quedem impunes. Nesse ínterim, dispõe a juíza Margaret deGuzman:

"Some commentators have been critical of the tribunals in this regard, arguing that they are insufficiently respectful of the principle of legality...Such fears stemmed not only from concerns about fairness to defendants, but also from the reluctance of some states to relinquish control over the law that could be applied to their nationals.⁶⁵"

Distanciando-se dos erros dos tribunais *ad hoc*, nasce o artigo 21, que dispõe sobre o direito aplicável nos julgamentos dos crimes de competência do TPI e é um reflexo evidente das negociações e concessões feitas nas reuniões da Comissão Preparatória. Quando decidindo sobre o nível de discricionariedade que deveria ser concedido aos juízes da Corte, a Comissão Preparatória, em 1996, foi dividida em duas correntes: uma que entendia ser necessário, em razão do princípio da legalidade, a limitação e restrição dos poderes discricionários dos magistrados, dispondo que "*the Court should not be empowered to legislate principles of criminal law*"⁶⁶, e, outra, que defendida, em vista da natureza única dos crimes de Direito Internacional, que o Estatuto deveria conceder aos juízes maior discricionariedade.

Ao final das negociações, encontrou-se uma solução intermediária, que resultou no texto atual do artigo 21 do Estatuto, o qual estabele uma hierarquia dos direitos aplicáveis. Primeiro, aplica-se o Estatuto, os Elementos Constitutivos dos Crimes e o Regulamento Processual (parágrafo 1º, alínea a). Depois, se for o caso, aplicam-se os tratados e os princípios e normas de direito internacional (parágrafo 1º, alínea b). E, na falta destes, aplicam-se 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 (parágrafo 1º, alínea c).

⁶⁵ TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3^a edição. 2016, p. 935.

⁶⁶ 1996 Preparatory Committee II, p. 105.

Ainda que o artigo 21 possa ser considerado um avanço na interpretação e aplicação das fontes de Dírito Penal Internaciona, Alain Pellet dispõe:

"Consequentemente, o sistema de fontes às quais se refere ao Estatuto é tão complexo e, de certo modo, tão incerto, e a sua hierarquia tão ambígua, que se pode pensar que os Juízes se afastariam dele, pelo menos em parte, para recuperar os poderes inerentes a qualquer órgão jurisdicional e do qual os editores do Estatuto, incontestavelmente, quiseram privá-los."⁶⁷

4.1. Artigo 21, parágrafo 1º, alínea a

A hierarquia das fontes primárias estipuladas no parágrafo 1º, alínea a, jamais foi questionada, nem pela Comissão Preparatória e tampouco pelos juízes do TPI. Sendo assim, o Tribunal afirma que, diante de lacunas nas fontes primárias – isto é, o Estatuto de Roma, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual –, deverá, em primeiro lugar, buscar preenchê-las por meio de um exercício interpretativo, conforme os moldes da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Logo, as demais fontes de direito, explicitadas no artigo 21, parágrafo 1º, alíneas b e c, somente serão aplicadas quando não for possível suprir a lacuna com base nas fontes primárias, sob a ótica da Convenção de Viena.

Entretanto, o parágrafo 1º, alínea a, expõe uma clara inconsistência do Estatuto. Isso porque, como anteriormente explicado, após grande debate da Comissão Preparatória, definiu-se que os Elementos Constitutivos dos Crimes não vinculariam os juízes do TPI, garantindo-os maior poder discricionário. Assim, a Comissão Preparatória redigiu o artigo 9º do Estatuto de Roma dispondendo que os Elementos Constitutivos do Crime seria apenas um documento que auxiliaria o Tribunal a interpretar e aplicar os artigos 6º, 7º e 8º do Estatuto. Ocorre que, o artigo 21, parágrafo 1º, alínea a, estabelece que o Tribunal "aplicará" os Elementos Constitutivos do Crime como fonte primária do Estatuto.

Para Margaret M. deGuzman, atual juíza do Tribunal Internacional de Mecanismo Residual para Tribunais Criminais da ONU, essa inconsistência poderia, *prima facie*, ser resolvida realizando a leitura dos dois dispositivos conjuntamente, isto é, o Tribunal **aplicará** os Elementos Constitutivos do Crime com o objetivo de **auxiliar** o Tribunal na interpretação e aplicação do Estatuto de Roma.

⁶⁷ STEINER, Sylvia Helena. BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. "O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma", 2. Ed., 2021, p. 450-451.

Não obstante, a própria juíza, reconhece que essa interpretação não resolve as questões mais profundas que emergem desta inconsistência. Em suas palavras: "*However, even this reading of the Statute does not provide judges with clear guidance with regard to Elements that add to, rather than clarifying, the definitions of crimes in the Statute.*"⁶⁸"

A verdadeira causa raiz dessa controvérsia não reside apenas na inconsistência dos artigos 9º e 21 do Estatuto, mas sim, em controvérsias mais profundas entre o texto do Estatuto de Roma e o texto dos Elementos Constitutivos do Crime.

Um exemplo claro dessa controvérsia diz respeito ao crime de genocídio. Enquanto o Estatuto de Roma estabelece como elementares do crime apenas a prática dos atos listados nas alíneas a-e com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, os Elementos Constitutivos dos Crimes ao invés de definirem e/ou precisarem as definições deste tipo penal, seguindo o propósito pelo qual foram elaborados, adicionam mais uma elementar ao crime, prevista no parágrafo 4º do capítulo dedicado aos elementos do artigo 6 (a) "Genocídio por homicídio", qual seja: "*The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction.*"

Por conseguinte, os Elementos Constitutivos dos Crimes além de não definirem a "intenção genocida" e adicionarem mais uma elementar ao crime de genocídio, não definem especificamente essa nova elementar, isto é, o que seria um padrão manifesto de condutas semelhantes ou que tipo de conduta poderia causar tal destruição?

Essa controvérsia surgiu no caso Prosecutor v. Al Bashir, ICC-02/05-01/09. O entendimento majoritário foi o de que o Tribunal deve sempre aplicar os Elementos Constitutivos do Crime, abstendo-se de fazê-lo apenas quando houver uma contradição irreconciliável entre o Estatuto de Roma e os referidos Elementos.

Um juiz dissidente, entretanto, invocou o parágrafo 3º do artigo 9º do Estatuto de Roma – o qual dispõe que “Os elementos constitutivos dos crimes e respectivas alterações deverão ser compatíveis com as disposições contidas no presente Estatuto” – para sustentar que, da leitura

⁶⁸ TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3ª edição. 2016, p. 936.

do dispositivo, pode-se inferir que apenas o Estatuto tem competência para estabelecer as elementares dos crimes.

Robert Cryer, professor de Direito Penal Internacional na Universidade de Birmingham, criticou o entendimento majoritário do TPI, argumentando que a elementar estipulada pelos Elementos Constitutivos do Crime não corresponde à definição do crime de genocídio adotado costumeiramente pela comunidade internacional⁶⁹. Além disso, ele nota que o entendimento do TPI implica em reconhecer os Elementos Constitutivos do Crime como vinculantes ao TPI, o que vai na direção oposta do estipulado pelas delegações na Comissão Preparatória e no artigo 9º do Estatuto de Roma.

4.2. Artigo 21, parágrafo 1º, alínea b

Em relação ao parágrafo 1º, alínea b, a juíza Margaret deGuzman ressalta que a opção por utilizar a expressão "se for o caso" amplia a discricionariedade do TPI em determinar os casos em que os tratados, princípios e normas de direito interacional são aplicáveis. Novamente, prejudicando a primazia do princípio da legalidade.

Outra questão que surge em relação ao artigo 21, parágrafo 1º, alínea b é a curiosa escolha de se utilizar o termo "princípios de direito internacional", ao invés de se utilizar o termo "princípios gerais do direito" como utilizado na alínea c. A controvérsia aqui reside em saber se os ditos "princípios de direito internacional" englobam apenas o direito costumeiro e aqueles princípios dispostos em leis internas ou se incluem também outros tipos de princípios que não derivam de leis internas, por exemplo, princípios que derivam da natureza *sui generis* da comunidade internacional ou princípios básicos de todos os sistemas legais. Sobre o tema, exemplifica a juíza Margaret deGuzman:

"...In determining the meaning of 'sufficient gravity' for admissibility under article 17, Pre-Trial Chamber I considered under the heading 'principles and rules of international law' the rules and practice of the ad hoc tribunal concerning case selection. The Chamber made no attempt to establish that the rules and practices of the ad hoc tribunals in this regard are part of custom. Instead, the discussion suggests that the ad hoc tribunals are following principles derived from the nature of the legal system – in this case, principles that require international courts to

⁶⁹ Cryer, Robert. 12 NCLRev 390, 396-7, 2009 *apud* TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3ª edição. 2016, p. 937.

*prosecute only senior leaders for widespread or systematic criminality."*⁷⁰ (grifo nosso)

Sobre os tribunais *ad hoc*, no que tange a aplicação de seus precedentes pelo TPI, o Juízo de Instrução, determinou que o entendimento dos tribunais anteriores ao TPI sobre as modalidades de conduta criminal não eram aplicáveis aos casos julgados pelo TPI porque o Estatuto de Roma conta com um dispositivo específico sobre o tema⁷¹.

No mesmo sentido, o TPI assentou que o entendimento dos demais tribunais internacionais em matéria processual não seria relevante porque o Estatuto de Roma se afasta substancialmente dos procedimentos desses tribunais, determinando ainda que a jurisprudência dos tribunais *ad hoc* não se aplica automaticamente ao TPI. Sem embargo, o TPI parece ser muito mais receptivo à jurisprudência dos tribunais *ad hoc* em questões de direito material, opina a juíza Margaret deGuzman.

A adoção dessa jurisprudência, no entanto, pode ser um erro. Primeiro porque ela não é fonte formal do Estatuto de Roma e, segundo, porque embora tribunais tenham ajudado na construção de um Direito Penal Internacional, os elaboradores do Estatuto de Roma deixaram claro inúmeras vezes que desejavam romper com a lógica desses tribunais *ad hoc*.

4.3. Artigo 21, parágrafo 1º, alínea c

A alínea c do parágrafo 1º, desde sua elaboração até a sua interpretação e aplicação, é a mais controversa de todas. No momento de sua elaboração, novamente, a Comissão Preparatória se dividiu em duas correntes: as das delegações que sustentavam que o Tribunal deveria aplicar os princípios gerais do direito derivados de leis internas e, a das delegações que acreditavam que o Tribunal deveria aplicar diretamente as leis internas na seguinte ordem hierárquica: primeiro, aplicar-se-iam as leis do Estado em que o crime foi cometido; depois, aplicar-se-iam as leis do Estado da nacionalidade do acusado e, por fim, aplicar-se-iam as leis do Estado que detivesse a custódia do acusado.

⁷⁰ TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3^a edição. 2016, p. 940.

⁷¹ Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-trial Chamber I, 30 September 2008, paras. 506-508.

No final das negociações, alcançou-se a solução intermediária que hoje é encontrada no texto do Estatuto, pela qual determina-se que o Tribunal recorrerá aos princípios extraídos dos direitos internos (atendendo aos interesses da corrente 1), "incluindo, se for o caso" o direito interno dos Estados que exerçeriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime (atendendo aos interesses da corrente 2)⁷². Essa solução intermediária é criticada pela juíza Margaret deGuzman que diz ser uma solução estranha para o problema. Veja-se:

*"Article 21 resolves this debate by requiring that the judges apply international law exclusively but granting them discretion to consider the national law of the states that would normally exercise jurisdiction in ascertaining general principles of law. This is an awkward compromise because of the inconsistency inherent in determining 'general principles' by reference to specific national laws."*⁷³ (grifo nosso)

O próprio presidente do grupo de trabalho que negociou o artigo 21 do Estatuto de Roma, Per Saland, reconhece a estranheza do dispositivo e dispõe que há uma certa contradição na ideia de chegar-se a um princípio geral pela análise do direito interno dos países, entretanto, sem essa solução intermediária, não seria possível alcançar um consenso.⁷⁴

O primeiro obstáculo da alínea c encontra-se na impossibilidade de se realizar uma análise de todas as jurisdições do mundo. Assim, a escolha das jurisdições a serem analisadas já é por si só um processo de tomada de decisão discricionário e subjetivo. Na lição do professor Volker Nerlich, juiz internacional do Tribunal de Apelação do Tribunal Penal Especial na República Centro-Africana:

*"The identification of principles of law by reference to national legal systems is inevitably a somewhat subjective endeavour: a survey of all municipal jurisdictions of the world is infeasible and thus the decision-maker will have to determine which jurisdictions to include in his or her survey and how much weight to afford to each of these jurisdictions for the 'distillation' of the general principle. The somewhat disconcerting consequence of the subjectivity of the identification of general principles of law is that the 'general principle' may vary, depending on who determines what the content of the principle is."*⁷⁵

⁷² file:///C:/Users/SBRS/Downloads/A_CONF.183_C.1_WGAL_L.2-EN.pdf

⁷³ TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3^a edição. 2016, p. 935.

⁷⁴ "There is of course a certain contradiction between the idea of deriving general principles, which indicates that this process could take place before a certain case is adjudicated, and that of looking also to particular national laws of relevance to a certain case; but that price had to be paid in order to reach a compromise". SALAND, in Lee (ed.), The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results (1999) 189, 215.

⁷⁵ STAHN, Carsten. Sluiter, Goran. The Emerging Practice of the International Criminal Court, 2009, p. 314-315.

Posteriormente, um segundo problema pode emergir: a falta de um "princípio geral" comum aos diferentes direitos internos analisados. Diante deste cenário, ou seja, em que todos as fontes de direitos aplicáveis falham – sejam ela, a legislação do Tribunal, os tratados, princípios e normas do direito internacional e os princípios gerais extraídos dos direitos internos – o Tribunal teria que resolver a questão ponderando os princípios norteadores do Direito Penal Internacional.

Um exemplo concreto em que juízes se depararam com o cenário descrito acima, ocorreu no julgamento pelo TPIEI do caso *Prosecutor v. Erdemovic*, em 1997. Em suma, nesse caso, não havia discussão fática, o acusado havia cometido crimes contra a humanidade sob coação. No entanto, não havia no estatuto do TPIEI dispositivo que tratasse dos efeitos legais que surtiriam a partir do reconhecimento da alegação do cometimento de conduta típica por coação. Logo, o Tribunal deveria decidir se a coação seria considerada uma causa de exclusão de culpabilidade ou apenas uma causa de diminuição da pena no momento da determinação da sentença.

Visto que o estatuto do TPIEI não respondia à questão, o tribunal recorreu às decisões dos tribunais internacionais de guerra anteriores. Contudo, os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio não foram capazes de socorrer o TPIEI. Por isso, o TPIEI recorreu ao direito interno de diferentes sistemas jurídicos do mundo. No entanto, melhor sorte não teve.

Da análise limitada de diferentes sistemas jurídicos, depreendeu-se que a maioria dos sistemas jurídicos de *civil law* incluíam a coação como uma causa de exclusão de culpabilidade, ao passo em que, a maioria dos sistemas jurídicos do *common law*, enxergavam a coação no homicídio apenas como causa de diminuição da pena. Ulteriormente, por uma maioria de 3 a 2, o Tribunal condenou Erdemovic. O processo de tomada de decisão dos juízes Gabrielle Kirk McDonald e Lal Chand Vohrah que compuseram a maioria é exposto abaixo:

"In light of the above discussion, it is our considered view that no rule maybe found in customary international law regarding the availability of the non-availability of duress as a defence to a charge of killing innocent human beings. (...) we have undertaken a limited survey of the treatment of duress in the world's legal systems. This survey is necessarily modest in its undertaking and is not a thorough comparative analysis. Its purpose is to derive, to the extent possible, a "general principle of law" as a source of international law. (...) It is clear from the differing positions of the principle legal systems of the world that there is no consistent concrete rule which answers the question whether or not duress is a defence to the killing of innocent persons. It is not possible to reconcile the opposing positions

and, indeed, we do not believe that the issue should be reduced to a contest between common law and civil law. (...) we take the view that duress cannot afford a complete defence to a soldier charged with crimes against humanity or war crimes in international law involving the taking of innocent lives. We do so having regard to our mandated obligation under the Statute to ensure that international humanitarian law, which is concerned with the protection of humankind, is not in any way undermined.⁷⁶" (grifo nosso).

Frisa-se aqui que o TPIEI se difere em muitos aspectos do TPI, no entanto, o exercício interpretativo realizado nesse caso, é muito similar com o disposto no artigo 21, parágrafo 1º, alínea c do Estatuto de Roma.

Além de ser um exímio exemplo dos óbices que o TPI encontrará ao aplicar o artigo 21 em suas decisões, o caso demonstra o que Darryl Robinson expõe. Isto é, diante de casos difíceis em que os tribunais esbarram em uma lacuna normativa e em obstáculos interpretativos, o elemento ideológico e a forte presença do Direito Humanitário ecoam mais alto do que os princípios do Direito Penal Internacional.

Isso porque, diante da ausência de resposta, da ausência de um princípio geral capaz de responder a indagação posta ao TPIEI, diante de uma dúvida, o que o TPIEI ou qualquer outro tribunal deveria fazer seria seguir o princípio da presunção de inocência, o princípio *in dubio pro reo* e aplicar a lei mais favorável ao acusado, nesse caso, o entendimento assentado pelo sistema do *civil law* de que a coação é uma causa de exclusão da culpabilidade. Mas, porque se trata dos mais graves crimes internacionais, todas as controvérsias, ambiguidades e dúvidas já foram previamente decididas ao contrário dos interesses do réu, logo, aplicou-se o entendimento do *common law*, ao que Darryl Robinson chama "*princípio in dubio contra reo*".

A controvérsia sobre os efeitos legais da coação já foi resolvida no artigo 31, alínea d do Estatuto de Roma. Não obstante, certamente novas lacunas, controvérsias, ambiguidades e contradições surgirão. Dessa forma, a decisão serve para demonstrar que a ausência de um método interpretativo coerente e forte e a estrita observância dos princípios gerais do Direito Penal Internacional abre espaço para as ideologias e discricionariedade dos juízes ao julgar os mais graves crimes internacionais.

⁷⁶ Prosecutor v. Drazen Erdemovic, IT-96-22-A, TPIEI, Joint and Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vorah (7 de outubro de 1997), parágrafos 55, 58, 72 e 88.

O próprio artigo 31, em seu parágrafo 3º prevê a possibilidade do surgimento de outros fundamentos de exclusão da responsabilidade que não estejam listados no dispositivo. Para a juíza Margaret deGuzman, essa previsão legal é uma resposta do Comitê Preparatório à decisão do caso Erdemovic e serve para endereçar as inevitáveis lacunas de um sistema tão recente como o Direito Penal Internacional.⁷⁷

4.4. Artigo 21, parágrafo 2º

O parágrafo 2º do artigo 21 apenas estabelece que o Tribunal pode aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores. Ou seja, o dispositivo não torna as decisões do TPI vinculantes, deixando ao critério da Corte a sua aplicação ou não.

Não há críticas a serem feitas a este parágrafo que contribui para a formação de uma jurisprudência coesa e que garanta segurança jurídica, em observância ao princípio da legalidade.

4.5. Artigo 21, parágrafo 3º

O parágrafo 3º dispõe que todas as fontes de direito aplicáveis deverão ser interpretadas e aplicadas em conformidade com os Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos. Aqui, abre-se um parêntesis para sublinhar a explícita influência dos Direitos Humanos sob o Direito Penal Internacional.

A primeira indagação que surge é quais seriam os direitos humanos internacionalmente reconhecidos? Devem ser direitos universalmente reconhecidos ou basta que sejam regionalmente reconhecidos? Para o TPI, aparentemente, a segunda opção é a resposta, eis que o Tribunal fundamenta suas decisões na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que dificilmente poderiam ser reconhecidas como aceitas internacionalmente.

⁷⁷ "Paragraph 1 (c) similarly serves to address the unavoidable occurrence of interstices in international criminal law. As a developing body of law, international criminal law does not currently contain answers to every legal question likely to arise in a criminal trial." TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3 Ed. 2016, p. 943.

O segundo e mais complexo problema é a utilização dos termos "aplicação" e "interpretação" no texto do artigo 21, parágrafo 3º. O Juízo de Instrução do TPI realizou a leitura do dispositivo de maneira restritiva ao entender que a expressão "a aplicação e interpretação" significaria apenas que as fontes de direito aplicáveis deveriam ser interpretadas de acordo com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Na contramão do estipulado pelo Juízo de Instrução, o Tribunal de Apelação entendeu que as fontes de direito aplicáveis não devem apenas ser interpretadas de acordo com os direitos humanos, mas sim, aplicadas em conformidade com os ditos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Para Gilbert Bitti, assessor jurídico sênior do Juízo de Instrução do TPI, a importância dada do termo "aplicação" significa que o TPI espera produzir resultados que também estejam em conformidade com os direitos humanos, estejam eles previstos ou não, pelas fontes de direito aplicáveis listadas no artigo 21 do Estatuto de Roma. O assessor jurídico, Gilbert Bitti, e a juíza Margaret deGuzman concordam que o produto final do parágrafo 3º é reconhecer os Direitos Humanos como uma verdadeira fonte de direito aplicável ao TPI. Nas lições da juíza Margaret deGuzman:

"This provision has the potential to broaden the Court's power significantly. As written, the provision applies to all sources of law in article 21. Thus, the Court could, for example, refuse to apply one of the Elements of Crimes or a Rule of Procedure and Evidence, if it found the provision to be inconsistent with the standards in paragraph 3...this decision and other indicate that the judges are willing to use this provision to reach outcomes they believe conform to human rights norms, even if this requires interpreting the Court's sources of law expansively or even disregarding them entirely.⁷⁸"

Portanto, o parágrafo 3º, aplica-se a todo o Estatuto de Roma, sendo um dos dispositivos mais relevantes do Estatuto, vez que concede aos juízes amplos poderes discricionários para decidirem quando uma norma está ou não de acordo com os Direitos Humanos. Assim, o TPI pode invalidar dispositivos por completo se assim entender que não estão em conformidade com normas de Direitos Humanos. Nesse sentido, Benjamin Perrin tece duras críticas ao disposto:

"While no one would disagree that international human rights norms must inform international trials, Article 21 has taken the unprecedent step of raising all such norms to the level of quasi-constitutional status in a manner that can allow the judges of the ICC to effectively rewrite international criminal law with the stroke of a pen. (...)Article 21 of the Rome Statute has not resolved fundamental tensions and

⁷⁸ TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. "Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary". 3^a edição. 2016, p. 948.

*challenges inherent in the international criminal law tradition. Rather, it has potentially exacerbated these ideological conflicts. Despite seeking to serve a gap-filling function, Article 21 may fail to do so satisfactorily.*⁷⁹ (**grifo nosso**)

Em conclusão, o parágrafo 3º do artigo 21 do Estatuto de Roma representa uma das cláusulas mais impactantes e, ao mesmo tempo, mais controversas da arquitetura normativa do Tribunal Penal Internacional. Ao prever que todas as fontes de direito aplicável devem ser interpretadas e aplicadas em conformidade com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, o dispositivo confere ao TPI uma margem interpretativa extraordinária — capaz, inclusive, de subverter ou afastar normas expressas do próprio Estatuto e de seus instrumentos complementares, como os Elementos dos Crimes ou as Regras de Procedimento e Prova.

Essa abertura normativa, embora fundada na intenção legítima de assegurar a centralidade dos direitos humanos no sistema penal internacional, revela-se um campo fértil para debates sobre a legitimidade democrática das decisões judiciais e os limites da função interpretativa do juiz. A elevação dos direitos humanos ao status de parâmetro interpretativo supremo, nos termos em que vem sendo operacionalizada pelo TPI, aproxima-se de uma função quase constituinte, permitindo aos julgadores invalidar normas positivadas com base em juízos de valor nem sempre compartilhados universalmente.

Nesse contexto, o parágrafo 3º não apenas reconhece os direitos humanos como fonte material do direito penal internacional, mas também os posiciona como verdadeiro filtro axiológico de validade normativa. Trata-se, portanto, de um mecanismo que amplia o potencial garantista do Estatuto, mas que também exige vigilância doutrinária e jurisprudencial, para que o exercício do poder jurisdicional não se converta em um instrumento de criação judicial do direito, dissociado do princípio da legalidade e da segurança jurídica.

4.6. A Convenção de Viena

Como visto no subcapítulo anterior, frente aos problemas interpretativos das fontes primárias, quais sejam, o Estatuto de Roma, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual, o TPI deverá buscar auxílio das regras gerais de interpretação da Convenção de Viena, dispostas nos artigos 31, 32 e 33.

⁷⁹ PERRIN, Benjamin. Searching for Law While Seeking Justice: The Difficulties of Enforcing International Humanitarian Law in International Criminal Trials, 2004, p. 398-403.

A Convenção de Viena é um tratado sobre o direito dos tratados. Dedica-se à interpretação dos tratados de Direito Internacional em amplo sentido e, por conseguinte, não contém regras específicas voltadas a lógica dos tratados de Direito Penal Internacional. Sobre o tópico, opina Benjamin Perrin:

"The serious implication of wholesale importation of general public international law interpretive doctrines into the international criminal law tradition has also been largely unexplored. While a comparative analysis of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention and national criminal law doctrines of interpretation is beyond the scope of the present analysis, it suffices to recognize that important variances exist, flowing from the basic fact that international rules of interpretation are of general application to disputes between states and do not typically involve the liberty interest of individuals.⁸⁰"

Assim, a Convenção de Viena elaborada para dirimir problemas interpretativos de tratados que, na esmagadora maioria, dispõem apenas sobre interesses estatais, não contempla os direitos dos indivíduos, objeto do Direito Penal Internacional. Dessa forma, a máxima do princípio da inocência, por exemplo, em que quando em dúvida, aplica-se a lei mais favorável ao réu, não faz parte das regras dispostas nesta Convenção.

Consequentemente, ainda que os artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados estabeleçam o método interpretativo principal no âmbito internacional, é importante reconhecer que tal método, por vezes, revela-se insuficiente para a resolução de determinadas controvérsias jurídicas.

O artigo 31, por exemplo, determina que os tratados devem ser interpretados de boa-fé, segundo o sentido comum a ser atribuído aos seus termos, considerados em seu contexto e à luz de seu objeto e finalidade. No entanto, já nesse ponto, surge uma tensão interpretativa.

Isso porque, em teoria, poderia se argumentar que o Estatuto de Roma têm por objetivo e finalidade garantir a punibilidade dos mais graves crimes internacionais, como disposto em seu preâmbulo: "Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da

⁸⁰ PERRIN, Benjamin. Searching for Law While Seeking Justice: The Difficulties of Enforcing International Humanitarian Law in International Criminal Trials, 2004, p. 376.

cooperação internacional, Decididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes".

Não obstante, o próprio Estatuto impõe limites rigorosos ao poder punitivo do TPI, com o fito de garantir direitos fundamentais ao acusado, observando o princípio da legalidade, da presunção de inocência, da responsabilidade criminal individual, da culpabilidade, entre outros. Assim, a conciliação entre esses objetivos e princípios nem sempre é evidente.

"In resolving these dilemmas, it is argued that international judges have been required to choose between two sides of a competing tension that flows from the core aspects of human rights law and international humanitarian law: ensuring fairness to the accused versus expanding humanitarian protection for victims.⁸¹"

Um exemplo paradigmático dessa tensão é a decisão proferida pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia no caso Hadžihasanović. Na ocasião, a defesa argumentou que o objeto e a finalidade do tribunal — isto é, punir os responsáveis e reparar as vítimas — não poderiam ser utilizados como fundamento exclusivo para afirmar que a doutrina da *command responsibility* (responsabilidade do comandante) já era reconhecida como norma aplicável a conflitos armados em 1993. Isto é, o Conselho de Segurança da ONU não poderia criminalizar uma conduta que não era ilegal na época de seu cometimento, com o fim de estender a proteção do Direito Humanitário, pois isso violaria o princípio da legalidade. Em outras palavras, o método interpretativo baseado na finalidade do Estatuto (art. 31, §1º, da Convenção de Viena) foi colocado em xeque.

Em decisão dissidente, o juiz Shabudden, afirmou que princípios como o da presunção de inocência e a exigência de interpretação estrita das normas penais não regulam a escolha do método interpretativo em si, mas apenas os resultados produzidos por ele. Ou seja, o princípio da presunção de inocência foi completamente desconsiderado no momento de interpretação e aplicação da lei, seguindo-se apenas as regras estipuladas pela Convenção de Viena. Para Benjamin Perrin há um verdadeiro esvaziamento do princípio *in dubio pro reo*:

"Due to the relative exhaustiveness of international interpretive doctrines, the maxim which is a fundamental interpretive principle in many national systems was essentially eviscerated, demonstrating the repercussions of relying on public

⁸¹ PERRIN, Benjamin. Searching for Law While Seeking Justice: The Difficulties of Enforcing International Humanitarian Law in International Criminal Trials, 2004, p. 370.

international law interpretive canons to resolve international criminal issues (...)"⁸²
(grifo nosso)

Esse caso evidencia, portanto, uma primeira tensão fundamental: a influência do Direito Internacional Humanitário, ao moldar os objetivos e finalidades dos Estatutos, pode conflitar com garantias penais tradicionais. A consequência dessa tensão é, muitas vezes, o enfraquecimento e esvaziamento dos princípios gerais do direito penal internacional, em nome da eficácia do sistema internacional de justiça, o que levanta sérias questões quanto à adequação da aplicação de métodos interpretativos gerais – como os da Convenção de Viena – a um campo tão específico e sensível como o Direito Penal Internacional.

O artigo 32 da Convenção, por sua vez, autoriza o uso de meios suplementares de interpretação, como os trabalhos preparatórios e as circunstâncias da celebração do tratado. Esses instrumentos, embora possam oferecer esclarecimentos adicionais, nem sempre são conclusivos. Como reiterado, os relatórios dos trabalhos preparatórios, são marcados por inúmeras visões distintas e por concessões que resultaram em soluções intermediárias "esquisitas" que pouco satisfazem os Estados-partes. Sobre o tema dispõe Alain Pellet: "...o Estatuto é marcado pela precipitação e por compromissos nefastos para sua credibilidade, que macularam sua redação. Certas das fórmulas finalmente adotadas são tecnicamente criticáveis, e mesmo incoerentes. Outras são inúteis.⁸³"

Ademais, como visto no subcapítulo acima, por exemplo, a diferença nos termos utilizados no artigo 21, parágrafo 1º, alínea b e o artigo 21, parágrafo 1º, alínea c não é clara. Na alínea b utiliza-se a expressão "os princípios e normas de direito internacional", enquanto a alínea c utiliza-se a expressão "os princípios gerais do direito". Assim Alain Pallet, argumenta que:

"Os trabalhos preparatórios, até onde são acessíveis, não indicam com clareza a resposta a essas questões: também não é de muito auxílio o fato de o artigo 21 em geral não ter recebido muita atenção dos negociadores. (...) A supressão do adjetivo 'geral' na primeira frase e a inserção de 'internacional' na segunda ocorreram durante

⁸² PERRIN, Benjamin. Searching for Law While Seeking Justice: The Difficulties of Enforcing International Humanitarian Law in International Criminal Trials, 2004, p. 377. Prosecutor v. Enver Hadzihosanovic et. al., IT-01-47.PT, Interlocutory Appeal on Decision on Joint Challenge to Jurisdiction (Defence Motion) (27 November 2002) at paras. 94-96 (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeals Chamber).

⁸³ STEINER, Sylvia Helena. BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. "O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma", 2. Ed., 2021, p. 494.

a Conferência de Roma sem que os objetivos de tais modificações fossem evidentes.”⁸⁴

Assim, conforme opina Kai Ambos, a Convenção de Viena é incompleta e insuficiente para sanar as questões interpretativas que surgirão no Direito Penal Internacional. Tornando-se necessário, pois, buscar outras fontes e métodos interpretativos capazes de auxiliarem nesta árdua tarefa de interpretação das leis.

"Por um lado, a CV não codifica de forma acabada as regras de interpretação do direito internacional. Para a interpretação de tratados de direito penal internacional, complementarmente, podem ser consideradas, desde que o permita a vontade das partes: os princípios 'effet utile' – limitando por meio do texto e sentido do tratado; a interpretação segundo o direito internacional das cláusulas duvidosas; e a interpretação dinâmica do tratado (...) **as regras de interpretação de direito internacional como, também, as codificadas pela CV, geralmente reconhecidas, com frequência, são pouco esclarecedores na interpretação de um tratado.** O "significado correto" (art. 31(1), CV) dos conceitos jurídico-penais (...) não é apto nem sequer como pauta de interpretação ("guidelines"), sobretudo quando se trata de diferentes sistemas de direito penal. Neste caso não se pode deixar de consultar opiniões na literatura e (se estão disponíveis) os materiais."⁸⁵ (grifo nosso)

Em suma, embora a Convenção de Viena forneça parâmetros interpretativos fundamentais para a aplicação do Direito Internacional, sua estrutura generalista — voltada primordialmente à regulação das relações entre Estados — mostra-se insuficiente para lidar com os desafios específicos do Direito Penal Internacional. A ausência de uma preocupação explícita com os direitos individuais e com os princípios garantistas, como a legalidade estrita e o *in dubio pro reo*, pode resultar em uma interpretação desequilibrada, como se observa em casos paradigmáticos, nos quais o TPI adota uma hermenêutica funcional voltada à eficácia punitiva, em detrimento das garantias processuais do acusado.

A crítica de autores como Benjamin Perrin, Kai Ambos e Alain Pellet aponta para a necessidade de desenvolver métodos interpretativos próprios, que considerem a natureza híbrida do sistema penal internacional, combinando a proteção de vítimas e a luta contra a impunidade com o respeito incondicional aos direitos fundamentais do acusado. Sem esse equilíbrio, corre-se o risco de enfraquecer os pilares que legitimam o próprio sistema de justiça penal internacional.

⁸⁴ STEINER, Sylvia Helena. BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. "O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma", 2. Ed., 2021, p. 474.

⁸⁵ AMBOS, Kai. A Parte Geral do Direito Penal Internacional: Bases para uma elaboração dogmática. Tradução: Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman, 2008, p. 113.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, buscou-se demonstrar que o Direito Penal Internacional, embora fundado em nobres propósitos e conquistas históricas significativas, enfrenta uma crise de identidade marcada por contradições e lacunas normativas, métodos interpretativos insuficientes e inadequados e a fragilização dos princípios que deveriam garantir sua legitimidade. A análise demonstrou que, embora o Tribunal Penal Internacional tenha sido concebido como um marco institucional no combate à impunidade dos mais graves crimes internacionais, sua atuação muitas vezes desafia – e por vezes compromete – os fundamentos do próprio sistema penal internacional.

Partindo da contextualização histórica do *jus ad bellum* e *jus in bello* até a criação dos tribunais ad hoc e, posteriormente, do TPI, evidenciou-se que o impulso político por justiça internacional deu origem a um sistema híbrido, resultante de concessões ideológicas, influências distintas e sistemas jurídicos plurais. Nesse cenário, a codificação do Estatuto de Roma representou um avanço inegável, mas não eliminou as tensões entre os anseios por punição e os princípios gerais do Direito Penal Internacional.

O estudo dos princípios da legalidade, da irretroatividade, da culpabilidade e da presunção de inocência revelou que, embora formalmente consagrados no Estatuto, esses princípios são frequentemente relativizados no plano interpretativo, sobretudo diante da pressão moral e política que envolve os julgamentos internacionais. A doutrina do *command responsibility*, analisada em profundidade, é paradigmática nesse sentido: ela traduz a tentativa de responsabilização em contextos de comando e estrutura hierárquica, mas o faz muitas vezes à custa da segurança jurídica, com padrões subjetivos diluídos e fundamentos dogmáticos ainda em disputa.

Ademais, os métodos interpretativos adotados pelo TPI – especialmente à luz do artigo 21 do Estatuto de Roma e sua relação com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – mostram-se ambíguos, insuficientes e inadequados para garantir um padrão hermenêutico objetivo e coerente. A ausência de hierarquia clara entre fontes auxiliares, a as contradições das fontes de direito aplicáveis, e a possibilidade de recorrer a princípios do direito interno ou aos direitos humanos para suprir lacunas revelam um campo fértil à discricionariedade judicial e ao voluntarismo hermenêutico.

A pesquisa evidenciou, portanto, que há uma dissonância estrutural entre os fundamentos normativos do Direito Penal Internacional e sua aplicação prática nos tribunais internacionais. Essa dissonância ameaça não apenas os direitos dos acusados – frequentemente julgados sob forte carga simbólica e ideológica – mas também compromete a legitimidade e eficácia do próprio sistema internacional de justiça penal, transformando-o, em determinadas situações, mais em instrumento político que jurídico.

Isso não significa defender a impunidade. Pelo contrário: o combate aos crimes de guerra, ao genocídio e aos crimes contra a humanidade deve ser prioritário para a comunidade internacional. Contudo, essa luta não pode se dar à revelia dos princípios que distinguem um julgamento justo de uma punição arbitrária. A justiça internacional não pode se valer dos métodos do arbítrio sob o pretexto de evitar o arbítrio alheio.

Como corolário, conclui-se que o fortalecimento do Direito Penal Internacional depende diretamente da observância rigorosa e não retórica dos princípios fundamentais que o estruturam. É preciso, mais do que nunca, desenvolver uma dogmática penal internacional que vá além da retórica moralizante e enfrente com coragem crítica os limites jurídicos da imputação penal em contextos complexos, reconhecendo que o verdadeiro compromisso com a justiça internacional exige respeito à legalidade, à culpabilidade individual e à presunção de inocência.

Nas palavras de Kai Ambos, “quem considera seriamente esta função humanitária deveria colaborar com o desenvolvimento de um sistema de imputação penal internacional” - e isso inclui, necessariamente, um esforço coletivo pela consolidação de uma doutrina coerente, crítica e comprometida com os pilares do estado de direito, mesmo quando se trata dos crimes mais graves contra a humanidade.

Portanto, retornando ao ponto de partida: os mais graves crimes internacionais não são eventos isolados ou anômalos, mas sim fenômenos recorrentes da realidade contemporânea, perpetrados por indivíduos e por estruturas de poder. Em 2011, o escritor moçambicano Mia Couto proferiu um discurso na Conferência de Estoril que permanece profundamente atual e lança luz sobre a urgência de repensarmos os fundamentos éticos e jurídicos da justiça internacional:

“Por que motivo se realizam mais seminários sobre segurança do que sobre justiça? Se queremos resolver e não apenas discutir a segurança mundial, teremos que enfrentar ameaças bem reais e urgentes (...) Sem darmos conta, fomos convertidos em soldados de um exército sem nome e, como militares sem farda, deixamos de questionar. Deixamos de fazer perguntas e discutir razões. As questões de ética são esquecidas, porque está provada a barbaridade dos outros e, porque estamos em guerra, não temos que fazer prova de coerência, nem de ética nem de legalidade.”⁸⁶

A advertência de Mia Couto ecoa com força no campo do Direito Penal Internacional: a resposta aos horrores da guerra e da barbárie não pode prescindir da ética, da legalidade e da coerência. A construção de uma justiça penal internacional legítima exige, mais do que punição, um compromisso intransigente com os princípios que a tornam justa.

Por fim, cabe destacar que o princípio da legalidade não atua como um obstáculo à responsabilização penal no âmbito internacional, mas sim como sua condição de legitimidade. Sua função é garantir que a punição dos mais graves crimes internacionais decorra de um processo normativo e interpretativo claro, preciso e previsível, de modo a restringir os espaços de dúvida e, assim, assegurar que o julgamento ocorra com base em parâmetros objetivos e não arbitrários. Quando a definição dos tipos penais, sua justificação dogmática, a interpretação conferida e a aplicação do direito respeitam o devido processo legal, não há espaço para incertezas que demandem a aplicação do *in dubio pro reo* ou da norma mais favorável ao acusado – mesmo que a alternativa fosse a impunidade. Nessas hipóteses, a certeza da culpabilidade e a necessidade da punição emergem como produto legítimo de um sistema jurídico que respeita seus próprios limites.

Ademais, os princípios – em especial o da legalidade – exercem papel crucial na contenção da seletividade política, assegurando que a justiça penal internacional se aplique a todo e qualquer indivíduo que cometa os crimes definidos no Estatuto de Roma, independentemente de sua posição geopolítica ou poder. Esse é, desde sua concepção, o escopo maior do Direito Penal Internacional: garantir que a punição não recaia apenas sobre os vencidos ou os inimigos políticos, mas sim sobre todos os responsáveis, com base em critérios jurídicos e universais.

⁸⁶ COUTO, Mia. “Murar o Medo”, 2011.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MCGOLDRICK, Dominic. ROWE, Peter. DONNELLY, Eric. **The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues.** 2004.

BROOKS, Rosa Ehrenreich. **Law in the Heart of Darkness: Atrocity & Duress.** Virginia Journal of International Law, Vol. 43:861.

RASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**, aprovado em Roma, em 17 de julho de 1998. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 set. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 23 jun. 2025.

International Review of the Red Cross. **Interview with Philippe Kirsch, President of the International Criminal Court.** Volume 88, Number 861, March 2006.

ROBINSON, DARRYL. **The Identity Crisis of International Criminal Law.** Leiden Journal of International Law, 21, 2008.

DAVIES, Shawn. PETTERSSON, Therése. ÖBERG, Magnus. **Organized violence 1989-2022, and the return of conflict between states.** Journal of Peace Research. Volume 60, 4, Julho 2023. In <https://journals.sagepub.com/doi/epub/10.1177/00223433231185169>

AMBOS, KAI. **A Parte Geral do Direito Penal Internacional:** Bases para uma elaboração dogmática. Edição brasileira reformulada e atualizada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008.

GROVER, LEENA. **A Call to Arms:** Fundamental Dilemmas Confronting the Interpretation of Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court. The European Journal of International Law Vol. 21, no. 3, 2010.

DORMANN, Knut. **Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court:** Sources and Commentary. Prefácio, Philippe Kirsch, 2003, xiii.

STEINER, Helena Sylvia. BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **O Tribunal Penal Internacional:** comentários ao estatuto de roma. 2 Ed, 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5 Ed, 2008.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso.** 6 Ed, 2007 *apud* TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito.** 3 Ed, 2020.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito,** 3 Ed. 2020.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** Forense, Ed. 1983.

TRIFFTERER, OTTO. AMBOS, KAI. **Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary.** Third Edition. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre os trabalhos de sua quadragésima sexta sessão, 2 de maio a 22 de julho de 1994 (A/49/10). Nova York: ONU, 1994.

NAÇÕES UNIDAS. Relatório do Comitê Ad Hoc sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, 1995 (A/50/22). Nova York: ONU, 1995.

NAÇÕES UNIDAS. Relatório do Comitê Preparatório sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, 1996 (A/51/22). Nova York: ONU, 1996.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Rules of Procedure and Evidence, 2 Ed, 2013. In <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RulesProcedureEvidenceEng.pdf>

CRYER, Robert. 12 NCLRev 390, 396-7, 2009 *apud* TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. **Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary.** 3 Ed. 2016.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, No. ICC-01/04-01/07-717. Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, 30 sept. 2008. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01-04-01-07-717>.

ROXIN, Claus. “**Täterschaft und Tatherrschaft**”, 2017 *apud* GRECO, Luís. LEITE, Alaor. “**Autoria Como Domínio do Fato**”, 2014.

ROXIN, Claus. “**Täterschaft und Tatherrschaft**”, 2017, *apud* AMBOS, Kai. “**A Parte Geral do Direito Penal Internacional: Bases para uma elaboração dogmática.**” Tradução: Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman, 2008.

ROXIN, Claus. “**Täterschaft und Tatherrschaft**” *apud* MARTINS, Antonio. “**A responsabilidade penal de governadores por crimes praticados pela polícia**”, 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Barberá, Messegué and Jabardo *v. Spain*. Série A, nº 146, 6 dez. 1998.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. Prosecutor *v. Tadić*. Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 jul. 1999. Disponível em: <https://www.icty.org/en/case/tadic>.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. Prosecutor *v. Tadić*. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, IT-94-1, 2 out. 1995. Disponível em: <https://www.icty.org/en/case/tadic>.

BRASIL. Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993. Promulga os Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativos à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais (Protocolo I) e dos conflitos armados sem caráter internacional (Protocolo II), adotados em Genebra, em 8 de junho de 1977. *Diário Oficial da União: seção I*, Brasília, DF, 28 jun. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1993/D0849.htm. Acesso em: 30 jun. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII).* Anexo à Resolução nº 827, de 25 de maio de 1993, do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.un.org/icty/legaldoc-e/index.htm>. Acesso em: 30 jun. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).* Anexo à Resolução nº 955, de 8 de novembro de 1994, do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Disponível em: <https://unictr.irmct.org/en/documents/statute-tribunal>. Acesso em: 30 jun. 2025.

WALD, Patricia. Interview for The Third Branch (2002) *apud* GROVER, Leena. **Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court.** 2014, p. 2.

INTERNATIONAL LAW COMISSION. Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, 1996.

PERRIN, Benjamin. “**Searching for Law While Seeking Justice:** The Difficulties of Enforcing International Humanitarian Law in International Criminal Trials, 2008.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09. Caso referente à situação em Darfur, Sudão.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07. Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, 30 setembro 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the Working Group on Applicable Law.* A/CONF.183/C.1/WGAL/L.2, 11 julho 1998. Documento apresentado à Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional.

SALAND, in Lee (ed.). **The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results,** 1999.

STAHN, Carsten. SLUITER, Goran. **The Emerging Practice of the International Criminal Court**, 2009, p. 314-315.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. *Prosecutor v. Drazen Erdemović*, caso nº IT-96-22-A. Joint and Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, 7 out. 1997. Disponível em: <https://www.icty.org/en/case/erdemovic>.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969. *Diário Oficial da União: seção I, Brasília, DF, 15 dez. 2009.* Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 30 jun. 2025.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. *Prosecutor v. Enver Hadžihasanović et al.*, caso nº IT-01-47-PT. Interlocutory Appeal on Decision on Joint Challenge to Jurisdiction (Defence Motion), Appeals Chamber, 27 nov. 2002, parágrafos 94–96.

COUTO, Mia. **Murar o Medo**, 2011. Disponível em <https://www.miacouto.org/murar-o-medo/>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre os trabalhos de sua quadragésima sexta sessão, 2 de maio a 22 de julho de 1994*. Registros Oficiais da Assembleia Geral, quadragésima nona sessão, Suplemento n. 10. Nova York: Nações Unidas, 1994. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_49_10.pdf. Acesso em: 1 jul. 2025.