

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito
Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais

Caroline Schmidt

A imprescritibilidade dos crimes internacionais viola o princípio da legalidade?

Uma análise crítica da jurisprudência brasileira sobre crimes contra a humanidade

Porto Alegre

2021

Caroline Schmidt

A imprescritibilidade dos crimes internacionais viola o princípio da legalidade?

Uma análise crítica da jurisprudência brasileira sobre crimes contra a humanidade

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de bacharela em Escolha a
área da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Pablo Rodrigo Afllen da Silva

Porto Alegre

2021

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

Schmidt, Caroline

A imprescritibilidade dos crimes internacionais viola o princípio da legalidade? Uma análise crítica da jurisprudência brasileira sobre crimes contra a humanidade / Caroline Schmidt. -- 2021.

76 f.

Orientador: Pablo Rodrigo Alflen da Silva.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Porto Alegre, BR-RS, 2021.

1. Crimes contra a humanidade. 2. Imprescritibilidade. 3. Princípio da legalidade. I. Alflen da Silva, Pablo Rodrigo, orient. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de bacharela em Escolha a
área da/do Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
Orientador: Pablo Rodrigo Afllen da Silva

Aprovada em: Porto Alegre, 25 de novembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Pablo Rodrigo Afllen da Silva
UFRGS

Professor Doutor Danilo Knijnik
UFRGS

Professor Doutor Odone Sanguiné
UFRGS

Aos meus afilhados e afilhadas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos membros e assistidos do Grupo de Estudos e Intervenção em matéria Penal do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária (GEIP-SAJU) da UFRGS e aos voluntários da ONG Misturaí, que trouxeram o sentido que faltava à minha graduação, me fazendo compreender, na prática, que o Direito deve ser mero instrumento: sua finalidade são as pessoas.

Ao meu orientador, pela disponibilidade na revisão desta pesquisa.

Ao meu chefe, pela compreensão e colaboração na construção deste trabalho.

Aos meus pais, por apoiarem todos os meus sonhos, cultivarem a tolerância e me ensinarem que a educação não tem preço, apenas valor.

Aos meus afilhados e afilhadas, minha maior fonte de energia vital e esperança.

Às minhas irmãs, pelo cuidado e por me tornarem quem sou.

Aos meus avós, pelo carinho e amor incondicional.

Aos meus amigos e amigas, pela escuta, pelas trocas e pelas hospedagens para a escrita da monografia.

*Injustice anywhere is a threat to justice
everywhere. We are caught in an inescapable network
of mutuality, tied in a single garment of destiny.
Whatever affects one directly affects all indirectly*
(Letter from the Birmingham Jail – Martin Luther
King Jr.)

*Y los caminos de ida en caminos de regreso se
transforman, porque eso – una puerta giratoria – no
más que eso es la historia*
(Bolivia – Jorge Drexler)

RESUMO

O presente trabalho visa a analisar criticamente a jurisprudência das Cortes Superiores do Brasil acerca da imprescritibilidade de crimes contra a humanidade. Nesse norte, pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: o reconhecimento da imprescritibilidade de crimes definidos em tratados internacionais, ainda que sem a edição de Lei em sentido formal, configura violação ao princípio da legalidade? A hipótese a ser aferida – a partir do método indutivo e utilizando-se das técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial – é de que não há necessidade de edição de lei no sentido formal para o reconhecimento da imprescritibilidade de crimes contra a humanidade pelo Estado Brasileiro, tendo em vista o compromisso assumido perante a comunidade internacional quando da ratificação do Estatuto de Roma – que é regido pelo princípio da jurisdição universal –, e o caráter imperativo das normas costumeiras que vedam a incidência de prescrição nos casos de crimes contra a humanidade. Preliminarmente, na etapa de revisão bibliográfica, constatou-se que o princípio da legalidade assume diferentes contornos na ordem jurídica internacional, na medida em que a exigência de norma anterior não se limita às fontes de direito escritas. Além disso, revelou-se incontroversa a imperatividade da proibição de crimes contra a humanidade. Ainda que o mesmo não se possa dizer sobre a imprescritibilidade enquanto norma peremptória de direito consuetudinário – pois se encontram divergências em relação ao seu caráter de *jus cogens* – verificou-se que o Estado Brasileiro jamais apresentou-se como objetor persistente desse costume de forma a desvincular-se de sua observância. Na pesquisa de jurisprudência, foram analisadas as decisões proferidas pelo STJ e STF, respectivamente nos acórdãos REsp 1798903/RJ e RE 1362/DF. Concluiu-se que, em ambos os julgamentos, o Estado Brasileiro deixou de observar suas obrigações perante a comunidade internacional, que se agravaram no caso da extradição negada ao Estado Argentino, pois representou uma violação à sua soberania. Por fim, observa-se que, na medida em que o princípio da legalidade objetiva proteger cidadãos hipossuficientes do poder abusivo do Estado, seus preceitos têm seus requisitos e finalidades transformadas quando referentes à criminalidade que é praticada justamente no contexto de abuso desse poder.

Palavras-chave: Crimes contra a humanidade. Imprescritibilidade. Princípio da legalidade.

ABSTRACT

This paper aims at critically analyzing the jurisprudence of Brazilian Superior Courts about the imprescriptibility of crimes against humanity. Therefore, it is intended to answer the following research question: does the recognition of the imprescriptibility of crimes defined by international treaties, despite the absence of law in its formal acception, constitutes a violation of the principle of legality? The hypothesis – which will be assessed through an inductive method of analysis, as well as the use of bibliographical, documental and jurisprudential research techniques – suggests that there is no need for law in its formal sense in order to the imprescriptibility of crimes against humanity to be recognized by the Brazilian State, bearing in mind its commitment made to the international community by the ratification of the Rome Statute, which is conducted by the principles of universal jurisdiction, added to the imperative status of customary norms that prohibit limitations regarding crimes against humanity. Preliminarily, bibliographic search showed that the principle of legality is shaped differently within the international legal order, because the demand for previous norm is not limited to its written sources. Furthermore, it is uncontroversial the imperativeness of the prohibition of crimes against humanity. Although one can't affirm the same about the imprescriptibility as a peremptory norm of consuetudinary law – since there are divergences among scholars regarding its *jus cogens* status – it is argued that the Brazilian State has never presented itself as a persistent objector to the point of departing from the bindingness of such costum. During the jurisprudential research, the decisions REsp 1798903/RJ e RE 1362/DF, uttered by the two superior national Courts, respectively STJ and STF, were analysed. It was concluded that, in both decisions, the Brazilian State deviated from complying with its obligations before the international community, which was more severe in the case of extradition denied to the Argentinian State, since it represented a violation of their sovereignty. At last, it is argued that, considering that the principle of legality aims at protecting citizens against the abusive power of State, the requirements and objectives of its foundations must change when referring to crimes committed precisely in the context of such abuse of power.

Keywords: Crimes against humanity. Imprescriptibility. Principle of legality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CSONU – Conselho de Segurança da ONU

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CP – Código Penal Brasileiro

CPP – Código de Processo Penal Brasileiro

CVDT – Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados

DPU – Defensoria Pública da União

EC – Emenda Constitucional

ILC – Comissão de Direito Internacional (International Law Commission)

Min. – Ministro(a)

MPF – Ministério Público Federal

Nº - Número

ONU – Organização das Nações Unidas

PL – Projeto de Lei

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TPI – Tribunal Penal Internacional

TPII – Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia

TPIR – Tribunal Penal Internacional para Ruanda

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 METODOLOGIA	14
3 AS FONTES DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	16
3.1 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	17
3.1.1 Conceito e histórico	17
3.1.2 Sistemas jurídicos nacionais e internacional	19
3.1.3 Legalidade estrita <i>versus</i> justiça substantiva	22
3.2 DA RELAÇÃO ENTRE A ORDEM JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL	24
3.2.1 Monismo <i>versus</i> dualismo jurídico.....	24
3.2.2 Pluralismo jurídico	26
3.3 DAS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL.....	27
3.3.1 Tratados internacionais	29
3.3.2 Costumes	34
3.3.3 Princípios gerais de direito	38
3.4 DAS NORMAS IMPERATIVAS DE DIREITO INTERNACIONAL.....	40
4 CRIMES CONTRA A HUMANIDADE	46
4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	46
4.1.1 Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e Tóquio	47
4.1.2 Tribunais <i>ad hoc</i> para Ex-Iugoslávia e Ruanda	49
4.2 DEFINIÇÃO ATUAL	52
4.3 OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO PENAL DO ESTATUTO DE ROMA E A IMPRESCRITIBILIDADE	55
4.3.1 Do princípio da complementariedade e jurisdição universal	56
4.3.2 Do princípio da legalidade.....	58
4.3.3 Do princípio da irretroatividade	61
4.3.4 Do princípio da imprescritibilidade.....	61
4.4 JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL.....	62
5 CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E IMPRESCRITIBILIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	64
5.1 ANÁLISE DA DECISÃO DO STF NA EXT 1362 / DF	65
5.1.1 Dos fatos contidos na acusação.....	65

5.1.2 Principais alegações das partes	67
5.1.3 Resumo dos votos	67
5.2 ANÁLISE DA DECISÃO DO STJ NO RESP 1798903 / RJ	70
5.2.1 Dos fatos contidos na acusação.....	70
5.2.2 Principais alegações das partes	71
5.2.3 Resumo dos votos	71
6 CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS.....	73

1 INTRODUÇÃO

O surgimento de uma sociedade globalizada foi acompanhado pela crescente internacionalização das relações jurídicas, que se reflete particularmente no campo de proteção dos direitos humanos, cujo projeto de universalização remonta ao período Pós-Guerra, a partir da constatação de que graves violações à dignidade da pessoa humana foram praticadas em conformidade com as leis internas do Estado, especialmente no regime nazifascista. Alegou-se, portanto, que tais atrocidades poderiam ter sido evitadas caso houvesse um ordenamento jurídico supranacional capaz de tutelar os interesses da humanidade (PIOVESAN, 2019).

No mesmo período, exsurge a responsabilização de indivíduos por crimes praticados contra a ordem internacional, inaugurada pelo Tribunal de Nuremberg e posteriormente sedimentada pelo Tribunal Penal Internacional. Nesse contexto, a superação do paradigma exclusivamente interestatal e a atribuição de personalidade jurídica internacional aos indivíduos inaugura a concepção contemporânea de Direito Internacional, que relativiza o conceito de soberania em prol da cidadania.

Nas palavras de Piovesan (2019, p. 60) trata-se do “fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica”. Essa mudança reacende o clássico debate entre monistas e dualistas sobre a unicidade ou fragmentariedade do Direito, superando-o em direção a um ideal de complementariedade, que caracteriza o referencial teórico pluralista utilizado nesta monografia.

Nessa ótica, o presente trabalho objetiva analisar criticamente a jurisprudência das Cortes Superiores do Brasil acerca da imprescritibilidade de crimes contra a humanidade, definidos pelo art. 7 do Estatuto de Roma, tratado multilateral constitutivo do Tribunal Penal Internacional (TPI), ratificado e internalizado ao ordenamento jurídico brasileiro na forma do Decreto nº 4.388 de 2002.

Embora a posição dominante na jurisprudência atual seja de que apenas leis internas podem dispor sobre regras de prescrição, de modo que reconhecer a imprescritibilidade dos crimes de competência do TPI ofenderia ao princípio da legalidade¹, há votos divergentes nos acórdãos que sedimentaram tal

¹ Tal entendimento é expresso no Informativo de Jurisprudência 659 do STJ, que declara ser “necessária a edição de lei em sentido formal para a tipificação do crime contra a humanidade trazida

posicionamento, bem como ampla discordância na doutrina. Além disso, em ambos os julgados analisados, prevaleceu o argumento de que o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968. No entanto, os votos vencidos referem que a imprescritibilidade desses crimes se trata de norma de caráter *jus cogens* e, portanto, prescindiria da existência de um tratado para vincular os Estados.

Em relação à justificativa, considerando que o exemplo se transpõe para um debate mais amplo sobre persecução de crimes definidos por tratados internacionais, a existência de um Projeto de Lei (PL 4038/2008) em trâmite para tipificar os crimes contra a humanidade perante a ordem legal interna não diminui a relevância do estudo dos argumentos apresentados à ocasião dos julgamentos dos acórdãos do REsp 1798903/RJ e Ext 1362, pois as divergências quanto à tipificação e prescribibilidade de crimes internacionais subsistem para além daqueles definidos pelo art. 7 do Estatuto de Roma.

Logo, a partir do caso de crimes contra a humanidade, pretende-se responder à seguinte problemática de pesquisa: o reconhecimento da imprescritibilidade de crimes definidos no Estatuto de Roma, ainda que sem a edição de lei interna em sentido formal, configura ofensa ao princípio da legalidade? Como aponta Silva (2010), o centro dessa controvérsia consiste no fato de que, por um lado, o Estado Brasileiro assumiu a obrigação de afastar quaisquer *statute of limitations*² ao ratificar esse tratado; por outro, o art. 5º da CFRB apresenta um rol fechado de crimes imprescritíveis, restritos à prática de racismo (inciso XLII) e à ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLIV).

A hipótese a ser aferida é de que não há necessidade de edição de lei no sentido formal para o reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade pelo Estado Brasileiro, tendo em vista que o compromisso de persecução ou extradição que se aplica aos *core international crimes* decorre de norma com caráter *jus cogens*. Além disso, os costumes que vedam a incidência de prescrição

pelo Estatuto de Roma, mesmo se cuidando de Tratado internalizado”, bem como nos Informativos 554, 558, 588, 842, 844 e 846 do STF, os quais referem a ausência de unanimidade em relação à temática.

² A imprescritibilidade dos crimes de competência do TPI é expressa pelo comando do art. 29 do Estatuto de Roma, traduzido no Decreto nº 4.388/2002 como “Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem”. No entanto, embora as demais *statutory limitations* não pertençam ao escopo do trabalho, cabe observar que a tradução restringiu o sentido do texto original, onde consta que esses crimes “shall not be subject to any statute of limitations”, de modo que abarca quaisquer excludentes de responsabilização, incluindo institutos como indulto e anistia. Essa limitação, no entanto, não altera a obrigação assumida pelo Estado Brasileiro junto à comunidade internacional.

nesses casos são anteriores à ratificação do Estatuto de Roma, de modo que não haveria violação ao princípio da irretroatividade em sua aplicação. Desse modo, suscita-se que o Brasil deixa de observar suas obrigações perante a comunidade internacional ao invocar normas domésticas para justificar a extinção da punibilidade de crimes internacionais.

Para aferi-la, realizou-se uma pesquisa do tipo dogmático-operatória, de caráter qualitativo, que empregou as técnicas de pesquisa de revisão bibliográfica, documental e jurisprudencial. Ainda, foi empregado o método indutivo para a análise dos resultados. Nesse norte, ressalta-se que a metodologia é explicada detalhadamente em seção própria.

A seguir, na primeira seção do desenvolvimento, discorre-se acerca do princípio da legalidade, nas diferentes acepções do termo sob a ótica de ordenamentos jurídicos nacionais e internacional, bem como da interação entre estes. Além disso, foram estudadas as diferentes fontes do Direito Internacional, a fim de compreender em que medida a ratificação de um tratado é condição indispensável à existência de uma norma vinculante.

Na sequência, a quarta seção da monografia reúne os conceitos de crimes contra a humanidade, desde uma perspectiva histórica até a vigente atualmente. Além disso, discorre-se sobre os princípios gerais de Direito Penal arrolados na Parte 3 do Estatuto de Roma, destacando-se aqueles mais relevantes para a problemática desta pesquisa. Por último, apresenta-se um compilado exemplificativo de julgados oriundos de Cortes Internacionais acerca da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, oriundo de pesquisa bibliográfica.

Na quinta seção, trata-se dos desafios ao reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade no ordenamento jurídico brasileiro, exibindo-se os resultados da pesquisa jurisprudencial, que consistiu na análise dos acórdãos de REsp 1798903/RJ e Ext 1362.

Por fim, na conclusão do trabalho, apresenta-se uma análise crítica dos julgados à luz dos resultados obtidos nas etapas de pesquisa bibliográfica e documental, suscitando questionamentos cabíveis para pesquisas futuras.

2 METODOLOGIA

Como referido na seção anterior, realizou-se uma pesquisa dogmática, exploratória e de caráter qualitativo. Nesse sentido, Peter da Silva (2004) elenca como elementos indispensáveis à realização de um trabalho dogmático: “a divisão em conceitos operacionais (obedecendo a ordem de mais genérico para mais específico) e a pesquisa baseada no tripé: doutrina, legislação e jurisprudência”.

Por isso, foram empregadas as técnicas de pesquisa de revisão bibliográfica, documental e jurisprudencial. Ainda, considerando que se partiu do exemplo específico de crimes contra a humanidade para responder à problemática sobre crimes contra a ordem internacional de maneira genérica, foi utilizado o método indutivo na análise dos resultados coletados.

Assim, quanto ao procedimento de pesquisa, após uma revisão bibliográfica preliminar sobre o princípio da reserva legal, invocado nos Informativos de Jurisprudência das Cortes Superiores como impeditivo do reconhecimento da tipicidade de crimes definidos em tratados internacionais. Em sequência, foram compiladas as diferentes correntes teóricas de abordagem acerca da relação entre a ordem jurídica nacional e internacional, bem como realizado um estudo das fontes de Direito Penal Internacional e dos crimes contra a humanidade.

Nesse âmbito, foi necessária a análise documental do Estatuto de Roma – que define o conteúdo material dos crimes contra a humanidade, estabelece seus princípios de aplicação e institucionaliza o Tribunal subsidiariamente responsável por sua persecução (TPI) –, dos registros da Conferência de Roma que culminou em sua elaboração, além de decisões emanadas por Cortes regionais de proteção aos Direitos Humanos e das definições contidas em estatutos dos tribunais *ad hoc*, para um resgate da historicidade e um levantamento de preceitos da jurisprudência internacional sobre essa espécie de delitos.

Por fim, na etapa de pesquisa jurisprudencial, procurou-se acórdãos que fossem referentes a condutas tipificadas pelo Estatuto de Roma e contivessem, na ementa, os termos “Crimes contra a humanidade” e “imprescritibilidade” ou “prescritibilidade” ou “prescrição”, nos sites do Supremo Tribunal Federal (STF) e do

Superior Tribunal de Justiça (STJ), publicados após 25 de setembro de 2002³. Ainda, foram excluídos do escopo de análise os acórdãos que 1) não contivessem os termos, cumulativamente, no texto da ementa⁴; 2) contivessem mera referência a outro julgado, sem inovação argumentativa; 3) tratassem de matéria atinente à ordem legal interna, sem menção a crimes tipificados em tratados internacionais.

No âmbito do STF, a busca inicialmente remeteu aos julgados Ext 1362, Ext 1270, Ext 1327 AgR, HC 82424, RHC 117076 AgR, HC 176933, ADPF 153 e ADO 26. No entanto, apenas a Ext 1362 subsistiu aos critérios de análise, pois a Ext 1270 consistia em mera reiteração daquele julgado pelo princípio da colegialidade; A Ext 1327 AgR e o HC 82424 não aludiam aos crimes contra a humanidade na ementa, e este tratava exclusivamente de matéria pertinente à ordem legal interna; ainda, os acórdãos RHC 117076 AgR, HC 176933, ADPF 153 e ADO 26 não continham nenhum dos termos procurados em suas ementas, além de tratarem de matéria exclusivamente referente ao ordenamento jurídico brasileiro.

No STJ, por sua vez, foram localizados: AgRg no AREsp 1648236/SP, RHC 57799/RJ e REsp 1798903/RJ. No entanto, o AgRg no AREsp 1648236/SP não continha nenhum dos termos na ementa e consiste em reafirmação do julgado no REsp 1798903/RJ, ao passo que o RHC 57799/RJ continha os termos apenas como citação direta das conclusões do REsp 1798903/RJ.

Assim, os resultados eleitos para investigação dos paradigmas adotados pela jurisprudência pátria foram, respectivamente nos sites do STF e do STJ, os julgados Ext 1362 e REsp 1798903/RJ.

³ O recorte temporal empregado corresponde à data de promulgação do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, que internalizou o Estatuto de Roma no Brasil. Observa-se, ainda, que a busca foi realizada no dia 21 de outubro de 2021.

⁴ Foram desconsideradas, portanto, meras referências legislativas, de indexação e observações.

3 AS FONTES DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Tratando-se de possível violação ao princípio da legalidade, o enfrentamento da problemática de pesquisa impõe que o mesmo seja conceituado, observando-se que seus significados variam conforme o sistema jurídico em que se insere. O Direito Penal Internacional, por conseguinte, carrega uma concepção própria desse princípio, adequada às suas características de descentralização e pluralidade de fontes normativas (CANATO, 2009).

Além disso, considerando que a alegação central para o afastamento do caráter imprescritível dos crimes contra a humanidade é a ausência de ratificação da Convenção de 1968 sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, faz-se necessário abordar as diferentes fontes do Direito Internacional, a fim de compreender em que medida a ratificação de um tratado seria, de fato, condição indispensável à constituição de uma norma vinculante.

Isso porque, enquanto os sistemas nacionais proíbem a utilização de fontes não escritas⁵, como costumes e princípios gerais de direito, para fins de criação de normas penais, as mesmas são admitidas no campo internacional, de forma que

“há uma clara dicotomia entre as leis penais de muitos sistemas nacionais e o Direito Penal Internacional no que tange às fontes do Direito, as quais são consideradas suficientes para preencher os requisitos derivados do princípio da legalidade e as máximas *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege* (OLÁSULO, 2007, p. 303).⁶

Ainda, questionar se há ofensa ao princípio da legalidade em decorrência da aplicação de normas do Direito Internacional, sobretudo aquelas de caráter *jus cogens*, em sobreposição às regras atinentes ao Direito interno, impõe a reflexão sobre como tais ordens jurídicas se relacionam.

Desse modo, a presente seção discorre sobre o princípio da legalidade sob a ótica da interação entre a ordem legal nacional e internacional, abordando as diferentes correntes teóricas existentes para explicá-la.

⁵ Nos sistemas jurídicos de *common law*, essa vedação não é absoluta, como exemplifica Canato (2009) em relação às *common law offences* no direito inglês.

⁶ Tradução livre: “there is a clear dichotomy between the criminal laws of many national systems and international criminal law regarding the sources of law, which are deemed sufficient in fulfilling the requirements derived from the legality principle and the maxims *nullum crimen sine lege* and *nulla poena sine lege*”

3.1 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

3.1.1 Conceito e histórico

O princípio da legalidade e seus desdobramentos correspondem a um conjunto de garantias essenciais de limitação ao poder de punir estatal. Segundo Canato (2009, p. 38), esse princípio foi contemplado por diversos documentos legais ao longo da história, encontrando-se atualmente insculpido “nas Constituições de todos os regimes democráticos e liberais do mundo”. No ordenamento jurídico brasileiro, trata-se de princípio constitucional explícito (NUCCI 2020), positivado no inciso XXXIX do art. 5º da CF/88, na medida em que este dispositivo garante que “não há pena sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, o que é reproduzido pelo art. 1º do CP⁷.

Canato (2009) explica que a primeira formulação desse princípio foi realizada em 1764 por Cesare Beccaria⁸, quando da publicação da obra *Dei delitti e delle pene*, que foi o marco histórico da manifestação do pensamento iluminista no campo do Direito Penal. Nesse norte, Beccaria (2015, p. 24) enuncia que “só as leis podem fixar as penas de cada delito”, sendo que “o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”. O autor observa que tais garantias são o próprio fundamento de legitimidade do direito de punir. Naquele contexto, como pontua Canato (2009, p. 28), “o princípio da legalidade significou proteger os cidadãos das arbitrariedades do Estado soberano”, traduzindo uma série de garantias de natureza material e processual que são inerentes à persecução penal democrática.

Na idade contemporânea, o princípio da legalidade foi explicitamente contemplado pela Declaração de direitos do homem e do cidadão (1789), cujo art. 8º dispõe que “ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”. Sua elaboração dogmática, por sua vez, remonta à publicação da obra *Tratado de Direito Penal* (1801) pelo penalista

⁷ Sob o título de “Anterioridade da Lei”, o art. 1º do CP dispõe que: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

⁸ Embora afirme ser consensual que o princípio da legalidade em sua acepção atual se origina na obra de Beccaria, Canato (2009) cita a importância da Magna Carta de 1215 para seu desenvolvimento no âmbito do direito inglês, ao passo que Nucci (2020) aponta esse documento como raiz histórica do princípio, em razão de ter sido um instrumento de limitação do poder real.

alemão Johann Paul Anselm von Feuerbach, que sintetizou o conteúdo do princípio pelo axioma latino *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenal*.

Considerando a legalidade como princípio basilar do Direito Penal, Verdan (2009) elenca quatro de seus consectários: a anterioridade da Lei, que implica irretroatividade de lei penal mais gravosa⁹ e vedação às leis penais materiais *ex post facto*; a exigibilidade de Lei escrita¹⁰, que condiciona a norma penal à elaboração por processos legislativos e veda a utilização dos costumes para sua formação; a proibição de analogia *in mallam partem* e, por fim, a taxatividade, que corresponde à proibição de leis penais indeterminadas.

Canato (2009, p. 26), por sua vez, expõe um rol mais amplo de garantias inseridas sob o manto da legalidade: além da vedação à retroatividade referida por Verdan (2009), menciona “proibição de penas cruéis ou desproporcionais; devido processo legal célere e público; princípio do *ne bis in idem*; Juízes competentes e independentes; e direitos do acusado”, salientando que somente a observância de todas elas poderia ser efetiva contra o uso arbitrário do poder, pois “a ausência ou desrespeito de uma única garantia coloca todo o sistema penal em risco”.

Na visão de Verdan (2009, p. 9), a tradição de *civil law* impõe observância estrita ao princípio da reserva legal, de modo que “apenas a lei, em sentido formal, pode descrever em suas linhas quais são as condutas criminosas”. No mesmo sentido, Nucci (2020, p. 66) leciona que o termo *lei*, contido no art. 5º da CFRB, inciso XXXIX da CFRB e no art. 1º do CP, deve ser interpretado em sentido estrito, de forma que a adoção de outras fontes normativas para definir crimes e cominar suas respectivas penas seria maculada por inconstitucionalidade, pois “decretos, portarias, leis municipais, resoluções, provimentos, regimentos, entre outros, estão completamente alheios aos campos penal e processual penal”.

Diante disso, embora o significado exato do princípio da legalidade varie conforme o ordenamento jurídico em que se insira, sobretudo entre sistemas de *civil*

⁹ A irretroatividade da lei penal mais gravosa é expressa pelo inciso XL do art. 5º da CRFB, o qual dispõe que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, e pelo art. 2º do CP, onde consta que “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. O parágrafo único deste dispositivo acrescenta, ainda, que “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

¹⁰ Verdan (2009) observa que o preceito *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* se traduz pelo princípio da reserva legal, que por sua vez é considerado em alguns posicionamentos como mero sinônimo do princípio da legalidade. Nesse sentido, frisa-se que Nucci (2020) trata os princípios da legalidade e reserva legal como sinônimos em sua obra, diferenciando-o da anterioridade e da taxatividade como princípios autônomos.

law e *common law*¹¹, conclui-se que se trata de princípio basilar da persecução penal em sistemas democráticos, que tem como característica fundamental a garantia de previsibilidade e clareza quanto às condutas típicas, de forma que só pode ser punido aquele que potencialmente conhecesse a ilicitude do fato ao tempo da prática delitiva.

3.1.2 Sistemas jurídicos nacionais e internacional

O princípio da legalidade assume diferentes contornos na ordem jurídica internacional em comparação aos sistemas nacionais, especialmente aqueles regidos pela tradição de *civil law*. Isso porque o Direito Internacional se assemelha mais a um sistema de *common law*¹², no qual a exibibilidade da *lex scripta* tem sua importância reduzida, cedendo lugar aos costumes e princípios como fonte normativa legítima inclusive em matéria penal (CANATO, 2009).

Nesse sentido, Canato (2009, p. 43) refere que as *common law offences* no direito inglês são crimes resultantes de precedentes jurisprudenciais, que “podem prescindir daqueles requisitos da rígida previsão e certeza próprias da legislação escrita” e “não estão estritamente sujeitos ao princípio da não-retroatividade”. Citando Ambos, a autora observa que a exigibilidade de lei escrita dos sistemas de *civil law* encontra equivalência no dever de interpretação estrita na tradição de *common law*. Ademais, nestes sistemas, o princípio da legalidade perde a característica de proibição à analogia, na medida em que se trata de recurso inerente ao processo de *judicial lawmaking*.

Apesar das significativas diferenças, Paiva (2018) aponta que há mais convergências do que divergências entre essas famílias jurídicas, que se aprofundam pela influência recíproca, na medida em que se nota um crescimento da importância de decisões judiciais no âmbito de *civil law* – à exemplo da incorporação de súmulas vinculantes –, bem como uma tendência de codificação nos países de *common law*. No mesmo sentido, Canato (2009, p. 354) observa que o princípio da legalidade possui bases semelhantes nos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais, ao passo que,

¹¹ Para um comparativo entre os sistemas jurídicos de *civil law* e *common law* no que tange à persecução penal, ver: Paiva (2018).

¹² A título exemplificativo, observa-se que provém da tradição de *common law* a sistemática procedimental dos litígios no plano do Direito Penal Internacional, no que tange à estrutura bipartida dos crimes entre *offence* e *defences*, que implica a distribuição do ônus probatório de forma que cabe à acusação a prova dos requisitos típicos (*elements of the offence*), porém incumbe à defesa alegar as objeções que conduziram à extinção de punibilidade (AMBOS, 2005).

no Direito Internacional, trata-se de um “um princípio da legalidade ampliado”, pois está “sujeito a fatores de instabilidade que não existem nos direitos locais”, como a diversidade e ausência de hierarquia entre as fontes.

No mesmo sentido, Olásolo (2007, p. 302) explica que o conteúdo substantivo do princípio da legalidade implica que “nem Estados nem a comunidade internacional podem exercer seu *ius puniendi* para além do que é definido em normas penais”¹³, porém, em âmbito interno, esse princípio assume uma camada extra de proteção, que limita tais normas à lei em sentido formal. Sendo assim, nos sistemas jurídicos nacionais,

“[a] possibilidade de criminalizar certos comportamentos ou estabelecer penalidades com base em fontes legais não-escritas – como costumes ou os princípios gerais de direito – os quais oferecem menor segurança na perspectiva de especificidade e previsibilidade, é excluída” (OLÁSULO, 2007, p. 302).¹⁴

Olásolo (2007) afirma, ainda, que a larga utilização de fontes-não escritas, embora tenha sido crucial para o desenvolvimento do Direito Penal Internacional, ensejou críticas à atuação dos Tribunais *ad hoc* e motivou esforços por parte do TPI no sentido de uma codificação clara das condutas puníveis, em atenção ao princípio do *nullum crimen sine praevia lege poenal*. Por isso, Canato (2009) refere-se ao caráter excepcional do TPI em relação aos tribunais penais internacionais, na medida em que este tribunal deixou de admitir o costume como fonte incriminadora. Ainda assim, a autora ressalva que:

“O direito costumeiro não pode ser desprezado dentro do direito penal internacional, onde várias normas escritas não passam apenas de direito costumeiro consolidado. No TPI, embora o costume não possa mais consistir em base para incriminação, pois a base está centrada no Estatuto, o costume continuará a ter influência sobre a tipicidade da conduta porque interferirá na interpretação e elucidação de vários dos elementos dos crimes previstos sob sua jurisdição.” (CANATO, 2009, p. 355).

Ainda em relação à evolução do princípio da legalidade no âmbito do TPI, em que pese as semelhanças com o sistema de *common law*, destaca-se a proibição expressa ao recurso de analogia, nos termos do art. 22 (2) de seu tratado constitutivo,

¹³ Tradução livre: “Neither States nor the international community can exercise their *ius puniendi* beyond what they are allowed to by criminal norms”

¹⁴ Tradução livre: “[t]he possibility of criminalising certain behaviour or establishing penalties on the basis of non-written sources of law – such as custom or the general principles of law – which offer lesser safeguards from the perspective of specificity and foreseeability, is excluded

bem como a hierarquização de suas fontes, com prioridade para aquelas escritas em seu próprio Estatuto, a teor do art. 21.

Degan (2005, p. 50) enfatiza que julgamentos no âmbito do Direito Penal Internacional são mais semelhantes à persecução penal estatal do que à relação igualitária entre Estados soberanos. Porém, “uma diferença essencial é que a fonte do Direito nos procedimentos criminais internacionais não são a lei nacional do respectivo Estado, mas sim o Direito que emana das fontes listadas no Artigo 38”¹⁵, aludindo ao rol de fontes da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT). Nesse norte, o autor refere que, embora o princípio da legalidade não seja propriamente uma norma com caráter *jus cogens* na ordem internacional, deve ser observado também nas persecuções penais ocorridas nesta esfera.

No entanto, referenciando Maison (2004), Canato (2009, p. 108) salienta que não há possibilidade de “transposição do modelo de direito penal clássico ao direito internacional no que tange ao princípio da legalidade”, que tem seu rigor atenuado na órbita internacional, na medida em que “[o] direito aplicado pelo Juiz é eminentemente não legislativo”. No mesmo sentido, Carli (2014, p. 370) afirma que “o direito internacional penal não trabalha com categorias próprias do direito penal, como a prescrição e a proibição da irretroatividade da lei penal”.

Observa-se, entretanto, que o Estatuto de Roma contempla a irretroatividade em seu art. 24, explicitando que as disposições nele contidas não se aplicam em relação a condutas praticadas antes de sua entrada em vigor. Desse modo, não se trata de rejeitar a irretroatividade no âmbito do Direito Penal Internacional, mas sim de ampliá-la no sentido de considerar normas prévias advindas de outras fontes de direito. Nas palavras de Ambos (2005, p. 36):

“Na ótica do direito penal o princípio do *nullum crimen* parece excluir a existência de tipos penais não escritos fundados no costume internacional. Porém, conforme os arts. 15 (2) do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, 11 (2) da Declaração Universal de Direitos Humanos e 7 (2) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, uma conduta pode ser sancionada, se ela era punível ‘segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade internacional’. Aqui, o conceito “princípios de direito” não deve ser entendido no sentido do art. 38 (1)(c) do Estatuto da CIJ, mas sim no das regras de direito consuetudinário internacional desenvolvidas

¹⁵ “[O]ne essential difference is that the source of law in international criminal proceedings is not the national criminal law of any State, but the law emanating from the sources listed in Article 38”

sobre a base do direito de Nuremberg, pelo qual a norma aplicada deve ter 'sem dúvida' o caráter de costume internacional."¹⁶

O autor acrescenta, ainda, que a “desformalização” causada por essa admissão do direito consuetudinário como fonte incriminadora perdeu importância com a codificação dos *core crimes* pelo Estatuto de Roma (AMBOS, 2005).

Diante do exposto, conclui-se que, embora tanto os ordenamentos jurídicos nacionais quanto o internacional tenham seu *ius puniendi* submetido ao princípio da legalidade, e em que pese os esforços de codificação do TPI para superar as críticas de ilegitimidade historicamente feita aos tribunais internacionais pelo uso das fontes não-escritas e o uso de *ex post facto law* para criminalização de condutas, é inegável que o princípio possui características diversas no âmbito do Direito Penal Internacional. Nessa esfera, a obrigatoriedade de *lex praevia* não possui a conotação de reserva legal que impõe que a norma seja oriunda do Poder Legislativo, mesmo porque no Direito Internacional não se vislumbra uma divisão de poderes nos moldes em que existe nos Estados nacionais.

3.1.3 Legalidade estrita *versus* justiça substantiva

Além das variações conforme o ordenamento jurídico em que se insere, a concepção de princípio da legalidade é influenciada pelo debate filosófico entre direito natural e positivo. Nesse sentido, Canato (2009, p. 355) pondera que, por um lado, o princípio da legalidade tem como decorrência lógica “que as normas penais não devam criminalizar atos ou condutas realizadas anteriormente à sua adoção e vigência”, ao passo que a doutrina da justiça substantiva implica a possibilidade de “para a finalidade de defender a sociedade contra novas e inesperadas formas de criminalidade, ir tão longe quanto processar e punir condutas que não eram ilegais quando praticadas”.

No mesmo sentido, Mantovani (2003) refere que a dicotomia entre a legalidade formal e a justiça substantiva é uma constante ao longo da história da punição dos

¹⁶ Tradução livre: “Desde la óptica del derecho penal el principio del *nullum crimen* parece excluir la existencia de tipos penales no escritos fundados en la costumbre internacional. Sin embargo, conforme a los arts. 15 (2), PIDCP, 11 (2), DUDH y 7 (2), CEDH una conducta puede ser sancionada, si ella era punible ‘según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional’. Aquí, el concepto ‘principios de derecho’ no se tiene que entender en el sentido del art. 38 (1)(c), ECIJ, sino en el de las reglas de derecho consuetudinario internacional desarrolladas sobre la base del derecho de Núremberg, por lo cual la regla aplicada debe tener ‘sin duda’ el carácter de costumbre internacional.”

crimes internacionais, que comporta três soluções distintas. Primeiramente, a prevalência da legalidade, que, segundo o autor, poderia garantir maior segurança jurídica e igualdade, sendo adequada nos sistemas jurídicos nacionais, porém de difícil transposição para a ordem internacional, na medida em que a persecução seria condicionada à existência de mecanismos eficientes e cooperação dos próprios Estados, o que aumenta o risco de impunidade.

Em sentido oposto, a primazia da justiça substantiva em detrimento da legalidade estrita implica menor segurança jurídica, porque possibilita a punição de condutas que não eram explicitamente tipificadas com base em princípios universais de direito. Nesse sentido, o autor afirma que “[h]á um reconhecimento quase universal de que, na escolha entre justiça substantiva e rigoroso respeito pela legalidade formal, esta deve ser levemente sacrificada em prol daquela”¹⁷, com a finalidade de impedir a impunidade de condutas praticadas de acordo com a lei vigente nos Estados nacionais (MANTOVANI, 2003, p. 28).

Por fim, a terceira via apontada por Mantovani (2003) é a conciliação dialética desses preceitos, que só poderia ser atingida por meio de uma codificação escrita e abrangente não apenas da parte especial, mas também da parte geral do Direito Penal Internacional. Na visão do autor, essa resposta intermediária é a melhor entre as três, uma vez que oferece uma solução para os dois maiores problemas de legitimidade do direito penal internacional: de um lado, permite sua conciliação com o princípio da legalidade, que sempre foi desafiadora na medida em que “princípios gerais, normas costumeiras e provisões de tratados raramente especificam os exatos elementos da conduta criminal, e não lidam com a ‘parte geral’”¹⁸. Além disso, essa codificação abrangente – embora enfrente dificuldades práticas no âmbito das relações diplomáticas – oferece uma resposta aos questionamentos acadêmicos quanto à necessidade de observância do princípio da legalidade inclusive perante a ordem internacional.

Por fim, Cassese (2006, p. 417) sintetiza a problemática afirmando que, por um lado, as normas penais devem oferecer previsibilidade e, por outro, a ordem internacional pode intervir na persecução de condutas permitidas pelo ordenamento

¹⁷ Tradução livre: “There is almost universal recognition that in the choice between substantive justice and rigorous respect for formal legality, the latter may be slightly sacrificed in the name of the former.”

¹⁸ Tradução livre: “general principles, customary rules, and treaty provisions rarely specify the exact elements of criminal conduct, and do not deal with the ‘general part’.”

doméstico. Nesse sentido, observa que os Tribunais Internacionais do pós-guerra adotaram indubitavelmente a doutrina da justiça substantiva, porém a evolução do direito penal internacional coincidiu com a crescente relevância do princípio da legalidade. Ainda assim, considerando que, “quando apenas normas internacionais estão em causa, ou quando essas regras conflitam com o direito penal nacional, os requisitos de acessibilidade e previsibilidade podem legitimamente diminuir a ponto de desaparecerem”¹⁹, sugerindo que o equilíbrio desses preceitos segue pendente para a valorização da justiça substantiva em detrimento da legalidade estrita.

3.2 DA RELAÇÃO ENTRE A ORDEM JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL

O questionamento sobre os efeitos de normas internacionais perante o a ordem interna reverbera o clássico debate doutrinário sobre a relação entre o ordenamento jurídico internacional e interno. Por isso, nesta seção serão abordadas as diferentes correntes que buscaram explicar a natureza dessa interação, sobretudo no caso de regras conflitantes.

Anteriormente, a discussão limitava-se à contraposição entre monismo e dualismo. Entretanto, com a modernização das relações internacionais no período globalizado, essas teorias “se tornaram insuficientes para explicar o momento atual de interdependência e cooperação entre os diversos ordenamentos jurídicos” (CALIXTO & CARVALHO, 2017, p. 3), de modo que foram superadas pela ideia de pluralismo jurídico, que é o referencial teórico adotado neste trabalho.

3.2.1 Monismo *versus* dualismo jurídico

A teoria do monismo jurídico pressupõe que há unicidade entre o Direito Internacional e o Direito interno, o que implica a existência de hierarquia de uma ordem sobre a outra. Por conseguinte, há duas variantes dessa corrente: a primeira delas sustenta a primazia do Direito Interno sobre o Direito Internacional, ao passo que, na segunda vertente, inverte-se o critério, prevalecendo as normas internacionais sobre aquelas vigentes apenas no Estado nacional (CALIXTO & CARVALHO, 2017).

¹⁹ Tradução livre: “when only international criminal rules are at stake, or when those rules conflict with national criminal law, the requirements of accessibility and foreseeability may legitimately diminish to the point of fading away”.

Nesse sentido, Calixto e Carvalho (2017, p. 7) explicam que o monismo estatal – originado a partir do pensamento de Hegel e dominante no pensamento jusinternacionalista do século XIX – pressupõe um conceito absoluto de soberania, que confere especial relevância ao princípio da supremacia constitucional, atribuindo importância ao voluntarismo estatal ao ponto de considerar que “o Direito internacional somente é obrigatório porque o direito interno o reconhece como vinculante”. Em sentido diametralmente oposto, o monismo internacionalista – que remonta à Escola de Viena e adquiriu relevância a partir da 2ª Guerra Mundial, tendo como seus principais defensores Kelsen, Verdross e Josef Kunz – defende que o conflito de normas de caráter interno e internacional deve ser sempre solucionado pela prevalência destas. Nessa perspectiva, uma regra de âmbito doméstico que esteja em conflito com normas internacionais deve ser declarada nula, na medida em que “o direito interno deriva do direito internacional, ordem esta hierarquicamente superior” (CALIXTO & CARVALHO, 2017, p. 8).

Na ótica do dualismo jurídico, por sua vez, considera-se que a ordem interna e externa são completamente distintas e independentes. Enquanto o Direito Internacional vincula apenas os Estados, o Direito Interno refere-se apenas aos cidadãos nacionais, de forma que cada uma refere-se aos seus próprios sujeitos e possui suas próprias fontes. Desse modo, se esses ordenamentos existem de maneira completamente independente, não há qualquer hierarquia entre os mesmos. Além disso, não há conflito de normas, porque a assunção de um compromisso do Estado perante a comunidade internacional o obrigaria somente em âmbito externo, sem produzir efeitos automáticos na ordem interna. Assim, “a norma externa apenas passa[ria] a deter valor jurídico no âmbito do Direito interno no caso de essa norma internacional ser transformada em norma interna”, de modo que eventual conflito de disposições não passaria de um choque entre normas domésticas (CALIXTO & CARVALHO, 2017, p. 6).

Por conseguinte, apenas o monismo jurídico admite conflito normativo entre a ordem jurídica nacional e internacional – comportando divergências quanto à prevalência –, ao passo que a corrente dualista radical as considera impermeáveis e sem qualquer influência recíproca, de modo que uma regra de caráter internacional só produz efeitos no ordenamento doméstico após a internalização.

3.2.2 Pluralismo jurídico

Com a universalização dos direitos humanos e o advento da sociedade globalizada, complexificaram-se as relações internacionais de forma que as clássicas teorias existentes para explicar a interação entre o ordenamento jurídico nacional e internacional tornaram-se insuficientes. Nesse sentido, destaca-se a tese do pluralismo jurídico – adotada como referencial teórico desta monografia –, cujas premissas basilares residem na relativização do conceito de soberania e da consideração do indivíduo como sujeito do Direito Internacional (CALIXTO & CARVALHO, 2017). Nas palavras de Aires de Sousa (2007, p. 617), “[à] medida que se afirma a dignidade humana questiona-se o limite da soberania estadual”.

Nesse sentido, Piovesan (2019, p. 59) descreve o “constitucionalismo global” como um fenômeno que limita o poder estatal com a finalidade de proteger direitos fundamentais e engloba “não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas o novo paradigma centrado nas relações Estado/povo”, transformando o Direito Internacional em “parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais”, na medida em que suas cláusulas são anuláveis quando consistirem em violação a normas de caráter *jus cogens*.

Além disso, Trindade (2013) designa como “humanização do direito internacional contemporâneo” a superação do paradigma interestatal, com o reconhecimento da personalidade jurídica internacional do indivíduo – seja para figurar no polo ativo com o direito de petição frente aos Tribunais de Direitos Humanos, seja no polo passivo para responder perante o Tribunal Penal Internacional (TPI).

Destaca-se que, na ótica pluralista, o conflito normativo entre normas domésticas e internacionais não têm uma solução pré-determinada como ocorria nas diferentes vertentes do monismo jurídico, mas sim deve ser solucionado no caso concreto, avaliando-se a regra mais favorável à tutela dos direitos individuais. Assim, forma-se um “sistema de redes constitucionais”, na qual o nível de proteção estatal é apenas um deles (CALIXTO & CARVALHO, 2017, p. 13).

Citando Pérez (2011), Calixto e Carvalho (2017, p. 17) observam que as críticas à perspectiva pluralista podem ser resumidas em duas: o prejuízo à segurança jurídica, pela ausência de um critério definido de validade e hierarquia das normas, e a violação ao princípio democrático, em virtude da adoção de fontes ilegítimas, pois alheias ao direito nacional. No entanto, as autoras consideram tais objeções

insuficientes para afastar a pertinência do pluralismo jurídico, tendo em vista a necessidade de se considerar a interdependência dos Estados, que exige a “colaboração entre eles para a regulação de situações jurídicas comuns”.

Além disso, as autoras salientam que esse modelo permite “maior equilíbrio institucional (*checks and balances*), já que possibilita que as mais diversas instituições participem do processo de criação e aplicação do direito e se limitem mutuamente” (CALIXTO & CARVALHO, 2017, p. 18, *apud* PÉREZ, 2011). No mesmo sentido, Paiva (2018, p. 229) rejeita o argumento de violação à soberania dos Estados, afirmando que a harmonização almejada pelo pluralismo, na realidade, “qualifica sua autonomia, ao permitir a utilização de diretrizes comuns, sem as quais só se chegaria à solução do caso a partir do exame casuístico de cada hipótese prática”, na medida em que

“busca, através do equilíbrio entre regras mínimas comuns e regras dissonantes essenciais à base de cada sistema original, evitar o transplante atécnico, assimétrico e sem critérios – bastante comum nos dias de hoje -, de regras e institutos advindos de um país de cultura e tradição jurídicas totalmente diferentes” (PAIVA, 2018, p. 228).

No entanto, o autor destaca que não se trata de buscar um Direito Penal universal, que consiste em ideal não apenas utópico, mas também indesejável por ignorar as peculiaridades de cada sistema jurídico. Em sua visão, a harmonização deve ser atingida por meio do fortalecimento de mecanismos de cooperação internacional entre os Estados (PAIVA, 2018).

3.3 DAS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL

De acordo com Ambos (2005, p. 34), o conceito tradicional de Direito Penal Internacional (*Völkerstrafrecht*) alude ao “ao conjunto de todas as normas de direito internacional que estabelecem consequências jurídico-penais”²⁰, combinando portanto princípios de ambas as disciplinas. De um lado, o princípio da responsabilidade individual provém do Direito Penal, ao passo que as figuras típicas clássicas, desde suas definições pelo Tribunal de Nuremberg, são oriundas do Direito Internacional.

²⁰ Tradução livre: “conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales”.

Assim, na medida em que o Direito Internacional Penal²¹ é proveniente do Direito Internacional Público, adota suas fontes formais, de modo que se origina a partir da celebração de tratados multilaterais, da sedimentação de costumes internacionais e dos princípios gerais de Direito, que podem ser extraídos de uma perspectiva comparativa de ordenamentos nacionais (AMBOS, 2005).

Apesar dessa origem, Gomes (2015) salienta que há diferenças fundamentais entre essas áreas, atribuindo justamente a elas uma das maiores dificuldades para compatibilizar a observância ao princípio da legalidade com a necessidade de persecução dos crimes contra a humanidade. Nas palavras da autora:

“[A] adoção do princípio da legalidade, no que tange ao crime contra a humanidade, foi um processo longo e complexo. A primeira dificuldade se refere ao fato de o direito internacional penal ter uma base filosófica fundada na coerção, ao contrário do seu criador, o direito internacional público, que é fundado no consenso” (GOMES, 2015, p. 97-98).

Dessa forma, é necessário abordar as fontes formais do Direito Internacional Público sob a ótica de sua aplicação sobre a persecução penal, admitindo-se que não se trata apenas de uma relação multilateral baseada na vontade de Estados, mas também do exercício do *ius puniendi* da comunidade internacional sobre indivíduos, que é característica do Direito Penal.

Nesse norte, observa-se que a problemática de eventual violação ao princípio da legalidade decorrente do reconhecimento de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade – sobretudo praticados anteriormente à incorporação do Estatuto de Roma – perpassa a compreensão das fontes do Direito Internacional, considerando-se que o Estado Brasileiro não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968, de modo que eventual vinculação a essas normas não decorreria de uma manifestação explícita de vontade.

Por isso, nesta seção serão abordadas as fontes primárias do Direito Internacional, quais sejam: tratados internacionais, costumes e princípios gerais de Direito. No âmbito do Direito Internacional Público, pela leitura do art. 38 do Estatuto da CIJ²², em princípio não há qualquer hierarquia entre essas fontes, tendo caráter

²¹ Observa-se que o Direito Internacional Penal e o Direito Penal Internacional consistem em matérias diversas, na medida em que aquele provém do Direito Internacional Público e trata da tipificação internacional dos delitos e da jurisdição de Cortes Internacionais, ao passo que este se relaciona ao Direito Internacional Privado e dedica-se ao estudo do âmbito de validade da norma penal de cada Estado, bem como a competência de suas Cortes nacionais (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2009).

²² Artigo 38. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

subsidiário apenas “as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações”.

Por sua vez, o art. 21 do Estatuto de Roma²³ estabelece explicitamente uma hierarquia de suas fontes, demonstrando um esforço de conciliação do Direito Internacional com o princípio da legalidade, na medida em que são priorizadas as disposições do próprio Estatuto, seguidas pelos “tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis” e, apenas subsidiariamente, “os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes”, distinguindo-se das fontes previstas no art. 38 do Estatuto da CIJ ao incluir “o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime”, desde que não sejam incompatíveis o Estatuto do TPI ou outras normas de direito internacional, como destacado por Ambos (2005).

3.3.1 Tratados internacionais

Mazzuoli (2021, p. 68) afirma que “[o]s tratados internacionais são, incontestavelmente, a principal e mais concreta fonte do Direito Internacional Público na atualidade”, em razão da segurança e estabilidade que carregam por suas

-
- a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
 - b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
 - c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
 - d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão ex aequo et bono, se as partes com isto concordarem

²³ Artigo 21. Direito Aplicável

1. O Tribunal aplicará:

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

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

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

disposições escritas, mas também porque “se consubstanciam na vontade livre e conjugada dos Estados e das organizações internacionais, sem a qual não subsistiriam”. Desse modo, embora não haja hierarquia formal entre tratados e costumes no Direito Internacional Público, aqueles são especialmente relevantes, pois veiculam normas cuja vigência é de fácil comprovação.

O conceito de tratado internacional consta no art. 2º, § 1º, alínea a, da CVDT, que o define como “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”. Por conseguinte, como observado por Mazzuoli (2021, p. 142), “tratado” é uma expressão genérica que engloba diversas nomenclaturas específicas, entre as quais exemplifica-se o termo *estatuto*, que costuma ser “empregado para os tratados que estabelecem normas para os tribunais de jurisdição internacional”, como o TPI.

A partir dessa definição, Mazzuoli (2021, p. 128) elenca cinco elementos necessários para a caracterização de um documento como tratado: 1) a presença de um acordo de vontades, que no sentido jurídico implica a criação de “um vínculo juridicamente exigível em caso de descumprimento”; 2) a celebração por escrito²⁴; 3) a convenção entre “entes capazes de assumir direitos e obrigações no âmbito externo”, notadamente Estados²⁵ e organizações internacionais, estas no limite de suas atribuições temáticas (MAZZUOLI, p. 130); 4) regência pelas normas do Direito Internacional Público, que diferencia o *tratado* de um *contrato* internacional, pois é possível que dois Estados celebrem um acordo que preveja incidência do Direito Interno de um dos acordantes; 5) a celebração em instrumento único ou em dois ou mais instrumentos conexos, ainda que estes não sejam concomitantes, o que legitima a troca de notas como meio idôneo para a constituição de um tratado.

²⁴ Embora a própria CVDT reconheça a possibilidade de acordos não escritos possuírem valor jurídico enquanto expressão de vontades no plano internacional, a esses compromissos celebrados verbal, tácita ou implicitamente não incidem as disposições da CVDT acerca da formação, entrada em vigor, aplicação e extinção dos tratados, que “que trazem muito mais certeza e segurança às relações internacionais, além de maior transparência (democrática) em todas as fases da celebração” (MAZZUOLI, 2021, p. 129).

²⁵ Mazzuoli (2021) observa que essa capacidade pode ser estendida a Estados-federados nos casos em que a Constituição da União Federal assim permita, o que não ocorre em relação ao Estado Brasileiro, que no inciso I do art. 21 dispõe que cabe à União Federal “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”.

Em que pese existam diversas maneiras de classificar tratados²⁶, nesta monografia serão destacadas duas distinções essenciais: quanto ao número de partes, um tratado pode ser bilateral – entre dois Estados ou partes indivisíveis, como organizações internacionais –, a exemplo dos tratados de extradição, ou multilateral, que possui três ou mais partes e tem como “objeto a produção de normas gerais de Direito Internacional Público ou o tratamento de questões de interesse comum” (MAZZUOLI, 2021, p. 146). A segunda classificação abordada diz respeito ao procedimento de conclusão, que pode ser de forma simplificada (ou unifásicos), quando se dispensa a ratificação, ou bifásicos, quando este ato é exigido para atribuir força vinculante ao tratado.

Em relação ao processo de formação dos tratados, Mazzuoli (2021) sistematiza genericamente o *iter* procedimental em quatro fases: 1) a formação do texto, que abrange negociações preliminares, adoção, autenticação e assinatura; 2) a aprovação parlamentar, que ocorre no âmbito de cada Estado-parte; 3) a ratificação ou adesão, que se conclui com a troca ou depósito dos instrumentos constitutivos; 4) por fim, a promulgação e publicação na imprensa oficial do Estado-parte.

Enquanto a fase de negociação e assinatura é de âmbito internacional, a fase de promulgação ocorre exclusivamente na órbita interna, de modo que sua ausência não desobriga a obrigação internacional assumida pelo Estado quando da ratificação, cujos efeitos jurídicos consistem na obrigação de “cumprir, de boa-fé, todo o pactuado, sob pena de responsabilidade internacional por descumprimento voluntário do acordo”, o que não retira a importância da assinatura, na medida em que este ato implica que “o Estado já é obrigado a não praticar, em virtude do princípio da boa-fé, atos contrários aos interesses estabelecidos no tratado que assinou” (MAZZUOLI, 2021, p. 175).

Além dessas etapas, Alflen da Silva (2009) acrescenta e destaca a importância do procedimento de *implementação* como etapa final para concretizar as obrigações assumidas internacionalmente pelo Estado-parte, explicando que

“[a] implementação consiste em um processo de natureza jurídico-política que compreende a totalidade de medidas internas que devem ser tomadas para garantir que os Estados que se comprometeram com determinado organismo ou ator internacional, mediante a subscrição e subsequente ratificação de

²⁶ Além das classificações destacadas nesta monografia, a doutrina os divide também em: abertos e fechados, quanto à possibilidade de adesão; tratados normativos e tratados-contratos, quanto à natureza jurídica (embora haja objeções à tal divisão); transitórios e permanentes, quanto à execução no tempo; mutalízáveis e não mutalízáveis, no que tange à estrutura de execução (MAZZUOLI, 2021).

tratado internacional, estejam aptos a cumprir as regras nele estabelecidas e a cooperar com a consecução dos seus fins. Pode-se dizer, portanto, que consiste em uma parte do processo de internalização estabelecida de forma expressa ou tácita no Tratado” (ALFLEN DA SILVA, 2009, p. 381).

Aplicando esses conceitos ao Estatuto de Roma – tratado multilateral e bifásico – destaca-se que a Resolução nº 51/207 da Assembleia Geral da ONU, aprovada em 16 de dezembro de 1996, decidiu que a conferência diplomática dos plenipotenciários para a instituição do Tribunal Penal Internacional seria realizada no ano de 1998, quando se completariam cinquenta anos da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio e da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A partir disso, o Comitê Preparatório reuniu-se seis vezes, durante os anos de 1996 a 1998, com a finalidade de preparação do anteprojeto de estatuto para a Conferência Diplomática das Nações Unidas, que objetivava a criação de um Tribunal Penal Internacional Permanente (PIOVESAN & IKAWA, 2011).

Após essa etapa de negociações, o Estatuto foi adotado no dia 17 de julho de 1998, na conferência de Roma, com cento e vinte votos favoráveis, sete votos contrários²⁷ e vinte e uma abstenções, entrando em vigor no dia 01º de julho de 2002²⁸ (PIOVESAN & IKAWA, 2011). No ordenamento jurídico brasileiro, a aprovação parlamentar se deu por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002. Em seguida, o Estado Brasileiro foi o 69º a ratificar o Estatuto, depositando o respectivo instrumento no dia 14 de junho de 2002. Por fim, o tratado foi promulgado por meio do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, de modo que foi incorporado à ordem interna (DELFINO & SILVA, 2020). Não bastasse isso, a EC nº 45, ao incluir o §4º²⁹ ao art. 5º da CRFB, internalizou a submissão do Estado Brasileiro ao TPI, que já era exigível na esfera internacional desde a ratificação do Estatuto, independentemente da existência de dispositivo legal doméstico.

Quanto à implementação, por sua vez, Alflen da Silva (2009) observa que a etapa não foi perfectibilizada pelo Estado Brasileiro. Nesse ponto, o autor refere que a ausência de previsão expressa acerca do mecanismo de implementação – além de

²⁷ Os votos contrários foram China, Estados Unidos, Filipinas, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia.

²⁸ Em seu Artigo 126, o Estatuto de Roma previa sua entrada em vigor no primeiro dia do mês após o transcurso de sessenta dias desde o depósito do 60º instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou aceitação do tratado junto ao Secretário Geral da ONU.

²⁹ Art. 5º, § 4º, CRFB. O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

implicar diversidade de sua forma, que pode ser completa ou limitada³⁰, conforme decisão de cada país – ensejou questionamentos quanto à obrigatoriedade de procedê-la. No entanto, o mesmo conclui que, no plano jurídico, tal obrigação é decorrência implícita do dever de cooperação assumido pelos Estados-Parte em relação ao TPI, bem como do princípio de complementariedade da jurisdição, previsto no art. 17 do Estatuto de Roma, de modo que a fórmula mínima de adimplemento seria a “implementação por meio da introdução dos dispositivos processuais necessários para a cooperação e da ampliação do rol de crimes com a inclusão daqueles delitos jurisdicionados pelo TPI” (ALFLEN DA SILVA, 2009, p. 384).

Ademais, ao analisar as disposições contidas no Capítulo IX do Estatuto de Roma, relativas à obrigatoriedade de cooperação dos Estados com o Tribunal, à luz da Teoria da Responsabilidade Internacional do Estado por Atos Ilícitos, Miranda (2010) concluiu que a ausência de previsão de sanções específicas para o descumprimento do tratado pelos Estados signatários contribui para a ineficácia de seus dispositivos. Sendo assim, o autor defende que a inércia de um Estado-Parte em garantir a implementação de um tratado consiste em ato ilícito apto a gerar responsabilização internacional.

Nesse sentido, é importante destacar que eventuais incompatibilidades de disposições contidas em tratados internacionais com a Constituição nacional – inconstitucionalidade intrínseca – não podem ser utilizadas para justificar seu descumprimento no plano internacional, pois, nos termos do art. 27 da CVDT³¹, um Estado não pode invocar normas de Direito Interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Mazzuoli (2021) explica que se trata de vedação no plano material, na medida em que o dispositivo comporta exceção relativa ao art. 46 da mesma Convenção, que trata dos vícios de consentimento do Estado – a exemplo da ratificação sem prévia aprovação legislativa – os quais configuram inconstitucionalidade formal ou extrínseca e são os únicos vícios atinentes a normas de Direito Interno alegáveis para fins de justificar o descumprimento.

³⁰ Alflen da Silva (2009, *apud* AMBOS) explica que a implementação completa ocorre quando há transposição integral dos dispositivos do Estatuto, como a solução adotada por Trinidad y Tobago, ao passo que a implementação limitada consiste na realização de inovações pontuais do ordenamento jurídico interno para adimplir as obrigações internacionalmente assumidas, como foi a solução adotada pelos Estados da França, Alemanha e Canadá.

³¹ Art. 27, CVDT. “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”.

[Q]uando a inconstitucionalidade dos tratados internacionais é intrínseca, ou seja, quando o tratado, apesar de formalmente ter respeitado todo o procedimento constitucional de conclusão estabelecido pelo Direito interno, contém normas violadoras de dispositivos constitucionais (ou seja, viola materialmente a Constituição). Não se trata aqui, como se vê, de violação de norma sobre competência estabelecida pelo Direito interno para a conclusão de tratados, mas sim de conflito entre tratado (formalmente válido) e a Constituição, que lhe é anterior (caso de incompatibilidade material entre o tratado e o Direito interno constitucional). Nesse caso, não se pode valer do art. 46 da Convenção de Viena, em virtude de não ter sido o acordo concluído com violação manifesta de norma de fundamental importância de Direito interno sobre competência para concluir tratados (MAZZUOLI, 2021, p. 224).

Desse modo, conclui-se que o Estado Brasileiro, na medida em que se obrigou voluntariamente ao cumprimento de todas as disposições do Estatuto de Roma, com a devida observância às formalidades do processo de formação dos tratados, encontra-se obrigado perante a comunidade internacional a implementar efetivamente suas normas no plano do Direito Interno, não podendo utilizar-se de qualquer regra doméstica para justificar sua inércia.

3.3.2 Costumes

Ao lado dos tratados, costumes são uma das principais fontes do Direito Internacional, sobretudo em razão da ausência de um poder centralizado na elaboração das normas, de modo que o Estatuto da CIJ não vislumbra qualquer hierarquia entre as fontes primárias (GOMES, 2015). O Estatuto de Roma, por outro lado, hierarquizou suas fontes no art. 21, sem mencionar expressamente os costumes entre elas, porém abrangendo-os de forma implícita (DEGAN, 2005).

Na lição de Cryer et al. (2010, p. 79), o direito consuetudinário internacional é o “conjunto de normas derivadas da prática de Estados acompanhada de *opinio iuris*”,³² que por sua vez é definida como “a crença de que tal prática é exigida por ou está de acordo com a lei”.³³ Os autores observam que o uso dessa fonte tem sido criticado no que tange ao Direito Penal Internacional, sob fundamentos de ser excessivamente vaga para implicar responsabilização criminal e, inclusive, de que seria inadmissível a utilização de normas não-escritas no campo penal.

De acordo com Ambos (2005), a legitimação dos costumes como fonte do Direito Penal Internacional – ainda que secundária em relação às disposições do próprio tratado – encontra-se no art. 21 do Estatuto de Roma, ao dispor que são

³² “Tradução livre: body of law which derives from the practice of States accompanied by *opinio iuris*”.

³³ Tradução livre: “the belief that what is done is required by or in accordance with law”.

aplicáveis “princípios e normas de direito internacional”, que incluem as regras costumeiras, na mesma hierarquia de tratados internacionais alheios ao Estatuto.

Utilizando-se do exemplo do processo de definição dos crimes contra a humanidade, Olásolo (2007, p. 302) acrescenta que a importância do direito costumeiro como fonte de Direito Penal Internacional se deve à “tradicional reticência dos Estados para definir o comportamento que mais enfraquece os valores da comunidade internacional por meio de tratados internacionais”³⁴. Essa desídia, segundo Gomes (2015, p. 98), apresentou o segundo grande desafio ao cumprimento do princípio da legalidade no processo de definição dos crimes contra a humanidade³⁵, e pode ser explicada pelo

“fato de o crime contra a humanidade ter suas origens na “criminalidade de Estado”, envolvendo condutas perpetradas por Chefes de Estado ou oficiais de Estado em nome deste, com o uso do próprio aparato estatal, contra as populações civis, afetando diretamente o exercício do poder soberano em âmbito interno” (GOMES, 2015, p. 98).

Conforme sedimentado pela Comissão de Direito Internacional (ILC) quando da elaboração do documento *Draft conclusions on identification of customary international law*, os dois elementos de formação e expressão das normas costumeiras – prática geral³⁶ e *opinio iuris* – devem ser analisados isoladamente. Nesse norte, identifica-se a prática estatal a partir de seu exercício nas funções executiva, legislativa, judiciária e outras, tanto por meio de atos físicos quanto verbais, incluindo correspondências diplomáticas, assinatura de tratados, atos administrativos, decisões de tribunais domésticos, entre outros. Ainda, a depender das circunstâncias, a prática estatal pode ser manifestada inclusive por meio de inação. No entanto, a prática não é avaliada em relação a um Estado específico, mas sim ao conjunto de atores da comunidade internacional (ILC, 2018).

Contudo, Ambos (2005) assevera que a impunidade generalizada das graves violações de direitos humanos implica um problema para o requisito objetivo de formação das normas consuetudinárias, qual seja a prática generalizada, que pode ser suprido com a utilização acentuada dos princípios gerais de direito.

³⁴ Tradução livre: “the traditional reticence of States to define the behaviour which most seriously undermines the values of the international community by means of international treaties”

³⁵ Segundo a mesma autora, o primeiro desafio colocado à adoção do princípio da legalidade, conforme citado na seção 3.3, é a diferença na base filosófica entre o Direito Internacional e o Direito Penal, na medida em que aquele é fundado no consenso, e este, na coerção (CANATO, 2009).

³⁶ O relatório da Comissão de Direito Internacional observa que a prática geral pode ser aferida não somente a partir da conduta de Estados, mas também de organizações internacionais em certos casos.

A *opinio iuris*, a seu turno, é o elemento subjetivo que distingue uma norma costumeira de uma simples conduta recorrente. Trata-se da exigência de que essa prática seja adotada “com um senso de dever legal ou obrigação”³⁷, o que pode ser evidenciado, por exemplo, por meio de declarações feitas em nome dos Estados em conferências diplomáticas, publicações oficiais, decisões de cortes nacionais, resoluções de organizações internacionais, entre outras maneiras (ILC, 2018, p. 3).

Cabe destacar que o art. 38 da CVDT estabelece que os tratados podem ser instrumento de veiculação de normas costumeiras. Como destaca Milanovic (2011), as declarações feitas durante a Conferência de Roma sugerem que o próprio Estatuto do TPI almejava sedimentar normas costumeiras existentes ao invés de criar novas. Ainda, para Santos (2017, *apud* ROHT-ARRIAZA), “as disposições de extraditar ou julgar frequentemente dispostas em tratados que criminalizam violações de direitos humanos” são o exemplo mais evidente de obrigações oriundas do direito consuetudinário e posteriormente codificadas. A autora observa, contudo, que a obrigação poderia ser entendida como princípio geral de direito em relação da

Nesse sentido, Gomes (2015, p. 76) explica que “passou-se a admitir os tratados com vocação universal como expressão da *opinio iuris* da comunidade internacional”. Desse modo, os tratados referentes a padrões de conduta universais – e não a meras obrigações recíprocas – passam a ter “efeitos de direito costumeiro para Estados terceiros, formando parte do direito internacional geral”. Nas palavras de Kok (2007, p. 17):

“os crimes nucleares do direito internacional envolvem violação não apenas de normas convencionais, mas também do direito consuetudinário internacional. Dessa forma, tribunais domésticos ou cortes internacionais podem perseguir esses crimes com base no direito costumeiro internacional, ainda que um Estado não tenha ratificado nenhum instrumento acerca da persecução dos *core international crimes*”.³⁸

Quanto ao ponto, considerando-se a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade como norma costumeira previamente existente, que foi meramente codificada pela Convenção de 1968, destaca-se que o Estado Brasileiro não se desvinculou do cumprimento desta, pois não apenas deixou de impugná-la expressa

³⁷ Tradução livre: “with a sense of legal right or obligation”.

³⁸ Tradução livre: “core international crimes involve the violation not only of rules of conventional law, but also of customary international law. Accordingly, domestic courts or international tribunals can prosecute such crimes pursuant to customary international law, even if a state has not ratified any international instrument regarding the prosecution of core international crimes”.

e publicamente, mas inclusive manifestou concordância com sua aplicabilidade à ocasião da Conferência de Roma em 1998, por intermédio do diplomata Vergne Saboia, com a seguinte declaração: “ainda que a lei penal brasileira preveja períodos variáveis de prescrição para diferentes crimes, o Brasil poderia aceitar a proposta de que não deva haver limitações à persecução dos crimes de competência inerente à Corte” (UNITED NATIONS, 1998, p. 142).

Ademais, a jurisprudência internacional, apesar de não ser fonte autônoma de direito internacional, pode ser utilizada como prova da *opinio juris*. Destaca-se, pois, que “ambos os elementos (prática e *opinio iuris*) precisam ser **provados** para que se identifique o costume”³⁹, sendo esta a principal diferença entre as normas consuetudinárias e as convencionais, na medida em que “[e]nquanto a invocação das normas de um tratado pressupõe o questionamento sobre sua vigência para que possa obrigar a parte, a norma costumeira requer a prova de sua existência e de seu sentido normativo” (GOMES, 2015, p. 73). Diante disso, Degan (2005, p. 80) argumenta que a ausência de menção explícita à expressão *costumes* permite que “a Corte não precise provar o caráter costumeiro de ‘princípios e normas’ que deseje aplicar, especialmente a *communis opinio juris*”.⁴⁰

Quanto ao fundamento dos costumes, Gomes (2015, p. 70) explica que se trata de um debate “ligado ao fundamento de obrigatoriedade do direito internacional”, que se divide entre duas correntes. Na ótica voluntarista, “o fundamento do direito internacional é a vontade dos Estados soberanos”, de forma que “[u]ma leitura radical desta corrente conduziria à inaplicabilidade da regra costumeira a qualquer Estado que não tenha contribuído para sua formação, ainda que tacitamente”, o que prejudica o caráter de universalidade do direito internacional.

Por sua vez, para a corrente objetivista, “o costume obriga porque ele traduz objetivos exteriores, tais como, solidariedade social, consciência jurídica coletiva, exigências morais”. As críticas a essa teoria fundam-se na dificuldade de delimitação prática acerca do objeto persistente (GOMES, 2015, p. 71). Nesse norte, em relação ao conceito de objeto persistente, cabe destacar a conclusão nº 15 elaborada pela ILC (2018, p. 4):

³⁹ Destaque no original.

⁴⁰ Tradução livre: “[this less precise wording] has the advantage that the Court will not need to prove the customary character of ‘principles and rules’ it wishes to apply, especially not the *communis opinio juris*”.

1. Onde um Estado tenha impugnado uma norma de direito costumeiro enquanto essa norma estava em processo de formação, a norma não é oponível a este Estado contanto que mantenha sua objeção
2. A objeção deve ser expressa claramente, ser publicizada para outros Estados, e mantida persistentemente.
3. O presente projeto de conclusão não prejudica qualquer questão envolvendo normas peremptórias de direito internacional geral (*jus cogens*).⁴¹

Desse modo, percebe-se que apenas a impugnação reiterada e pública da validade da norma – desde o momento de sua formação e sem interrupções – desvincula o Estado objetor do cumprimento de uma regra costumeira, a menos que esta tenha força de *jus cogens*, pois as normas peremptórias geram efeito de obrigação *erga omnes*.

3.3.3 Princípios gerais de direito

Cassese (2006) explica que os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas constituem uma fonte subsidiária do Direito Internacional, à qual os tribunais devem recorrer quando as fontes primárias – tratados e costumes – não fornecerem uma solução casuística. Sobre a diferença entre os princípios gerais de direito das normas costumeiras, o autor leciona que

“os requisitos para a existência de tal princípio são diferentes daqueles, e menos rigorosos do que aqueles relativos às regras costumeiras: *usus* e *opinio juris* não são necessários; apenas a existência objetiva do fato de que a maioria dos países do mundo contemplam o mesmo princípio geral de direito em sua legislação ou caso legal é necessário”.⁴² (CASSESE, 2006, p. 415).

No entanto, Ambos (2005) alerta que os princípios gerais de direito referidos no art. 21 do Estatuto de Roma não se confundem com aqueles elencados como fontes primárias no art. 38 do Estatuto da CIJ. No que se refere ao Direito Penal Internacional, o autor explica que os princípios gerais de direito possuem uma função dúplice: por

⁴¹ Tradução livre: “1. Where a State has objected to a rule of customary international law while that rule was in the process of formation, the rule is not opposable to the State concerned for so long as it maintains its objection.

2. The objection must be clearly expressed, made known to other States, and maintained persistently.

3. The present draft conclusion is without prejudice to any question concerning peremptory norms of general international law (*jus cogens*)”.

⁴² Tradução livre: “the requirements for the existence of such a principle are different from, and less stringent than, those relating to customary rules: *usus* and *opinio juris* are not necessary; only the objective existence of the fact that most countries of the world uphold the same general principle of law in their legislation or case law is needed”.

um lado, como normas supranacionais originárias, eles são elementos da formação de regras do direito consuetudinário; por outro lado, em seu sentido tradicional, são consideradas fontes autônomas. Nesse contexto,

“ainda que, de acordo com o art. 21 (b) (c), devem ser aplicados apenas subsidiariamente, eles assumem entretanto uma considerável importância em atenção ao estado ainda rudimentar do direito penal internacional escrito e não escrito, especialmente em sua parte geral”⁴³. (AMBOS, 2005, p. 38).

Em seu sentido tradicional, os princípios gerais de direito advêm de uma investigação comparada dos princípios consagrados em ordenamentos jurídicos nacionais. Porém, segundo Ambos (2005, p. 37, *apud* Simmas), a posição doutrinária dominante na atualidade consagra a possibilidade de obtê-los também a partir da “valoração do conjunto de *soft law*”⁴⁴, como uma espécie de *opinio iuris* sem prática estatal concordante”⁴⁵.

Nesse sentido, o autor conclui que a “compreensão moderna dos princípios gerais de direito conduz a uma assimilação do direito consuetudinário internacional com os princípios gerais de direito”⁴⁶, como demonstrado pela jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII), que fundamentou a proibição do ataque de civis como represálias com base em “necessidades da humanidade e os ditames da consciência pública, como manifestado em *opinio necessitatis*”⁴⁷ no caso Prosecutor v. Kuprešić et al. (AMBOS, 2005, p. 38, *apud* TPII).

Por sua vez, referindo-se à decisão do caso Erdemović pelo TPII, que rejeitou a possibilidade da alegação de coação moral nos crimes de guerra e contra a humanidade que envolvessem o assassinato de inocentes, Jain (2016) considera que os julgadores recorreram aos princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas porque não havia quaisquer normas convencionais ou costumeiras nesse sentido, a partir de uma comparação de regras oriundas de sistemas nacionais que,

⁴³ Tradução livre: “aunque de acuerdo con el art. 21 (b) (c) deben ser aplicados sólo subsidiariamente, ellos asumen sin embargo una considerable importancia en atención del estado aún rudimentario del derecho penal internacional escrito y no escrito, especialmente en su parte general”.

⁴⁴ O conceito de *soft law* refere-se a disposições normativas que, embora não vinculantes – nesse sentido opostas aos instrumentos de *hard law* – são indicativos da existência de normas para a comunidade internacional (BOYLE, 2006). Pertencem a essa categoria, por exemplo, as decisões de organismos internacionais não jurisdicionais, os esforços de codificação que não alçaram à categoria de tratado internacional oponível e as declarações em conferências diplomáticas (AMBOS, 2005).

⁴⁵ Tradução livre: “valoración de conjunto del ‘soft law’ internacional, como una especie de ‘opinio iuris without concordant state practice’”.

⁴⁶ Tradução livre: “comprensión moderna de los principios generales del derecho conduce a una asimilación del derecho consuetudinario internacional con los principios generales del derecho”.

⁴⁷ Tradução livre: “demands of humanity and the dictates of public conscience, as manifested in *opinio necessitatis*”.

em sua perspectiva, tampouco demonstrou qualquer uniformidade que possibilitasse a extração desse princípio.

Portanto, ainda que reconheça a importância dos princípios gerais de direito em face do estágio incipiente de desenvolvimento em que se encontra o direito penal internacional, Jain (2016) observa que a utilização destes para incriminar condutas ou afastar *defences* sem expressa previsão legal conflita com o princípio da legalidade e confere excessiva discricionariedade aos juízes, que devem estar atentos à sua natureza essencialmente subsidiária. No mesmo sentido, Cryer et al. (2010) referem que os princípios gerais de direito devem ser o último recurso utilizado no direito penal em razão de sua natureza genérica. Ainda, citando o caso Erdemović, acrescentam que “por vezes simplesmente não há um princípio geral o suficiente para se aplicar”.

Por fim, embora as decisões do TPI não tenham caráter de precedente vinculante para além das partes, convém destacar que sua jurisprudência é apontada como um meio auxiliar e facultativo de interpretação dos princípios gerais de direito.

3.4 DAS NORMAS IMPERATIVAS DE DIREITO INTERNACIONAL

No campo do Direito Internacional, as normas *jus cogens* – também chamadas de imperativas, cogentes ou peremptórias – são aquelas que não podem ser alteradas pelo acordo de vontades, a não ser pela superveniência de regra da mesma natureza (CORRÊA; AURVALLE; DI GESU, 2019). Com efeito, o art. 53 da CVDT⁴⁸ dispõe que tratados concluídos em desacordo com uma norma de caráter *jus cogens* são nulos.

Por conseguinte, “uma norma *jus cogens* detém a mais alta posição hierárquica entre todas as outras normas e princípios”⁴⁹ (BASSIOUNI, 1996, p. 63). Nesse sentido, Corrêa, Aurvalle, di Gesu (2019) comparam sua função com aquela exercida pelas normas fundamentais de direito doméstico: assim como cidadãos não têm permissão irrestrita para realizar quaisquer acordos na esfera privada – pois estão sujeitos à observância de direitos fundamentais –, os Estados tampouco têm liberdade absoluta

⁴⁸ Art. 53, CVDT.

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)
É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

⁴⁹ Tradução livre: “a *jus cogens* norm holds the highest hierarchical position among all other norms and principles”.

para acordar sobre quaisquer disposições em tratados, porque há normas que transcendem seus interesses e afetam a comunidade internacional como um todo.

Por essa razão, Piovesan (2019, p. 59) afirma que, num contexto de “constitucionalismo global”, o Direito Internacional é transformado em “parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais”, na medida em que suas cláusulas são consideradas nulas quando implicarem violação a normas imperativas. No entanto, cabe frisar que a nulidade de disposições que violem normas de caráter *jus cogens* se estende aos tratados e costumes internacionais, de modo que não se trata de uma sobreposição da ordem internacional em detrimento do ordenamento jurídico interno.

Corrêa, Aurvalle, di Gesu (2019, *apud* Weatherall) referem que, apesar de haver consenso sobre a existência de normas vinculantes para os Estados, há ampla discordância acerca do seu conteúdo, forma de identificação e implicações legais. Bassiouni (1996, p. 65) acrescenta que a principal controvérsia, que divide publicistas e penalistas no campo do Direito Internacional⁵⁰, encontra-se em explicar “como um determinado crime internacional atinge o *status* de *jus cogens* e de que forma esses crimes satisfazem os requisitos do ‘princípio da legalidade’”⁵¹.

Como exemplos relativamente incontroversos de *jus cogens*, entretanto, Corrêa, Aurvalle, di Gesu (2019, *apud* Weatherall) citam a proibição da escravidão e da pirataria. Além desses, Bassiouni (1996) menciona os crimes de agressão, genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e tortura. Nesse norte, o autor destaca que “um crime *jus cogens* é caracterizado explícita ou implicitamente por uma política ou conduta estatal”⁵², o que os distingue essencialmente de outros crimes internacionais (BASSIOUNI, 1996, p. 69).

Segundo Bassiouni (1996), a base legal para considerar esses crimes como *jus cogens* advém da *opinio juris* refletida em pronunciamentos internacionais, da criação de tribunais ad hoc voltados para sua persecução, do grande número de Estados signatários de seus tratados proibitivos e da menção ao patamar de mais alta gravidade das violações de direito internacional que é expresso nessas normas convencionais. No entanto, a análise para identificação desse caráter deve ser

⁵⁰ Bassiouni (1996) menciona que, embora normas de caráter *jus cogens* e seus efeitos *erga omnes* tenham sido amplamente debatidas no campo do Direito Internacional, poucas destas discussões situavam-se no campo do Direito Penal Internacional.

⁵¹ Tradução livre: “how a given international crime achieves the status of *jus cogens* and the manner in which such crimes satisfy the requirements of the “principles of legality””.

⁵² Tradução livre: “a *jus cogens* crime is characterized explicitly or implicitly by state policy or conduct”.

realizada individualmente, levando-se em consideração a evolução histórica dos delitos, o grau de aderência aos instrumentos legais que veiculem sua proibição, posicionamentos doutrinários e princípios gerais de direito.

Quanto às consequências do reconhecimento de um crime como *jus cogens*, Bassiouni (1996, p. 63) explica que “[*jus cogens* refere-se ao status legal que certos crimes internacionais atingem e *obligatio erga omnes* diz respeito às implicações legais que surgem da caracterização de um crime como *jus cogens*”⁵³. Em outras palavras, embora todas as regras *jus cogens* sejam universalmente vinculantes, é possível que Estados assumam obrigações perante a comunidade internacional como um todo – *erga omnes* – sem que estas tenham esse caráter imperativo. Ainda, o autor assevera que as implicações dessa identificação consistem em dever – e não mero direito – de persecução.

“Portanto, reconhecer certos crimes internacionais como *jus cogens* carrega consigo o dever de processar ou extraditar, a inaplicabilidade das limitações para esses crimes e universalidade de jurisdição para esses crimes independentemente de onde tenham sido cometidos, por quem (incluindo chefes de Estado), contra qual categoria de vítimas, e independentemente de seu contexto de ocorrência (paz ou guerra). Sobretudo, a caracterização de certos crimes como *jus cogens* impõe aos Estados a *obligatio erga omnes* de não conceder impunidade aos violadores desses crimes”⁵⁴ (BASSIOUNI, 1996, p. 65-66).

Por conseguinte, em sentido diverso de Formiga e Ponzilacqua (2021), que afirmam que o Brasil só poderia afastar a incidência da norma *jus cogens* sobre imprescritibilidade caso tivesse impugnado sua existência reiteradamente, na condição de objeter persistente – o que não fez –, entende-se que o caráter cogente não é mero sinônimo de norma costumeira, de modo que constitui obrigação *erga omnes* inafastável pela manifestação de vontade.

Ademais, Weichert (2021, p. 4) ressalta que, nos casos de crimes contra a humanidade, “a dimensão internacional é determinada pela falta de habilidade dos mecanismos estatais normais de controle para tratar da criminalidade provocada pelo próprio Estado ou por seus líderes”, de forma que, nas palavras de Trindade

⁵³ Tradução livre: “*Jus cogens* refers to the legal status that certain international crimes reach, and *obligatio erga omnes* pertains to the legal implications arising out of a certain crime's characterization as *jus cogens*”.

⁵⁴ Tradução livre: “Thus, recognizing certain international crimes as *jus cogens* carries with it the duty to prosecute or extradite, the non-applicability of statutes of limitation for such crimes, and universality of jurisdiction over such crimes irrespective of where they were committed, by whom (including Heads of State), against what category of victims, and irrespective of the context of their occurrence (peace or war). Above all, the characterization of certain crimes as *jus cogens* places upon states the *obligatio erga omnes* not to grant impunity to the violators of such crimes”.

(2013, p. 39), os tribunais internacionais contemporâneos devem buscar “o primado do *jus necessarium* sobre o *jus voluntarium*”, o que implica abandonar “concessões indevidas ao voluntarismo estatal” em direção a uma jurisdição universal obrigatória.

Ainda, tendo em vista que não se pode atribuir a prática de crimes a Estados, Corrêa, Aurvalle, di Gesu (2019) observam que a violação de normas *jus cogens* enseja um duplo regime de responsabilização: por um lado, a responsabilidade individual perante o Direito Penal Internacional, e por outro, a atribuição de responsabilidade internacional do Estado violador no âmbito do regime próprio de responsabilização destes por atos ilícitos.

Nesse sentido, Bassiouni (1996, p. 67) pontua que há uma distância entre as expectativas criadas pelo sistema normativo e a efetiva prática dos Estados, que poderia ser reduzida por pronunciamentos internacionais e produções acadêmicas. Ainda assim, cabem maiores investigações sobre essa aproximação ser ou não “suficiente para permitir a passagem desses conceitos de um *desideratum* para obrigações legais vinculantes sob Direito Penal Internacional, criando responsabilidade em caso de descumprimento”⁵⁵, de modo que futuras pesquisas deverão atentar para as nuances relativas à responsabilidade internacional em face do descumprimento do dever de punir ou extraditar crimes internacionais, seja por inadimplemento obrigacional do Estatuto de Roma, seja por violação de normas *jus cogens* em relação a fatos anteriores à sua vigência.

Ademais, assim como ocorre com o princípio da legalidade, as normas *jus cogens* são influenciadas pelo debate entre juspositivistas e jusnaturalistas. Corrêa, Aurvalle, di Gesu (2019, p. 424) explicam que “a reivindicação por uma autoridade absoluta aparentemente encontra suas raízes numa longa tradição de pensar o direito de maneira geral”,⁵⁶ segundo a qual haveria uma “lei ‘natural’ (de origem divina e/ou descoberta pela razão), em oposição à lei ‘positiva’ (criada pelo homem)”.⁵⁷ Na concepção jusnaturalista, portanto, há leis universais e imutáveis, que independem da vontade humana e são hierarquicamente superiores às regras de sua criação.

⁵⁵ Tradução livre: “the question remains whether such a bridge can be solid enough to allow for the passage of these concepts from a *desideratum* to enforceable legal obligations under ICL, creating state responsibility in case of non-compliance”.

⁵⁶ Tradução livre: “Such claim to na absolute authority seemingly finds its roots in a long-running tradition of thinking about law in general”.

⁵⁷ Tradução livre: “‘natural’ (god-made, and/or rationally discovered), as opposed to ‘positive’ (human-made), law”.

Por sua vez, o juspositivismo pressupõe que o Estado é o criador de todas as normas, na medida em que o ordenamento jurídico internacional é um produto do seu consentimento, seja na assinatura de tratados, seja pela prática estatal exercida com senso de obrigatoriedade, no caso das regras costumeiras. Além disso, esta corrente rejeita a influência da moral sobre o direito, bem como a existência de regras universais e imutáveis, admitindo que há lacunas nos sistemas jurídicos, embora estes sejam “completos porque possuem os conceitos e o raciocínio lógico a ser usado pelos julgadores para suprir tais lacunas”⁵⁸. Nessa perspectiva, as normas cogentes seriam apenas aquelas dotadas de maior hierarquia no ordenamento jurídico internacional (CORRÊA; AURVALLE; DI GESU, 2019, p. 426).

Como observam Corrêa, Aurvalle, di Gesu (2019), ambas as correntes apresentam problemas para conceituar as normas peremptórias. Por um lado, a abordagem naturalista não explica como leis *imutáveis* poderiam ser alteradas (pela superveniência de normas da mesma ordem). Por outro, o positivismo falha em elucidar a existência de disposições universalmente vinculantes que independem do consenso estatal e não podem ser alteradas por meio deste.

Nessa linha, surgem tentativas de conciliação entre as diferentes concepções de *jus cogens*. Corrêa, Aurvalle, di Gesu (2019, p. 437-438, *apud* Weatherall) aludem a “uma espécie de positivismo inclusivo”,⁵⁹ que visa a conciliar o conteúdo moral das normas peremptórias como uma positivação dos princípios gerais de direito operada como um exercício de soberania dos Estados. Nessa perspectiva, compreende-se as “normas *jus cogens* como um tipo especial de normas do direito internacional costumeiro, que tem como guia o princípio da dignidade humana”.⁶⁰

Quanto ao ponto, observa-se que parte da doutrina compreende *jus cogens* como um sinônimo de normas consuetudinárias, além de haver modelos que as consideram como uma forma de descrever alguns princípios de direito e, ainda, não há consenso sobre seu caráter de fonte do direito internacional (BASSIOUNI, 1996).

Diante disso, é essencial tecer a distinção entre normas costumeiras e peremptórias (ainda que uma norma consuetudinária possa ser também de natureza cogente): um simples costume pode ser derogado pela superveniência de um tratado

⁵⁸ Tradução livre: “[the system was] complete because it possessed the concepts and logical reasoning that should be used by judges to bridge such gaps”.

⁵⁹ Tradução livre: “a kind of inclusive positivism”.

⁶⁰ Tradução livre: “*jus cogens* norms as a special kind of international customary norms, which has, as a guiding light, the principle of human dignity”.

ou da formação de novo costume, bem como pode ser escusável pela doutrina do objeto persistente, ao passo que normas peremptórias são inderrogáveis (CORRÊA; AURVALLE; DI GESU, 2019).

Em conclusão, reitera-se que as normas cogentes são excepcionais no âmbito do Direito Internacional, cuja base geral de formação é o consenso entre Estados. Assim, as normas *jus dispositivum* – expressão de vontades, sejam estas convencionais ou costumeiras – são a regra, por sua natureza consensual e derogável, ao passo que as regras *jus cogens* são a exceção, em face de seu caráter imperativo e inderrogável (CORRÊA; AURVALLE; DI GESU, 2019).

4 CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Preliminarmente à definição específica dos crimes contra a humanidade, cabe delimitar o escopo do termo “crimes internacionais” adotado neste trabalho, que se restringe à sua acepção em sentido estrito. Por conseguinte, segundo os critérios de Wiener (1993, p. 39), trata-se apenas de crimes cuja responsabilização individual é decorrente de normas de Direito Internacional e “limitada às mais graves violações aos valores da comunidade internacional”, em oposição à concepção de crime internacional em sentido amplo, que abrange condutas transnacionais que têm seu regime de responsabilização baseado em legislações domésticas e não são universalmente repreensíveis, a exemplo do tráfico internacional de drogas.

Isso posto, a presente seção dedica-se a conceituar os crimes contra a humanidade, desde as primeiras definições traçadas pelo Acordo de Londres que instituiu o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg até a tipologia vigente no Direito Penal Internacional contemporâneo, no âmbito do TPI. Além disso, serão apresentados os princípios regentes desse Tribunal e, conseqüentemente, dessa espécie de crimes. Por fim, é traçado um breve panorama de julgados oriundos de Tribunais em atividade – como as Cortes regionais de Direitos Humanos –, na medida em que a jurisprudência internacional é relevante demonstrativo da *opinio iuris* na formação de normas consuetudinárias.

4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

De acordo com Sousa (2007, p. 619), a definição dos crimes contra a humanidade pelo Estatuto de Roma “representa o ponto alto de um longo processo diplomático que durou mais de 50 anos”, referindo-se aos trabalhos da Comissão de Direito Internacional que objetivavam a elaboração de um Projeto de Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade e um Estatuto do Tribunal Penal Internacional, os quais se iniciaram após a aprovação da Resolução 95 de 11 de dezembro de 1946 pela Assembleia Geral da ONU⁶¹, que reconheceu os princípios e autorizou o funcionamento do Tribunal de Nuremberg.

⁶¹ A Resolução 95 de 11 de dezembro de 1946 da Assembleia Geral da ONU encontra-se disponível em https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_ph_e.pdf.

4.1.1 Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e Tóquio

Embora existissem documentos históricos prévios que fizessem referência a atos contrários às leis da humanidade⁶², a matriz de sua definição remonta à Carta do Tribunal Militar Internacional, anexa ao Acordo de Londres de 8 de Agosto de 1945, que instituiu o Tribunal de Nuremberg, e foi somente após a 2ª Guerra Mundial que a comunidade internacional passou a discutir o conceito e conteúdo material dos crimes contra a humanidade (SOUSA, 2007), pois as atrocidades dessa guerra e do totalitarismo nazifascista motivaram um processo de internacionalização dos direitos humanos, baseado na alegação de que esses eventos teriam sido possivelmente evitáveis por uma ordem internacional que impedisse possíveis violações praticadas pelos próprios agentes de Estado (PIOVESAN, 2019).

Nesse contexto, o primeiro Tribunal a processar indivíduos por crimes internacionais foi justamente o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, instituído pelos países vencedores da guerra – Estados Unidos, França, Reino Unido e União Soviética –, que assinaram o Acordo de Londres, com a previsão de competência para o julgamento de crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, conferindo a estes a seguinte definição, veiculada no art. 6º(c) de seu documento anexo, a Carta de Londres para o Tribunal Internacional Militar de 1945⁶³:

“(c) CRIMES CONTRA A HUMANIDADE: a saber, assassinato, extermínio, escravização, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições fundadas em bases políticas, raciais ou religiosas na execução ou em conexão com qualquer crime de jurisdição do Tribunal, estejam eles ou não em violação da lei doméstica do país onde perpetrados”.⁶⁴

Também nesse primeiro estágio de desenvolvimento da responsabilização criminal na esfera interestatal, situa-se o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (GOMES, 2015), conhecido como Tribunal de Tóquio, que foi instituído por

⁶² Como exemplos, Sousa (2007) cita a "cláusula Martens", integrada à Convenção de Haia de 1907, que dispõe a aplicação do Direito Internacional a habitantes e beligerantes, bem como a Declaração de 1915 dos Governos de França, Reino Unido e Rússia, que definiu o extermínio do povo armênio pelo Governo turco como "crimes contra a humanidade e civilização".

⁶³ A íntegra da Carta de Londres para o Tribunal Internacional Militar de 1945 encontra-se disponível em: http://www.icls.de/dokumente/imt_statute.pdf.

⁶⁴ Tradução livre (destaque no original): **“(c) CRIMES AGAINST HUMANITY:** namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated”.

uma ordem militar do Exército norte-americano, assinada em 19 de janeiro de 1946 pelo General Douglas MacArthur, em nome do Supremo Comando das Forças Aliadas. Esse estatuto⁶⁵ definia crimes contra a humanidade no art. 5º(c), abaixo transcrito:

c. Crimes contra a Humanidade: A saber, assassinato, extermínio, escravização, deportação, e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos políticos ou raciais em execução ou em conexão com qualquer crime de jurisdição do Tribunal, esteja ou não em violação da lei doméstica do país onde foram perpetrados. Líderes, organizadores, instigadores e cúmplices participando na formulação ou execução de um plano comum ou conspiração para cometer qualquer ou os crimes acima mencionados são responsáveis por todos os atos performados por qualquer pessoa na execução desse plano”⁶⁶.

Inicialmente, observa-se que o Tribunal de Tóquio retrocedeu sua abrangência em relação à definição de Nuremberg, ao retirar as perseguições de cunho religioso da categoria de crimes contra a humanidade (GOMES, 2015). Como pontos comuns, frisa-se que o conceito de crimes contra a humanidade contido nos estatutos dos tribunais do pós-guerra não lhes conferia autonomia em relação à situação de guerra, na medida em que se exigia que os atos de perseguição contra uma população civil fossem praticados “antes ou durante a guerra”.

Tratou-se, pois, de categoria subsidiária, na medida em que fundou “a noção jurídica de um crime extremamente grave e que não poderia ser qualificado como sendo um crime de guerra segundo o direito internacional humanitário” (GUERRA & TONETTO, 2018). Com efeito, em suas primeiras definições, os crimes contra a humanidade eram “meramente uma extensão do crime de guerra a outros sujeitos passivos não cobertos pelas leis e costumes da guerra” (SOUSA, 2007, p. 621).

Nota-se que, além de ter oferecido a primeira definição sistemática dos crimes contra a humanidade, o legado de Nuremberg consiste na consagração do princípio da responsabilidade individual, que rege o Direito Penal Internacional até os dias

⁶⁵ A íntegra da ordem de instituição do Tribunal de Tóquio encontra-se disponível em: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf

⁶⁶ Tradução livre: “c. Crimes against Humanity: Namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political or racial grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. Leaders" organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any or' the foregoing crimes are responsible for all 'acts performed by any person in execution of such plan”.

atuais, consolidando o entendimento de que “crimes contra a ordem internacional são cometidos por indivíduos e não por entes abstratos” (PIOVESAN, 2019, p. 95). Da mesma forma, foi de grande importância paradigmática a irrelevância de que as condutas estivessem de acordo com o direito doméstico vigente.

Se, por um lado, a conformidade com as leis internas dos crimes praticados no regime nazifascista é um argumento de legitimação de uma ordem supranacional que relativize o conceito de soberania em prol da cidadania universal, por outro, a ausência de normas explícitas anteriores ao julgamento fundamenta também a principal crítica que recai sobre os tribunais do pós-guerra, que é a inobservância ao princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. Quanto ao ponto, Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 136) argumentam que, embora o princípio *nullum crimen sine lege* não tenha sido violado, pois

“crimes contra a humanidade não são mais que crimes tipificados nas leis internas cometidos massivamente, [...] não se pode dizer o mesmo da legalidade da pena, nem da competência do tribunal, que na verdade era a jurisdição que o vencedor atribuía a si próprio”.

Nesse sentido, tendo em vista que os questionamentos à legitimidade de um Tribunal criado pelos vencedores da guerra, a criação de uma Corte Permanente como o TPI, que tem natureza consensual por ser oriundo de um tratado multilateral, consiste em tentativa de superação dessas objeções à parcialidade dos Tribunais que lhe antecederam (SÁNCHEZ-IZQUIERDO, 2015).

4.1.2 Tribunais *ad hoc* para Ex-Iugoslávia e Ruanda

Após um “período de inércia no desenvolvimento do direito penal internacional” durante a Guerra Fria, no qual a proteção internacional dos direitos humanos era realizada “com base em monitoramento e sanções morais e políticas aos países”, de forma a possibilitar impunidade dos crimes praticados por agentes estatais contra a população civil (GOMES, 2015, p. 31), sobreveio um novo período de expansão desse ramo na década de 1990, que foi “marcada pela explosão de conflitos étnicos e culturais” (PIOVESAN & IKAWA, 2011, p. 158).

Nesse contexto, o Conselho de Segurança da ONU (CSONU), por meio da Resolução nº 827, de 25 de maio de 1993, aprovou a criação do TPII, que “foi o primeiro tribunal penal internacional após Nuremberg e Tóquio a adotar uma definição para o crime contra a humanidade”. Diante da inexistência de tratado internacional

que contivesse a definição, a mesma foi elaborada com base nos costumes internacionais para “evitar a alegação de violação ao princípio da legalidade” que recaía sobre os tribunais do pós-guerra (GOMES, 2015, p. 43). Isso posto, transcreve-se abaixo o conceito de crimes contra a humanidade do art. 5º Estatuto do TPII⁶⁷:

“Artigo 5º - Crimes contra a humanidade

O Tribunal Internacional tem o poder de processar pessoas responsáveis pelos seguintes crimes, quando cometidos no quadro de um conflito armado, internacional ou interno, direcionado contra qualquer população civil: (a) homicídio; (b) extermínio; (c) escravização; (d) deportação; (e) privação de liberdade; (f) tortura; (g) estupro; (h) perseguição por motivos políticos, raciais e religiosos; (i) outros atos inumanos”.⁶⁸

Gomes (2015, p. 94) explica que “[n]a condição de tribunal *ad hoc*, o TPII possuiu competência limitada no tempo e no espaço”, que se limitava “julgar crimes cometidos no território da ex-Iugoslávia, bem como em seu espaço aéreo e mar territorial a partir de 1º de janeiro de 1991 até uma data que seria fixada pelo CSONU”. Nesse norte, observa-se que o TPII esteve em funcionamento até ano de 2017⁶⁹, tendo julgado crimes contra diversas minorias étnicas nesse ínterim.

Na mesma linha, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) – criado em 1994 pela Resolução nº 955/94 do CSONU⁷⁰ e encerrado em 31 de dezembro de 2015⁷¹ – foi um Tribunal *ad hoc* que definia os crimes contra a humanidade no art. 3º de seu Estatuto, nos termos que seguem:

“Artigo 3: Crimes contra a humanidade

O Tribunal Internacional para Ruanda tem o poder de processar pessoas responsáveis pelos seguintes crimes, quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil por motivos de nacionalidade, políticos, étnicos, raciais ou religiosos: a) homicídio; b) extermínio; c) escravização; d) deportação; e) privação de liberdade; f) tortura; g) estupro; h) perseguição por motivos políticos, raciais e religiosos; i) outros atos inumanos”⁷²

⁶⁷ A íntegra do Estatuto do TPII encontra-se disponível em: <https://www.icty.org/en/documents/statute-tribunal>.

⁶⁸ Tradução livre (destaque no original): **“Article 5 – Crimes against humanity**

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population: (a) murder; (b) extermination; (c) enslavement; (d) deportation; (e) imprisonment; (f) torture; (g) rape; (h) persecutions on political, racial and religious grounds; (i) other inhumane acts.”

⁶⁹ A informação encontra-se disponível em <https://www.icty.org/en/about>.

⁷⁰ A íntegra do Estatuto do TPIR encontra-se disponível em https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ict_r_EF.pdf.

⁷¹ A informação encontra-se disponível em <https://unictr.irmct.org/>

⁷² Tradução livre (destaque no original): **“Article 3: Crimes against Humanity**

The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds: (a) Murder; (b) Extermination; (c)

Observa-se que, embora listem as mesmas condutas específicas, os Tribunais *ad hoc* conferiam definições distintas aos crimes contra a humanidade no que tange aos elementos gerais, uma vez que o TPII vinculava essa prática às situações de conflito armado, o que foi abandonado pelo TPIR. Além disso, o intento discriminatório era exigido pelo TPII somente para configurar a conduta específica de “perseguição por motivos políticos, raciais e religiosos”, ao passo que, perante o TPIR, tratava-se de elemento geral, inerente à tipificação dos crimes contra a humanidade.

Aliás, nota-se que os tribunais *ad hoc* inovaram na estrutura do dispositivo legal em comparação aos tribunais do pós-guerra, passando a dispor sobre os elementos gerais no *caput* e especificar as condutas em alíneas. Além disso, foram acrescentadas as condutas de estupro, tortura e privação de liberdade. Ademais, ainda que não houvesse uma disposição nos estatutos dos tribunais *ad hoc* sobre a imprescritibilidade, esse princípio foi reconhecido pela jurisprudência do TPII em relação aos crimes de competência daquela Corte.

Ainda, frisa-se que, diferentemente do TPI, os tribunais *ad hoc* não eram dotados de personalidade jurídica de direito internacional, pois não haviam sido criados por um tratado, e sim por resoluções do CSONU, de forma que eram tecnicamente caracterizados como órgãos subsidiários deste (GOMES, 2015).

Por fim, salienta-se que os Tribunais *ad hoc* incorporaram os princípios de Nuremberg, que fundaram o modelo de direito penal internacional vigente até os dias atuais (SANTOS, 2017). No entanto, cabe salientar que “[e]m Nuremberg, não era condenável a aplicação de *ex post facto law*”, que foi também aplicada pelos tribunais *ad hoc* em algumas hipóteses, na medida em que “[a] jurisdição material do ICTR não está totalmente embasada no direito penal costumeiro”, de modo que houve inovação da ordem jurídica internacional em seu Estatuto, sendo que [a] mesma situação é inadmissível perante o TPI” (CANATO, 2009, p. 356).

Enslavement; (d) Deportation; (e) Imprisonment; (f) Torture; (g) Rape; (h) Persecutions on political, racial and religious grounds; (i) Other inhumane acts”.

4.2 DEFINIÇÃO ATUAL

O Estatuto de Roma, que foi adotado em 17 de julho de 1998 e entrou em vigor no dia 01º de julho de 2002⁷³, é o tratado multilateral que instituiu a criação do TPI, que por sua vez é o primeiro Tribunal Penal Internacional de caráter permanente da história (MIRANDA, 2010). No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o Estatuto foi incorporado por meio da promulgação do Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. Além de ser instrumento constitutivo do TPI, o tratado define os crimes de sua competência, denominados *core international crimes* por consistirem nas formas mais graves de violação a direitos humanos: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão.

Por conseguinte, estabelecida a jurisdição do TPI no art. 5º (b), é no art. 7º deste mesmo tratado que se encontra a definição atual dos crimes contra a humanidade, abaixo transcrita:

“Artigo 7º - Crimes contra a Humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘crime contra a humanidade’, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de *apartheid*; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

a) Por ‘ataque contra uma população civil’ entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política; b) O ‘extermínio’ compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população; c) Por ‘escravidão’ entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas,

⁷³ Em seu Artigo 126, o Estatuto de Roma previa sua entrada em vigor no primeiro dia do mês após o transcurso de sessenta dias desde o depósito do 60º instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou aceitação do tratado junto ao Secretário Geral da ONU.

em particular mulheres e crianças; d) Por ‘deportação ou transferência à força de uma população’ entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional; e) Por ‘tortura’ entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas; f) Por ‘gravidez à força’ entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez; g) Por ‘perseguição’ entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa; h) Por ‘crime de *apartheid*’ entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime; i) Por ‘desaparecimento forçado de pessoas’ entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo ‘gênero’ abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.” (BRASIL, 2002).

Inicialmente, observa-se que o Estatuto de Roma inovou ao incluir, em seu §2º, as definições da elementar de “ataque contra uma população civil” – que implica a reiteração dos atos elencados no §1º como parte de uma política estatal ou organização voltada para essa prática – bem como das condutas de extermínio, escravidão, deportação ou transferência forçada, tortura, gravidez à força, perseguição, *apartheid* e desaparecimento forçado de pessoas.

Isso posto, nota-se que a maior parte dos crimes contra a humanidade encontra correspondência típica no ordenamento jurídico brasileiro⁷⁴ – ainda que sob *nomen juris* diversos –, porém o que diferencia esses homicídios, sequestros e demais atos elencados no rol de crimes contra a humanidade é o fato de serem praticados num contexto de perseguição generalizada contra uma população da sociedade civil. Nesse norte, Taquary e Taquary (2014, p. 3) elencam como elementos objetivos desses crimes “a atuação de um Estado ou de outra entidade não estatal que exerça

⁷⁴ Segundo Taquary e Taquary (2014), excetuam-se de tal correspondência os crimes de desaparecimento forçado, o tráfico de pessoas que não tenha como bem jurídico tutelado a dignidade sexual, a deportação e a gravidez forçada.

controle sobre um território e os habitantes do mesmo e o sacrifício em massa realizado de forma sistemática ou generalizada”.

Como elementos subjetivos, Taquary e Taquary (2014, p. 4) explicam que há exigência de dolo direto na prática das condutas específicas arroladas em alíneas, cumulado com “a consciência do agente de que sua conduta faz parte de um ataque sistemático ou generalizado contra civis ou, no mínimo, assumir os riscos de tal conduta”, de modo que “o dolo eventual constitui o elemento subjetivo mínimo necessário para que se caracterize o crime, não se admitindo, por exemplo, a possibilidade da negligência como elemento subjetivo”. Por conseguinte, não é possível a prática de um crime contra a humanidade na modalidade culposa.

Além disso, Olásolo (2007) afirma que o Estatuto de Roma não inclui o intento discriminatório que era exigido pelos Tribunais Militares Internacionais e *ad hoc*. No entanto, convém observar que somente o TPIR exigia esse elemento como elementar dos crimes contra a humanidade. Enquanto os tribunais do pós-guerra o colocavam como conduta alternativa em relação aos atos desumanos de perseguição contra população civil em contexto relacionado à guerra (ao adotarem a expressão “**ou** perseguições”), o TPII apenas exigia esse intento na conduta específica de “perseguição por motivos políticos, raciais e religiosos”.

Portanto, afirma-se que a definição adotada pelo TPI se assemelha à do TPII nesse ponto, pois o Estatuto de Roma, embora não exija o intento discriminatório como elementar da caracterização de crimes contra a humanidade em seu *caput*, possui uma conduta específica de perseguição, que foi significativamente ampliada em relação ao antecessor, passando a abranger também a discriminação cultural e de gênero, que não eram contempladas em nenhuma das definições anteriores, bem como esclarece que se trata de um rol aberto ao incluir a possibilidade de “outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional”. Diferentemente do TPII, entretanto, o TPI deixou de vincular a prática de crimes contra a humanidade à situação de conflitos armados.

Ainda, constata-se que o Estatuto de Roma incluiu duas condutas inéditas em relação aos antecessores: a violação de direitos sexuais ou reprodutivos (a contemplar, em rol aberto, os atos de “agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável”), e o crime de *apartheid*. Ademais, foi o primeiro Estatuto a fornecer alguma especificação a “outros atos

desumanos”, indicando ser exigível a similitude destes com as demais condutas, bem como a intencionalidade ou implicação de grave sofrimento.

Diante disso, conclui-se que o Estatuto de Roma representou grandes avanços em relação aos Tribunais de Direito Penal Internacional que o antecederam no que tange à observância do princípio da legalidade, pois tanto as elementares quanto as condutas específicas que constituem crimes contra a humanidade encontram-se definidas claramente, satisfazendo o elemento de *lex certa*.

4.3 OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO PENAL DO ESTATUTO DE ROMA E A IMPRESCRITIBILIDADE

Inicialmente, frisa-se que, embora sejam análogos, os princípios elencados na Parte 3 do Estatuto de Roma, vigentes especificamente em relação ao TPI, possuem conotação e sistemática distintas daqueles constantes no art. 38 do Estatuto da CIJ (CRYER ET AL., 2010).

Nesse norte, são listados os seguintes princípios gerais de Direito Penal Internacional nos artigos 22-33 do Estatuto: *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, irretroatividade *rationae personae*, responsabilidade penal individual, exclusão dos menores de dezoito anos do âmbito de competência do TPI, irrelevância do cargo oficial, responsabilidade dos chefes e outros superiores, inaplicabilidade de “*statutes of limitations*” (traduzido no Decreto nº 4.388/2002 como “imprescritibilidade”), elemento de intencionalidade, circunstâncias excludentes de responsabilidade penal, erros de fato ou de direito, decisões hierárquicas e disposições legais.

De acordo com Sánchez-Izquierdo (2015, p. 115), o conjunto desses princípios implica que “o procedimento perante a Corte é um processo com todas as garantias”⁷⁵, que observa devidamente às disposições do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, em conformidade com “as normas processuais vigentes nos países mais garantistas”.⁷⁶

Isso posto, considerando-se o escopo do trabalho, que se limita a verificar se há violação ao princípio da legalidade no reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade a despeito da ausência de lei em sentido estrito, serão examinados os princípios *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege* – unificados

⁷⁵ Tradução livre: “[homologable con] las normas procesales vigentes en los países más garantistas”

⁷⁶ Tradução livre: “el procedimiento ante la Corte es un proceso con todas las garantías”.

a título de princípio da legalidade⁷⁷ –, não retroatividade *rationae personae* e imprescritibilidade. Além desses, no âmbito procedimental, discute-se o princípio da complementariedade e jurisdição universal, que se depreende do preâmbulo, do art. 1º e do art. 17, todos do Estatuto de Roma, na medida em que é questionado se há obrigatoriedade de persecução ou extradição por parte dos Estados em face das acusações de crimes internacionais.

4.3.1 Do princípio da complementariedade e jurisdição universal

Inicialmente, frisa-se que o princípio de complementariedade no âmbito do TPI pressupõe a jurisdição subsidiária deste tribunal, ao contrário do que ocorria nos tribunais *ad hoc* que lhe antecederam, onde havia presunção de competência das Cortes Internacionais em detrimento das locais (SANTIAGO DA SILVA, 2014).

Com efeito, “[o] Tribunal Penal Internacional não substitui os tribunais nacionais, pelo contrário, atua apenas subsidiariamente às cortes Nacionais, uma vez que essas possuem prioridade no exercício da jurisdição” (MACEDO, 2017, p. 10). Desse modo, o princípio da complementariedade no Estatuto de Roma tem como objetivo central a manutenção da soberania estatal, na medida em que prioriza o aperfeiçoamento das jurisdições nacionais para a persecução dos crimes descritos no Estatuto (YANG, 2005).

Por isso, o TPI condiciona o exercício de sua jurisdição à inércia dos Estados Nacionais em processar os *core crimes*. Por conseguinte, de acordo com Choukr e Ambos (2003, p. 1), o princípio da jurisdição universal impõe “obrigação de jurisdições nacionais para processar crimes internacionais, em particular violações de *ius cogens*”, dentre as quais incluem-se os crimes contra a humanidade. Nesse sentido, Yang (2005, p. 125) afirma que “sempre que o TPI exerce sua jurisdição, implica uma declaração de relutância ou inabilidade dos Estados”⁷⁸ para exercer a persecução.

No mesmo sentido, Wouters (2005, p. 3) afirma que “o princípio fundamental da complementariedade do Estatuto de Roma é voltado para delegar a responsabilidade primária da persecução por crimes internacionais às cortes

⁷⁷ Trata-se dos preceitos *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege* exclusivamente como princípios gerais de direito em sentido estrito, arrolados nos artigos 22 e 23 do Estatuto de Roma, tendo em vista que o princípio da legalidade em sentido amplo já foi debatido na seção 3.1.

⁷⁸ Tradução livre: “whenever the ICC exercises its jurisdiction, it implies a declaration of unwillingness and inability of the States with the jurisdiction over the crimes”.

nacionais”⁷⁹. O mesmo autor explica que a fonte de divergência doutrinária no que tange à obrigatoriedade de um Estado efetuar a persecução de crimes contra a humanidade praticados em território estrangeiro por força da jurisdição universal, já que a existência desse dever em relação aos crimes cometidos em seu próprio território é relativamente consensual. Com efeito, o preâmbulo do Estatuto de Roma dispõe que “é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais”.

No entanto, Yang (2005) recorda que é uma condição essencial do exercício jurisdicional de um Estado que as condutas punidas sejam criminalizadas no âmbito doméstico, de modo que sua recusa em adaptar o ordenamento jurídico interno conduz à ineficácia das disposições do Estatuto e descumprimento de obrigações internacionais, ao passo que a solução de considerar a tipicidade das condutas unicamente com base no tratado acarretaria insegurança.

Ainda, Schabas (1998) refere que a ausência de prescrição no âmbito do TPI implica problemas no que se refere ao princípio da complementariedade, na medida em que a previsão de limitação temporal na legislação doméstica conduziria ao dissenso de se permitir a persecução de um crime em âmbito internacional, mas não doméstico, hipótese que desafia essência subsidiária do TPI.

Diante do exposto, sustenta-se que é imprescindível a efetiva implementação das disposições contidas no Estatuto de Roma por meio da promulgação de leis em âmbito doméstico, que contemplem seu caráter imprescritível, como pretende o PL 4038/2008 ao dispor, em seu art. 11, que “[o]s crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra são imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, graça, indulto, comutação ou liberdade provisória, com ou sem fiança”.

No entanto, observa-se que esta é uma questão atinente apenas à esfera do direito interno, pois a ausência dessas leis não prejudica o compromisso assumido pelo Estado Brasileiro perante a comunidade internacional, na medida em que o art. 27 da CVDT veda a utilização de normas de direito interno para justificar o inadimplemento de tratados. Nesse norte, destaca-se a importância do PL 4038/2008 para regularização das obrigações assumidas com a ratificação do Estatuto de Roma, embora sua eventual vigência não esgote a problemática sobre o possível

⁷⁹ Tradução livre: “The Rome Statute’s fundamental principle of complementarity being designed to leave the primary responsibility for prosecuting international law crimes to national courts”.

reconhecimento da imprescritibilidade em relação a crimes anteriores ao Estatuto, por força de normas costumeiras e princípios gerais de direito.

4.3.2 Do princípio da legalidade

O princípio da legalidade está insculpido nos artigos 22⁸⁰ e 23⁸¹ do Estatuto de Roma, na forma de seus preceitos básicos *nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege*. O art. 22 pressupõe a anterioridade e clareza da norma que criminalize a conduta perante o Tribunal, proíbe o recurso à analogia e afirma que eventual ambiguidade será resolvida em favor do réu. Ainda assim, o mesmo artigo dispõe que não prejudica a tipificação de crimes pelo direito internacional, para além do Estatuto.

Por sua vez, o art. 23 apenas determina genericamente que as pessoas condenadas pelo Tribunal serão punidas conforme as disposições do Estatuto, o qual contém provisões relativas ao apenamento no art. 77⁸², segundo o qual as penas de prisão podem ser aplicadas por um tempo determinado, limitado ao período de trinta anos, ou, quando a gravidade extrema do caso justificar, admite-se a prisão perpétua.

Nesse sentido, Canato (2009, p. 354) refere que o “princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*) somente foi previsto nas suas várias dimensões no Tratado de Roma, ao passo que o princípio da *nulla poena sine lege* ainda não apresenta tanta exatidão como nos direitos nacionais”, na medida em que a jurisprudência dispensa a fixação de penas precisas e contenta-se com a criminalização das condutas. Em razão disso, Ghidalevich (2006, p. 17) reitera “o significado peculiar do princípio da legalidade no âmbito do Direito Penal Internacional”, uma vez que,

⁸⁰ Art. 22, Estatuto de Roma. *Nullum crimen sine lege*

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal. 2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada. 3. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto.

⁸¹ Art. 23, Estatuto de Roma. *Nulla poena sine lege*

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

⁸² Art. 77, Estatuto de Roma. Penas Aplicáveis

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5o do presente Estatuto uma das seguintes penas: a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem. 2. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar: a) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual; b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.

“apesar de sua adoção pelo Estatuto de Roma nos moldes previstos por Feuerbach (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), constata-se larga margem de discricionariedade na definição das condutas puníveis e das penas aplicáveis no referido diploma” (GHIDALEVICH, 2006, p. 17).

Assim, destacando a importância da cooperação internacional e do papel da jurisdição doméstica na persecução de crimes internacionais, a mesma autora conclui que “somente por meio da implementação das regras do Estatuto aos sistemas jurídicos nacionais será possível aos Estados, segundo os seus próprios critérios, suprirem as eventuais lacunas existentes” (GHIDALEVICH, 2006, p. 18).

Ademais, Canato (2009) destaca que o TPI contempla o princípio da legalidade como direito do acusado, que possibilita a responsabilização internacional e a compensação por seu descumprimento, que era inexistente para os tribunais militares e, nos tribunais *ad hoc*, limitava-se às vítimas.

Desse modo, como afirma Degan (2005, p. 83), o conjunto de normas do Estatuto de Roma, não permite que os julgadores improvisem com o uso de princípios gerais de direito para burlar o princípio da legalidade em desfavor do réu, sobretudo porque há proibição ao recurso da analogia, hierarquização das fontes com prevalência daquelas escritas e garantia da interpretação mais favorável ao acusado, o que “deveria encorajar os Estados desconfiados em relação à prática prévia dos tribunais *ad hoc* a aderir ao Estatuto de Roma”.⁸³

Diante do exposto, conclui-se que inegáveis esforços de codificação do TPI para adequar-se ao princípio da legalidade como um direito do acusado, na tentativa de superar as críticas feitas historicamente à legitimidade dos tribunais internacionais, conduziram a uma elaboração satisfatória do princípio *nullum crimen sine lege previa*, que inclui até mesmo a compensação ao acusado em caso de inobservância. Ainda que novos passos devam ser dados no que tange à especificação das penas, para conferir maior segurança também à dimensão *nulla poena sine lege*, essa pode ser uma medida de âmbito nacional, sobretudo considerando que o art. 80 do Estatuto prevê a aplicabilidade das penas cominadas pela legislação doméstica.

⁸³ Tradução livre: “[These, as well as many other guarantees of legality in the procedure], should encourage the States, which are suspicious with regard to the previous practice of *ad hoc* tribunals, to adhere to the Rome Statute.

4.3.3 Do princípio da imprescritibilidade

O princípio da imprescritibilidade está assentado no art. 29 do Estatuto de Roma⁸⁴, que veda a incidência de limitações ao poder de punir no que tange aos *core international crimes*. Convém destacar que, na definição de Rocha (2009, p. 49), imprescritibilidade significa “a não incidência do decurso de tempo, previsto em lei para o exercício da ação penal, podendo o Estado, portanto, exercer a pretensão punitiva em face do acusado a qualquer tempo”.

As controvérsias que pairam sobre esse princípio podem ser divididas em dois grupos. Primeiramente, é questionado se há extensão automática à jurisdição dos Estados signatários. Isso porque, nas palavras de Velloso (2008, p. 12), a redação do art. 29 comporta duas interpretações distintas:

“No primeiro entendimento, a obrigação consiste em fazer com que tais crimes sejam imprescritíveis no âmbito das ordens jurídicas nacionais dos Estados pactuantes. O segundo entendimento possível é o de que os crimes que relevam da competência do TPI são imprescritíveis perante a jurisdição dessa corte internacional, e não mais que isto”.

Diante disso, enquanto Velloso (2008) rejeita a aplicação automática dessa obrigação à jurisdição dos Estados nacionais, afirmando que nada permite depreender a manifestação dessa vontade por parte das delegações à ocasião da elaboração do Estatuto de Roma – que não poderia ser assumida tacitamente. Em contrapartida, Bassiouni (1996) defende que, enquanto norma de caráter cogente, a imprescritibilidade é uma obrigação *erga omnes*, que recai independentemente do consentimento sobre todos os Estados. Nesse norte, entende-se que

“a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é regra obrigatória a ser adotada na jurisdição brasileira, e que ainda seria incontestável a obrigatoriedade de sua incidência, mesmo que o Brasil não tivesse firmado nenhum compromisso internacional sobre Direitos Humanos” (ROCHA, 2009, p. 56).

Ainda, observa-se que o princípio da complementariedade, na medida em que confere a prioridade do exercício da jurisdição doméstica, implicitamente vincula os Estados a adotarem as disposições sobre imprescritibilidade no âmbito interno.

A segunda controvérsia refere-se à natureza jurídica da regra de imprescritibilidade (se meramente convencional, costumeira ou principiológica), para

⁸⁴ Art. 29, Estatuto de Roma. Imprescritibilidade
Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

fins de determinar se o preceito é aplicável a fatos praticados anteriormente à entrada em vigor do Estatuto de Roma, o que se debate na seção relativa à irretroatividade.

4.3.4 Do princípio da irretroatividade

O princípio da irretroatividade encontra-se previsto no art. 24 do Estatuto de Roma⁸⁵, que limita sua aplicação às condutas praticadas após sua entrada em vigor e dispõe que, em caso de modificação normativa, apenas leis penais mais benéficas podem ser aplicadas ao acusado.

Os tipos penais previstos nos termos do Estatuto, portanto, são inaplicáveis às condutas praticadas anteriormente ao dia 01º de julho de 2002. Em razão disso, Milanovic (2011) rejeita a interpretação do art. 22 (3) como permissivo ao recurso da lei costumeira para criminalizar condutas anteriores ao Estatuto.

Em contrapartida, Ambos (1999) defende que o art. 22 (3) permite explicitamente a criminalização de condutas por força de normas costumeiras, ao reconhecer que as disposições do Estatuto não prejudicam a tipificação por outras fontes do direito internacional. No mesmo sentido, Santos (2017, p. 43 *apud* VENTURA) refere que os costumes podem ser fontes ainda mais previsíveis do que as demais no que tange à observância do princípio da legalidade, considerando que sua função de “garantir que os indivíduos tenham conhecimento, de modo claro e legítimo, do conteúdo da norma penal” pode ser cumprida pelo costume internacional.

Acrescenta-se, ainda, que os cinquenta e seis Estados-Parte da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade relativizam a o princípio da irretroatividade aos casos de crimes de guerra e contra a humanidade, pois o art. 1º dessa Convenção prevê que estes são imprescritíveis “independentemente da data de sua prática”.

De acordo com Santos (2017, p. 41), ainda que o Estado Brasileiro não seja signatário dessa Convenção, também no âmbito de seu ordenamento jurídico “os crimes contra a humanidade são imprescritíveis porque assim são considerados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos em norma cogente”. No mesmo sentido,

⁸⁵ Artigo 24, Estatuto de Roma. Não retroatividade *ratione personae*

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

Bassiouni afirma que o caráter *jus cogens* dos crimes contra a humanidade tornam imperativa sua imprescritibilidade, ainda que aplicada retroativamente.

Por outro lado, considerando incontroversa a imprescritibilidade de crimes internacionais praticados após a entrada em vigor do Estatuto de Roma, Kok (2007) refere que as principais divergências relativas ao tema são relativas à sua aplicação retroativa, sobretudo no caso de Estados que não tenham ratificado a Convenção de 1968. Por isso, a autora distingue duas categorias de imprescritibilidade: de um lado, a imediata, que se aplica somente após a adoção da regra, e de outro, a retroativa, que estende sua incidência a crimes que já estariam prescritos.

Nessa linha, a autora sustenta a inexistência de uma norma costumeira anterior ao Estatuto de Roma que vedasse a incidência da prescrição aos crimes internacionais, argumentando o baixo número de Estados signatários da Convenção de 1968 não permite concluir que o costume já estivesse sedimentado à época, pois os requisitos de prática estatal uniforme e *opinio juris* estariam demonstrados apenas no início do século XXI, quando pronunciamentos de diversos órgãos internacionais e Cortes Nacionais de países como Argentina, França, Itália, Bélgica e Espanha passaram a enfatizar o caráter imprescritível dessa espécie de crimes (KOK, 2007).

Entretanto, como sustenta Rocha (2009, p. 55), “[a] imprescritibilidade é um princípio do direito internacional que foi reconhecido pela Assembleia Geral das Nações Unidas, anteriormente à aprovação da Convenção”, de forma que o Brasil encontra-se internacionalmente obrigado a observar o caráter imprescritível dos crimes contra a humanidade, na medida em que reconheceu a força normativa desses princípios ao ratificar a Convenção da Haia no ano de 1907.

Por conseguinte, conclui-se que, ainda que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade no âmbito da jurisdição do TPI seja restrita a fatos posteriores à sua entrada em vigor, trata-se de princípio incorporado às normas costumeiras, de caráter imperativo, cuja formação remonta ao Tribunal de Nuremberg.

4.4 JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

Nesta seção, realiza-se um compilado de julgados oriundos de Cortes Internacionais acerca da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, a partir de pesquisa bibliográfica, que não se pretende exaustiva, mas meramente exemplificativa.

Em janeiro de 2006, ao julgar o caso Kolk e Kislyiy v. Estônia⁸⁶⁸⁷, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) decidiu que a punição aplicada no ano de 2003 pela República da Estônia contra dois indivíduos que haviam deportado cidadãos para a União Soviética em 1949 não era incompatível com o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

O argumento central da CEDH foi no sentido de que crimes contra a humanidade já se encontravam criminalizados pela ordem internacional ao tempo do fato, ainda que não houvesse lei interna, por força de princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas, cuja aplicação não deveria ser restrita ao marco temporal da 2ª Guerra ou a determinadas nacionalidades. Mais especificamente, arguiu-se que a criminalização advinha do art. 6(c) da Carta de Nuremberg e sua aceitação expressa pela Resolução 95 da Assembleia Geral da ONU em 1946, bem como do Estatuto para o TPII, que continham preceitos aplicáveis independentemente de acessão expressa. Ademais, observou-se que a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade de 1968, que havia sido ratificada pela Estônia, comporta efeitos retroativos em seus próprios termos (CASSESSE, 2006).

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), há também diversos casos reconhecendo a inaplicabilidade de quaisquer limitações ou dever de investigar crimes internacionais. Dentre eles, destaca-se a decisão do Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, referente à Guerrilha do Araguaia – quando toda a população civil de extensa área rural foi ameaçada, sitiada e encarcerada em campos de prisioneiros pelo Exército brasileiro –, na qual o Estado Brasileiro foi condenado a proceder apuração e punição dos crimes contra a humanidade praticados durante o regime militar. Na ocasião, o Estado Brasileiro alegou que violação aos princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal, porque não continha a tipificação do desaparecimento forçado de pessoas em âmbito doméstico, e o costume não poderia

⁸⁶ Os peticionantes August Kolk e Petr Kislyiy, de nacionalidades Estoniana e Russa, ocupavam respectivamente os cargos de investigador no Ministério da Segurança Nacional e de inspetor no Ministério dos Interiores, ambos vinculados à antiga URSS Estoniana. Sentenciados à pena de oito anos de prisão pela prática de crimes contra a humanidade pelo planejamento (Kolk) e execução (Kislyiy) da Operação Priboi – que objetivava a deportação sistemática de civis –, alegaram violação ao art. 7º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que veda a aplicação retroativa de lei penal mais gravosa, sustentando que os crimes contra a humanidade passaram a ser criminalizados apenas em 1994, com as emendas ao Código Criminal Estoniano de 1992. As arguições foram rejeitadas pela CEDH.

⁸⁷ A decisão se encontra disponível em <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolk.html>

ensejar esse reconhecimento. A Corte rejeitou essas alegações e condenou o Brasil à unanimidade, argumentando que “normas de direito interno não podem impedir ou dificultar a obrigação que um Estado tem de sancionar esses crimes” (TAQUARY & TAQUARY, 2014, p. 7).

5 CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E IMPRESCRITIBILIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Nos termos da CFRB, o instituto da imprescritibilidade se limita aos crimes de racismo ou àqueles praticados contra a ordem constitucional e a Estado Democrático, conforme dispõem os incisos XLII e XLIV do art. 5º. Considerando, pois, que a legislação doméstica é omissa em relação ao caráter imprescritível de crimes que assim comprometeu-se a considerar perante a comunidade internacional, Guerra e Tonetto (2018, p. 14) afirmam que as lacunas do direito brasileiro para definição de crimes internacionais conduz a “imperfeições no exercício de jurisdição nacional”, na medida em que “a lei penal brasileira apresenta largas omissões, impedindo a investigação, processamento e punição de crimes de massa”.

Por isso, Santiago da Silva (2014) sustenta que o controle de convencionalidade⁸⁸ dessas normas, sobretudo à luz da jurisprudência da CIDH, conduz à possibilidade de ampliação desse rol em razão da incidência de normas de direito internacional que visam à tutela dos direitos humanos, considerando a imprescritibilidade de crimes cuja gravidade é análoga e até superior àqueles elencados na CFRB. Em sentido diverso, Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 645) afirmam que “[t]odos os tipos de crime deveriam estar sujeitos à prescrição, sem qualquer consideração pela sua natureza ou pela sua gravidade”, opondo-se aos esforços internacionais no sentido de reconhecer a imprescritibilidade em graves violações de direitos humanos.

Diante disso, é necessário analisar os argumentos – majoritários e divergentes – apresentados pelos membros das Cortes Superiores em julgamentos paradigmáticos sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Portanto,

⁸⁸ Santiago da Silva (2014, p. 49) define o controle de convencionalidade como uma nova prática de constitucionalismo, “que adota como paradigma a análise da compatibilidade entre a nova lei ou ato normativo nacional e as obrigações de proteção dos direitos humanos assumidas pelo país diante da comunidade internacional”.

nesta seção, são apresentados os resultados da etapa de pesquisa jurisprudencial, que consistiu na análise dos acórdãos Ext 1362/DF e REsp 1798903/RJ.

5.1 ANÁLISE DA DECISÃO DO STF NA Ext 1362 / DF

Trata-se de pedido de extradição do nacional argentino Salvador Siciliano, formulado pela República da Argentina ao Governo Brasileiro, em razão da prática – em tese – de atos que foram qualificados pelo Estado Requerente como crimes contra a humanidade.

O caso foi analisado ao longo de três sessões de julgamento pelo Plenário do STF, sob presidência da Min. Cármen Lúcia. No dia 06 de outubro de 2016, o Min. Relator, Edson Fachin, votou pelo deferimento do pedido de extradição, no que foi acompanhado pelo Ministro Roberto Barroso. O Min. Teori Zavascki, por sua vez, pediu vista dos autos e proferiu um voto divergente – pelo indeferimento da extradição –, à ocasião da sessão realizada no dia 20 de outubro de 2016. Nesta mesma data, após a confirmação dos votos proferidos e a realização de debates, a Min. Rosa Weber, o Min. Luiz Fux – na condição de vogal –, o Min. Dias Toffoli e o Min. Gilmar Mendes acompanharam a divergência.

Por sua vez, o Min. Ricardo Lewandowski antecipou seu voto, alegando para tanto a relevância da causa, e acompanhou o Relator pelo deferimento do pedido. A sessão foi encerrada com o pedido de vista da Min. Cármen Lúcia, que proferiu seu voto na sessão do dia 09 de novembro de 2016, no qual acompanhou o Relator. Na mesma ocasião, o Min. Celso de Mello votou pelo indeferimento do pedido. Além disso, a Min. Rosa Weber retificou o voto proferido em sessão anterior, filiando-se ao posicionamento do Relator pelo deferimento da extradição.

Desse modo, em acórdão publicado em 09 de novembro de 2016, o Plenário do STF, por maioria – de seis votos contra cinco –, decidiu indeferir o pedido de extradição formulado pelo Estado Argentino.

5.1.1 Dos fatos contidos na acusação

O extraditando Salvador Siciliano foi acusado de participar de uma associação criminosa para-policial intitulada “Triple A” (*Alianza Anticomunista Argentina*), que operou entre os anos 1973 e 1975, no contexto do regime militar do Estado Argentino,

com o objetivo de perseguir e assassinar opositores políticos que desenvolvessem atividades públicas, sobretudo militantes comunistas. Frisa-se que a organização foi gestada sob amparo de José López Rega – chefe político do extraditando –, à época Ministro do Bem-estar Social da Nação, que garantia colaboração do aparato estatal para seu funcionamento. O primeiro fato encontra tipicidade no art. 210 do Código Penal Argentino, bem como no art. 288 do CP.

O segundo fato, datado de em 30 de maio de 1974, refere-se ao sequestro de Mario Domingo Zidda, Antonio Mario Moses e Oscar Dalmacio Meza, praticado por um grupo de aproximadamente quinze pessoas armadas, as quais se deslocaram com o intuito de ataque para o salão do Partido Socialista dos Trabalhadores. As vítimas supracitadas foram posteriormente encontradas no caminho de acesso da Rodovia Nacional 6, com feridas causadas por arma de fogo em diversas partes do corpo, que lhes ocasionaram a morte. Na mesma ocasião,

“também foram sequestradas três pessoas do sexo feminino, que foram posteriormente liberadas, prévios golpes e ameaças, na barreira de Talar de Pacheco (artigo 142, inciso 1º do Código Criminal da Nação Argentina, cometido em forma reiterada em 6 oportunidades - Zidda, Moses, Meza, "Amanda ou Amalia", Mónica Wolff e Silvia Ferraté-, em concurso material com o crime previsto no artigo 80, inciso 2º do Código Penal da Nação Argentina, reiterado em três oportunidades -Zidda, Moses e Meza- na qualidade de partícipe necessário” (BRASIL, 2017, p. 14).

Esses fatos têm correspondência típica no art. 80, inciso II⁸⁹, e art. 142, inciso I⁹⁰, do Código Penal Argentino, bem como no art. 121, §2º e art. 148, § 2º do CP. Além disso, as condutas foram caracterizadas pelo Estado requerente como crimes contra a humanidade, que são regidos pela imprescritibilidade ainda que retroativamente, tendo em vista que a República da Argentina é signatária da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade (1968).

⁸⁹ O art. 80, inciso 2º, do Código Penal Argentino prevê a pena de reclusão perpétua “àquele que matar outro com aleivosia ou sanha, por preço, promessa remuneratória, sevícias graves, impulso de perversidade brutal, ou por veneno, incêndio, inundação, descarrilamento, explosão, ou qualquer outro meio capaz de causar grandes estragos”.

⁹⁰ O art. 142, inciso 1º, do Código Penal Argentino prevê a pena de prisão, de um a quatro anos, quando a privação à liberdade pessoal for praticada “com violências ou ameaças, ou com propósitos de lucro, ou com fins religiosos ou de vingança”.

5.1.2 Principais alegações das partes

Frente ao pedido de extradição formulado pelo Estado Argentino, a Defensoria Pública da União (DPU) aduziu, em sede de mérito, que os crimes imputados ao acusado eram de natureza política, o que não é contemplado pelo escopo deste trabalho, bem como argumentou que os crimes estavam prescritos.

O Ministério Público Federal (MPF), por outro lado, exarou parecer pelo deferimento do pedido de extradição, alegando que o requisito da dupla punibilidade estava preenchido porque crimes contra a humanidade são imprescritíveis.

Assim, considerando que os fatos de associação criminosa, homicídio e sequestro imputados ao militar encontram correspondência típica tanto na legislação brasileira quanto na argentina e envolvem, em ambos os Estados, condutas com pena máxima superior a dois anos, era incontroverso o preenchimento dos requisitos da dupla tipicidade e da gravidade da pena, que se depreendem do art. 2 (1) do Tratado de extradição⁹¹ e do art. 77, incisos II e IV, do Estatuto do Estrangeiro⁹², que era aplicável à época do julgamento⁹³, o centro da controvérsia jurídica foi referente ao requisito da dupla punibilidade, previsto no art. 77, inciso VI, do Estatuto do Estrangeiro⁹⁴ e no art. 9º do Tratado de Extradição⁹⁵ aplicável.

5.1.3 Resumo dos votos

O requisito da dupla punibilidade foi controvertido porque os julgadores dividiram-se entre aqueles que consideravam o fato prescrito – com base na legislação nacional que limita o exercício do *ius puniendi* ao transcurso de trinta anos –, e aqueles que entenderam que a caracterização dos fatos como crimes pela humanidade,

⁹¹ Art. 2, Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul.

“Delitos que Dão Causa à Extradição. 1. Darão causa à extradição os atos tipificados como delito segundo as leis do Estado Parte requerente e do Estado Parte requerido, independentemente da denominação dada ao crime, os quais sejam puníveis em ambos os Estados com pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a dois anos”.

⁹² Art. 77, Estatuto do Estrangeiro. Não se concederá a extradição quando: II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente; [...] IV - a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano;

⁹³ O Estatuto do Estrangeiro foi revogado pela Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017.

⁹⁴ Art. 77, Estatuto do Estrangeiro. Não se concederá a extradição quando: VI - estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;

⁹⁵ Art. 9, Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul. Da Prescrição.

Não se concederá a extradição quando a ação ou a pena estiverem prescritas conforme a legislação do Estado Parte requerente ou do Estado Parte requerido.

imprescritíveis tanto em face de normas internacionais cogentes quanto pelo ordenamento jurídico interno do Estado requerente, afastaria a incidência das normas internas sobre prescrição.

Com efeito, foi esta a posição adotada pelo Relator do caso, Min. Edson Fachin, o qual sustentou que, embora o Estado Brasileiro não seja signatário da Convenção de 1968 sobre Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade, estaria vinculado às suas disposições enquanto normas costumeiras que foram posteriormente codificadas e que possuem força de *jus cogens*. Além disso, argumentou que o fato de o Estado requerente ter ratificado essa Convenção ensejaria a vedação contida no art. 27 da CVDT, pois o Estado Brasileiro estaria invocando normas de direito interno para justificar o inadimplemento de tratado internacional firmado pelo requerente. Desse modo, nas palavras do Relator, o reconhecimento da prescrição implicaria que “[a] obrigação internacionalmente fixada ao Estado argentino de punir as graves violações de direitos humanos estaria sendo obstada por um dispositivo da legislação brasileira” (BRASIL, 2017, p. 6-7). Ainda, destacou que o Brasil reconheceu voluntariamente o caráter vinculante da jurisdição da CIDH, que por sua vez reitera o caráter imprescritível dos crimes contra a humanidade em seus julgados.

Acompanhando o Relator, o Min. Luís Roberto Barroso acrescentou que o requisito de dupla punibilidade contido no Estatuto do Estrangeiro consistia em norma genérica, ao passo que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade são normas específicas, que paralisariam a incidência das disposições genéricas, ainda mais considerando seu caráter supralegal. Ademais, frisou que as normas *jus cogens* independem de ratificação porque não se relaciona ao Direito Positivo.

Por outro lado, o voto divergente do Min. Teori Zavaschi veiculou que os crimes estavam prescritos pelo transcurso de período superior a vinte anos desde sua prática, enfatizando que apenas as normas internas podem dispor sobre prescrição por força do princípio da reserva legal. Em suas palavras,

“ainda que houvesse norma de direito internacional de caráter cogente que estabelecesse a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, tal norma não encontraria aplicabilidade no Brasil, porquanto ainda não reproduzida no direito interno. E, ainda que considerado o Estatuto de Roma como norma supralegal, ou mesmo de estatura constitucional, ele não elidiria a força normativa do art. 5º, XV, da Constituição da República, segundo o qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 2017, p. 93-94).

Além disso, invocou precedentes em que o STF havia indeferido pedidos de extradição sob esse mesmo fundamento. Quanto ao ponto, em sede de debates, o Relator asseverou que o caso se distingue dos demais porque, pela primeira vez, os delitos foram classificados como de lesa-humanidade pelo Estado requerente.

O Min. Gilmar Mendes, por sua vez, sustentou que reconhecer o caráter imprescritível dessa espécie de crimes implicaria conferir efeito retroativo ao Estatuto de Roma e, por conseguinte, à aplicação de norma penal mais gravosa.

Em contrapartida, o Min. Ricardo Lewandowski afirmou que não haveria retroação na incidência da imprescritibilidade, essa característica seria uma implicação de seu caráter *jus cogens*, que a seu turno estaria sendo reconhecido desde o término da 2ª Guerra Mundial.

Em sentido contrário, o Min. Luiz Fux ressaltou que, sob o princípio da reserva legal, é “insuficiente a previsão de tipos penais em tratados ou convenções internacionais, mesmo que ratificados pelo Brasil”, de forma que os crimes de lesa-humanidade não teriam sequer o reconhecimento de tipicidade perante o ordenamento jurídico brasileiro, em que pese sua obrigação assumida perante a comunidade internacional (BRASIL, 2017, p. 115).

A Min. Cármen Lúcia enfatizou que o caso não tinha precedentes no STF, na medida em que os crimes haviam sido caracterizados como de lesa-humanidade pelo Estado requerente. Destacou que a imprescritibilidade de crimes de extrema gravidade como os imputados ao requerente está de acordo com o próprio espírito da CFRB, de forma que não haveria qualquer violação à soberania nacional em conceder a extradição por força de seu caráter *jus cogens*.

Para o Min. Celso de Mello, a ausência de ratificação da Convenção de 1968 torna impossível o reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. No entanto, a Min. Rosa Weber, em seu voto retificado, destacou que o Brasil deixou de assinar a Convenção de 1968 no mesmo ano em que havia sido outorgado o Ato Institucional nº 5, portanto no contexto da ditadura militar. Ainda, asseverou que os crimes contra a humanidade imputados ao extraditando são abarcados pelo art. 5º, inciso XLIV, CFRB, que considera imprescritível a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Por fim, o Min. Marco Aurélio sintetizou seu voto no sentido de que “o Direito Internacional não se sobrepõe à Constituição” (BRASIL, p. 76), de forma que

reconhecer a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade com base no caráter *jus cogens* dessa norma costumeira consistiria em violação à soberania nacional.

5.2 ANÁLISE DA DECISÃO DO STJ NO REsp 1798903 / RJ

Trata-se de recurso do Ministério Público Federal (MPF) que questionava o trancamento de ação penal contra seis agentes do Exército acusados de envolvimento no atentado do Riocentro, alegando tratar-se de crime contra a humanidade.

A acusação foi recebida pela Juíza de primeiro grau, que considerou a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade como um princípio geral de direito internacional que fora incorporado aos costumes internacionais desde a aprovação da supracitada Resolução nº 95 de 1946 pela Assembleia Geral da ONU.

Os acusados impetraram *habeas corpus* em face da decisão, que foi concedido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2) para trancar a ação penal, por considerar extinta a punibilidade pela prescrição.

Diante disso, o MPF interpôs recurso especial, que foi indeferido por maioria. Enquanto o Min. Relator, Rogerio Schietti Cruz, votava pelo provimento do recurso do MPF, acompanhado pelo Min. Sebastião Reis Júnior, foi vencedor o voto-vista divergente do Min. Reynaldo Soares da Fonseca.

5.2.1 Dos fatos contidos na acusação

Trata-se das imputações de homicídio qualificado tentado, fabricação, posse e transporte de explosivos, associação criminosa, fraude processual e favorecimento pessoal tentado. O fato central do acórdão refere-se ao “atentado do Riocentro”, que foi um frustrado ataque a bomba ao Centro de Convenções do Riocentro, no Rio de Janeiro, ocorrido na noite de 30 de abril de 1981. Naquele local, se realizava um evento comemorativo do Dia do Trabalhador, durante o período da ditadura militar no Brasil, onde havia mais de vinte mil pessoas presentes.

O atentado envolveu organização prévia, num contexto de sistemáticas violações semelhantes, que objetivavam “justificar o recrudescimento da ditadura, que já estava em processo de abertura política”. Os militares buscavam, com isso, atribuir a autoria do fato a militantes de esquerda no local. No entanto, o ataque foi frustrado, resultando na morte e ferimentos de dois dos envolvidos (BRASIL, 2019).

5.2.2 Principais alegações das partes

O Ministério Público apontou que os fatos configuram crimes contra a humanidade e, portanto, são imprescritíveis, por força de normas internacionais e posicionamentos vinculantes oriundos de Cortes do Direito Internacional.

Por intermédio de seus defensores, os recorridos alegaram que os crimes contra a humanidade não são sequer tipificados pela ordem nacional, de modo que considerar os preceitos do Estatuto de Roma para estes fins configura ofensa aos princípios constitucionais da legalidade e da irretroatividade.

5.2.3 Resumo dos votos

Inicialmente, o Relator do caso, Min. Rogerio Schietti Cruz classificou a tentativa de atentado a bomba no Riocentro como um crime contra a humanidade, tendo em vista a participação de agentes estatais em ações sistemáticas para impedir a redemocratização do Brasil e o potencial de lesão para a população civil. Acrescentou que, em razão dessa caracterização, esses crimes seriam imprescritíveis por força das normas de caráter *jus cogens* do direito internacional, possibilitando a retomada da ação penal contra os militares. Ademais, o Relator observou que o Brasil havia sido condenado em julgamentos recentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos por episódios ocorridos durante a ditadura.

Em contrapartida, o voto divergente proferido pelo Min. Reynaldo Soares da Fonseca argumentou que não seria possível considerar a existência de crimes contra a humanidade no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, pois inexistente dispositivo legal interno que tipifique a conduta. Pela mesma razão de prevalência do ordenamento interno sobre o internacional, o redator afirmou que não seria possível afastar a eficácia das normas domésticas gerais sobre prescrição, pois isso ensejaria violação aos princípios da legalidade e irretroatividade da lei penal.

6 CONCLUSÃO

À luz dos resultados obtidos a partir da pesquisa bibliográfica, conclui-se que o reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, quando referente a casos posteriores à ratificação do Estatuto de Roma, é impositivo em face

de compromisso explicitamente assumido pelo Estado Brasileiro em face da comunidade internacional.

A maior controvérsia reside em sua aplicabilidade quanto aos fatos anteriores à norma convencional, como é o caso dos julgados analisados na etapa de pesquisa jurisprudencial. Nesses casos, tendo em vista que o Estatuto de Roma não retroage, a imprescritibilidade deve ser reconhecida em virtude de costumes com caráter de *jus cogens*, independentemente da ausência de ratificação da Convenção de 1968, pois esta representa apenas a codificação formal de uma norma consuetudinária prévia.

Desse modo, a decisão da Ext 1362 pelo STF não apenas violou uma norma costumeira de caráter *jus cogens* – o dever de persecução ou extradição nos casos de crimes contra a humanidade, que consiste em obrigação *erga omnes* e não mera faculdade estatal –, mas também o princípio da soberania e igualdade entre Estados, na medida em que sobrepôs suas regras gerais de direito interno em detrimento de normas especiais do Estado Argentino, que ratificou a Convenção de 1968 e implementou disposições que determinam a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade também em caráter retroativo.

Nota-se, ainda, que houve grande resistência – mesmo por parte dos Ministros que votaram pelo deferimento da extradição – em admitir que a norma de *jus cogens* se aplicaria aos crimes contra a humanidade praticados em território brasileiro. A mesma relutância não foi constatada no acórdão de REsp 1798903 / RJ, pois dois ministros votaram pelo provimento do recurso para perseguir crimes contra a humanidade praticados em território nacional, por força do caráter *jus cogens*. Ainda assim, em ambos os casos, o resultado ensejou que o Estado Brasileiro descumprisse normas internacionais relativas ao princípio *aut dedere aut judicare*, pois o princípio da jurisdição universal implica dever de processar ou extraditar, que deixou de ser observado pelo Estado Brasileiro.

Assim, ainda que o Estatuto de Roma não tenha sido violado porque veda sua aplicação retroativa em seus próprios termos, houve violação de norma convencional no julgamento do STF, com violação do art. 27 da CVDT por se invocar norma de direito interno para impor o inadimplemento da Convenção de 1968 pelo Estado Argentino. Em relação à decisão do STJ, não houve violação de qualquer norma convencional, porém o mesmo não se pode dizer em relação às obrigações geradas por normas do direito consuetudinário, que foram violadas em ambas as decisões.

Ademais, verifica-se que, embora seja incontroverso o caráter de *jus cogens* da proibição dos crimes contra a humanidade, o mesmo não se pode afirmar sobre seu caráter imprescritível, que encontra divergências na doutrina. Ainda assim, salienta-se que, independentemente de se considerar a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade uma norma inderrogável ou não, trata-se de norma costumeira da qual o Estado Brasileiro não se desvinculou, pois não apenas deixou de impugná-la expressa e publicamente, mas inclusive manifestou concordância com sua aplicabilidade à ocasião da Conferência de Roma em 1998.

Além disso, considerando que o princípio da legalidade objetiva proteger cidadãos hipossuficientes do poder abusivo do Estado, tem-se que seus preceitos têm seus requisitos e finalidades transformadas quando referentes à criminalidade que é praticada justamente no contexto do uso abusivo desse poder.

Por fim, considera-se que futuras pesquisas deverão atentar para as nuances relativas à responsabilidade internacional dos Estados em face do descumprimento do dever de punir ou extraditar crimes internacionais, seja por inadimplemento obrigacional do Estatuto de Roma, seja por violação de normas costumeiras em relação a fatos anteriores à sua vigência.

REFERÊNCIAS

- AIRES DE SOUSA, Susana. 2007. **Sobre o Bem Jurídico-Penal Protegido nos Crimes Contra a Humanidade**. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 83: 615–38. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/boltfdiuc83&div=22>.
- AMBOS, Kai. 1999. **General Principles of Criminal Law in the Rome Statute**. In *Criminal Law Forum*, 10:1–32. Kluwer Academic Publishers.
- . 2005. **La parte general del Derecho Penal: Bases para una elaboración dogmática**.
- BASSIOUNI, M. Cherif. 1996. **International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes**. *Law and Contemporary Problems* 59 (4): 63–74. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/lcp59&i=807>.
- BECCARIA, Cesare. 2015. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro.
- BOYLE, Alan. 2006. **Soft law in international law-making**. *International law* 2: 141–58.
- BRASIL. **Decreto n. 4.388 de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 20 out 2021.
- . **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 05 out 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.798.903 / RJ**. Acórdão em Recurso Especial. Recorrente: Ministério Público. Relator: Min Rogério Schietti Cruz. Terceira Seção. DJe 30.10.2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502567234&dt_publicacao=30/10/2019. Acesso em 04 nov 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1362 / DF**. Acórdão em Extradição. Extraditando: Salvador Siciliano. Estado requerente: Argentina. Relator: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. DJe 04.09.2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>. Acesso 03 nov 2021.

CALIXTO, Angela Jank, e Luciani Coimbra CARVALHO. 2017. **Pluralismo jurídico: uma nova perspectiva a respeito da relação entre os sistemas jurídicos internacional e interno**. M. Figueiredo e LGA Conci (coords.); K. Gerber (org.), *Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico*, 3–24.

CANATO, Mônica Aparecida. 2009. **O princípio da legalidade no direito penal internacional**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). <http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000734488&loc=2019&l=0db32d6e5915244b>.

CARLI, Carla Veríssimo de. 2014. **Gramática do Direito Internacional Penal: as Linguagens do Crime e da Punição**. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS* 9 (1).

CASSESE, Antonio. 2006. **Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law: The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR**. *Journal of International Criminal Justice* 4 (2): 410–18.

CHOUKR, Fauzi Hassam, e Kai AMBOS. 2003. **Tribunal Penal Internacional–Breve Análise do Estatuto de Roma**. *AIDP–Brasil. Rio de Janeiro, jul.*

CORRÊA, Elisa Piva, Leonardo Flach AURVALLE, e Pedro Hiroshi Watanabe DI GESU. 2019. **Jus cogens: Defining the fundamental norms of International Law**. In *UFRGSMUN: UFRGS United Model Nations: Enlighten reasons to persist*, Vol. 7, 422–55. Porto Alegre: UFRGS/FCE/PPGEEI.

CRYER, Robert, Hakan Friman, Darryl Robinson, e Elizabeth Wilmshurst. 2010. **An Introduction to Criminal Law and Procedure**. 2 ed.

DEGAN, Vladimir-Djuro. 2005. **On the sources of international criminal law**. *Chinese Journal of International Law* 4 (1): 45–83.

DELFINO, Leonardo, e Marco Antonio Marques da SILVA. 2020. **O Tribunal Penal Internacional: Composição, competência e conflitos aparentes com disposições constantes na Constituição brasileira**. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento* 8 (5): 40–53. <https://doi.org/10.32749>.

FORMIGA, Pedro Gonsalves de Alcântara, e Marcio Henrique Pereira PONZILACQUA. 2021. **A EXT 1362 no STF: Prescritibilidade de crimes contra a humanidade, o processo de extradição no Brasil e Jus Cogens**. *Revista Inclusiones* 8 (4): 174–83.

GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado. 2006. **O estatuto de Roma e o princípio da legalidade: os limites da imputação penal internacional**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas.

GOMES, Janaina Rodrigues Valle. 2015. **Fontes do direito internacional: um estudo da jurisprudência sobre crimes contra a humanidade do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia**. Universidade de São Paulo.

GUERRA, Sidney, e Fernanda TONETTO. 2018. **A construção histórica dos conceitos de crime contra a humanidade e de genocídio**. *Inter: Revista de Direito*

- Internacional e Direitos Humanos da UFRJ* 1 (1).
- International Law Commission (ILC). 2018. **Draft conclusions on identification of customary international law**. Vol. II. A/73/10, para. 65.
- JAIN, Neha. 2016. **Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law**. *Harvard International Law Journal* 57 (1): 111–50. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hilj57&i=118>.
- KOK, Ruth Alberdina. 2007. **Statutory Limitations in International Criminal Law**. Universiteit van Amsterdam. <https://hdl.handle.net/11245/1.308064>.
- MACEDO, Marcus Vinicius Aguiar. 2017. **Apostila esquematizada sobre os princípios fundamentais e tipos penais prevalentes no Tribunal Penal Internacional - TPI**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Departamento de Direito Penal. <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/164026>.
- MANTOVANI, Ferrando. 2003. **The general principles of international criminal law: the viewpoint of a national criminal lawyer**. *Journal of International Criminal Justice* 1 (1): 26–38.
- MILANOVIC, Marko. 2011. **Is the Rome Statute Binding on Individuals ? (And Why We Should Care)**. *Journal of International Criminal Justice* 9 (December 2010): 25–52. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqq070>.
- MIRANDA, João Irineu de Resende. 2010. **O modelo de cooperação do tribunal penal internacional**. *Brazilian Journal of International Law* 7 no. 2: 103–36. <https://doi.org/10.5102/prismas.v7i2.1128>.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2021. Grupo GEN. 9786559641307. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641307/>. Acesso em: 02 nov 2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. 2020. **Curso de Direito Penal: Parte geral (arts. 1º a 120 do Código Penal)**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense.
- OLÁSOLO, Héctor. 2007. **A note on the evolution of the principle of legality in international criminal law**. In *Criminal Law Forum*, 18:301–19. Springer. <https://doi.org/10.1007/s10609-007-9042-9>.
- PAIVA, Bruno Teixeira de. 2018. **Aproximação entre common law e civil law para a cooperação penal internacional**. 00500:: Universidade de Coimbra.
- PETER DA SILVA, Christine Oliveira. 2004. **A pesquisa científica na graduação em Direito**.
- PIOVESAN, Flavia, e Daniela Ribeiro IKAWA. 2011. **O Tribunal Penal e o Direito Brasileiro**. 28 (1). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33247.pdf>.
- PIOVESAN, Flávia. 2019. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva Educação.
- ROCHA, Joceli Scremin da. 2009. **A conformação da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade à luz da Constituição da República Federativa do Brasil**. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região* 198 (nov.): 47–56.
- SÁNCHEZ-IZQUIERDO, José Ricardo Palacio. 2015. **Del juicio de Nuremberg al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**. *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público* 47 (1 SE-Estudios): 95–117. [https://doi.org/10.18543/ed-47\(1\)-1999pp95-117](https://doi.org/10.18543/ed-47(1)-1999pp95-117).
- SANTOS, Carolina Guedes Rocha. 2017. **A obrigação internacional de extraditar ou julgar: uma análise à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a extradição de suspeitos da prática de crimes contra a humanidade na ditadura argentina (1976-1982)**. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em

- Direito). Universidade de Brasília, Brasília.
- SCHABAS, William A; 1998. **General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III)**. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 6 (4): 400–428.
- SANTIAGO DA SILVA, Alex Xavier. 2014. **Imprescritibilidade dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional no Brasil: inconstitucionalidade ou adaptação transnormativa?** *Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza*.
- TAQUARY, Eneida Orbage de Brito, e Catharina Orbage de Brito TAQUARY. 2014. **Crimes contra a humanidade: o olhar da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. In *Direito internacional dos direitos humanos*, organizado por Mauro José (Coord.). RIBEIRO, Daniela Menengoti; BEDIN, Gilmar Antonio; GAGLIETTI, v. 2, 134–56. Florianópolis: CONPEDI. <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/9805>.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. 2013. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília.
- UNITED NATIONS. 1998. **Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole**. In *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*. Vol. II. Rome: United Nations Official Records.
- VELLOSO, Ana Flavia. 2008. **A imprescritibilidade dos crimes internacionais**. In *III Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, Vol. 1, 11–27. Belo Horizonte: CEDIN.
- Verdan, Tauã Lima. 2009. “Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal”. *Jurid Publicações Eletrônicas, Bauru* 22: 569.
- WEICHERT, Marlon Alberto. 2021. **Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil: Lei de Anistia e prescrição penal**. *Revista brasileira de ciências criminais*. nº 74. 170-229.
- WIENER, Imre A. 1993. **Criminal Jurisdiction and International Crimes**. *Acta Juridica Hungarica* 35 (1–2): 33–52. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/ajur35&i=35>.
- WOUTERS, Jan. 2005. **The Obligation to Prosecute International Law Crimes**. *Collegium*, nº 32 ed: 1–9.
- YANG, Lijun. 2005. **On the Principle of Complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court**. *Chinese Journal of International Law* 4 (1): 121–32. <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmi014>.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e José Henrique PIERANGELI. 2009. **Manual de direito penal brasileiro**. 8º ed. Vol. 1: parte g. São Paulo: Revista dos Tribunais.