

O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

*Renato Almeida Feitosa*¹
PUC Minas

*Guilherme Coelho Colen*²
PUC Minas

Resumo

A jurisdição penal internacional ainda hoje é questão controversa no tocante à sua incidência, sobretudo face ao princípio da soberania e de fatores políticos estranhos ao direito. Este artigo traz o largo e frágil processo de desenvolvimento deste ramo do direito, mostrando suas fundações e esboçando alguns dos fatores que apontariam, em função do princípio da legalidade, para a instabilidade do mesmo.

Palavras-chaves

Direitos humanos. Direito penal internacional. Estatuto de Roma. Jurisdição territorial. Princípio da soberania. Princípio da territorialidade

Abstract

International criminal jurisdiction still brings controversy regarding its incidence, mainly because of the sovereign principle and political factors foreign to law. This paper brings the wide and fragile process of development of this field of law, showing its foundations and drafting some of the factors that would point to its instability when facing the legality's principle.

Keywords

Human rights. International criminal law. Rome statute. Territorial jurisdiction. Sovereign principle. Territoriality principle

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

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

1. Considerações iniciais: natureza do direito penal de tradição romano germânica, do *direito penal de extraterritorialidade* e do direito penal internacional³

No presente trabalho, o termo *direito penal internacional* tem por objeto a tipificação de ações que tenham repercussão na esfera internacional, mediante as fontes próprias do direito internacional público, abrangendo a normatização acerca dos crimes internacionais, suas formas de imputação, processamento e punição, garantindo a proteção dos direitos humanos, ademais, compondo o universo do direito internacional público. O “direito penal de extraterritorialidade” – regido pelas regras de direito público nacional – tem por objeto a indicação da competência legislativa/jurisdicional a respeito dos delitos, conseqüente delimitação do ordenamento jurídico-penal a ser aplicado, sendo mecanismo legitimador do processamento e eventual responsabilização penal daqueles indiciados. Há de se considerar que ambos têm um forte imbricamento, dada à submissão da aplicação tanto das normas de direito penal internacional, quanto de um ordenamento alienígena, à aquiescência prévia do Estado nacional (a um lado pela incidência do princípio da complementariedade, a outro por verificar os elementos de conexão no caso de conflito de leis, respectivamente) observando, num contexto amplo de legitimidade, ao princípio da soberania.

³ De antemão, faz-se necessário apresentar a discordância doutrinária acerca da semântica dos termos “direito penal internacional” e “direito internacional penal”, posto que o sentido deste último estaria equivocadamente nas duas nomenclaturas que leva (direito penal internacional/direito internacional penal), independente da conotação a que essas expressões sejam aplicadas, sempre será discutível a aplicação destas. Assinala-se que, neste trabalho, referências serão feitas de doutrinas divergentes e, para uma melhor compreensão do conteúdo, serão obedecidas as regras semânticas das terminologias aqui adotadas, compatibilizando os termos controversos à corrente que se segue. Assim, não havendo qualquer confusão quanto aos conceitos tratados. Ou seja, e.g., Inês Leite ao falar do “Direito Penal Internacional” como direito interno terá sua terminologia convertida para “direito penal de extraterritorialidade” posto que este trata do direito penal interno aplicado extraterritorialmente.

No direito penal internacional, o princípio de soberania se arroga da função delimitadora da atuação dos entes internacionais na aplicação de normas que não integram o lugar comum do direito penal interno⁴. Todavia, observa-se a crescente mitigação da soberania, uma vez que a aplicação desta não é observada de forma irrestrita, obedecendo a uma hierarquia de interesses da comunidade internacional – de Estados mais fortes (economicamente, belicamente), sob a débil égide do princípio da complementaridade (previsto no Estatuto de Roma), que vislumbra a incidência de aplicação do direito penal internacional nos casos de manifesta incapacidade ou falta de disposição de um sistema jurídico nacional (e.g. no caso de derrubada do governo), que possa exercer sua jurisdição primária de forma adequada, seguindo a diretriz do *princípio da justiça universal*. A própria disposição da estrutura direito penal internacional – Estatuto de Roma – é regida pela articulação dos interesses de diversos Estados, no exercício de suas soberanias, na criação e aplicação de disposições normativas internacionais, resultando num emaranhado de regras que, ao fim, comprometem os fundamentos mesmos de justiça⁵.

O problema no direito penal internacional está firmado na apropriação de características do direito penal pelo direito internacional público. Inevitavelmente, o direito penal internacional resta fragilizado, posto ser um direito ainda em formação, com conceitos vagos e, em diversos pontos, contraditórios, seja pelos choques entre as tradições jurídicas *Civil Law* e *Common Law*, seja pela urgência de sua aplicação e, conseqüente, atabalhoado desenvolvimento. Há uma fusão de princípios do direito penal tradicional e do direito internacional

⁴ Perceba-se, a exemplo do Estatuto de Roma, que diplomas internacionais passam por um processo de reconhecimento e internalização pelo ordenamento jurídico nacional – *in casu* o Decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002 – enquanto expressão do princípio de soberania.

⁵ Cf. FEITOSA, Renato Almeida; COLEN, Guilherme Coelho, “O Tribunal Penal Internacional e o Princípio da Legalidade”, **Caderno de Relações Internacionais**, Vol. 11, nº21, jul-dez.2020, <http://dx.doi.org/10.22293/2179-1376.v11i21.1334>

público, o que gerou uma grande instabilidade do direito penal aplicado a nível internacional, dada a falta de estudos comparativos aprofundados dos institutos do direito penal nos Estados-nações, tornando-se muito mais uma estrutura de base política e favorecendo, sobremaneira, a *Common Law* que é menos compacta. Em outras palavras, pelas características de sua estrutura de aplicação jurisprudencial⁶ do Direito e dos seus institutos menos complexos no direito penal, tornou-se um modelo maleável às necessidades prementes da jurisdição penal internacional, não obstante as lacunas dogmáticas do sistema.

Jeremías Benthan trouxe em seu *Princípios* de 1820 ao léxico jurídico o termo “Direito Penal Internacional” que, desde então, vem sendo utilizado. Por direito penal internacional, entende-se o universo de normas que regulam penalmente as ações praticadas a nível internacional, sendo elas normas internacionais com efeitos jurídico-penais concretos⁷.

Neste sentido, dentro do sistema atual de direito penal internacional, consideram-se tanto as normas estabelecidas através da celebração de tratados multilaterais dos Estados interessados, quanto as formas de direito consuetudinário ou princípios gerais que não têm qualquer tangência com o direito penal em si.

O Direito penal internacional em desenvolvimento é fortalecido pelo pressuposto consuetudinário, refletindo o seu enraizamento contra as dificuldades técnicas e políticas que acompanham a sua trajetória. Numa perspectiva fática, verifica-se que os tratados estabelecidos não expressam uma unanimidade na concordância do seu estabelecimento, tampouco que cada uma das

⁶ Observe-se que o desenvolvimento das bases normativas do Estatuto de Roma se deu, sobremaneira, com a herança dos tribunais internacionais *ad hoc* que o precederam. A esse respeito, Cf. FEITOSA, Renato Almeida; CANTARELLI, Margarida de Oliveira. “Fontes do Direito Internacional Penal”. **Ciências Criminais em Perspectiva**, vol. 1, nº 1 jul-dez. 2020, fls. 53 et seq. <http://dx.doi.org/10.22293/ccrim.v1i1.1363>

⁷ RIPOLLES, Antonio Quintano. **Tratado de derecho penal internaciona y derecho internacional penal**. T.I, Madrid: Institut Francisco de Vitória, 1955, p. 11.

partes envolvidas tenham trabalhado na elaboração do daqueles. Entretanto, a vontade tácita mostra-se presente, legitimando juridicamente o costume, reflexo observável em uma disposição “homogênea” da comunidade internacional, quando vislumbrado um conflito internacional, sobrepujando a vontade do minoritário. Neste sentido, como nos diz Ripolles:

Não maior risco, portanto, em incidir nos pressupostos do positivismo *panestatal* ao aceitar o fundamento da vontade tácita no consuetudinário, especialmente tendo em conta o papel do relativismo como fonte do Direito Penal Internacional [...]”⁸.

Mostra-se o consuetudinário a forma que prevalece, por falta de um normativismo legal adequado, diante do novo panorama em que se encontra o direito. Corolário deste paradigma é possível verificar que o princípio da legalidade tem o seu valor irredutível de princípio afetado, passando a ser tratado como uma diretriz facultativa de incidência.

Constata-se que o sistema jurídico emanado do Estatuto de Roma e aplicado pelo Tribunal Penal Internacional (TPI) é marcado pela *Common Law*. Este pode ser definido como direito consuetudinário jurisprudencial (não obstante possua estatutos jurídicos) que ganhou força no Reino Unido, sendo estabelecido como sistema oficial aplicável às relações jurídicas existentes. A *Common Law*, por não se tratar de um direito de base codificada (*Statue Law*), abriria espaço para entrar em eventuais conflitos com o princípio *nullum crimen nulla pena sine lege scripta*.

Joseph Raz afirma que é típico as normas da *Common Law* serem definidas e redefinidas nas mãos de sucessivos tribunais que, de forma explícita ou inconscientemente, usam seus poderes para alterar ou reformular as regras em causa, tendo o direito jurisprudencial um status diverso do direito positivo, dado o grande

⁸ *Ibidem*, p.72; 76.

poder das Cortes de anular, criar e distinguir jurisprudências em detrimento do caso concreto. Nesse sentido, a norma jurisprudencial pode ter mais ou menos conexão (dado o nível de abstração que pode ser dado no julgamento do caso concreto pela aplicação de princípios gerais na escolha da jurisprudência mais adequada ou mesmo na criação) com o caso concreto do que a norma positiva. A habilidade da Corte aplicadora da *Common Law* de mudar uma área substancial do Direito com uma única decisão é muito limitada dado o próprio poder de discernimento do órgão julgador. Tem como resultado que quanto mais amplo o princípio enunciado, mais fácil de discerni-lo para moldá-lo ao caso concreto. Consequentemente, muitos juízes cortando suas decisões para melhor adequá-las ao caso⁹.

Kai Ambos cita que segundo “os trabalhos da comissão de direito internacional da ONU, a respeito do “Projeto do Código de Crimes Contra a Paz e Segurança da Humanidade” as regras (penais), para além de qualquer dúvida, diversamente do direito costumeiro, não contrariam ao princípio do *nullum crimen*”¹⁰.

Existem doutrinadores que defendem que a *Common Law* tenha em sua estrutura os outros sub-princípios da legalidade,

⁹ RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays of Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p.195-196. “It is typical of common law rules to be moulded and remoulded in the hands of successive Courts using explicitly or unconsciously their powers of reformulating and modifying the rules concerned. [...] The ability of the courts radically to reshape a substantial area of the law by a single decision is very limited. this is partly due to the power to distinguishing itself. It has the result that the wider the principle enunciated by a court the easier it is to distinguish it, to whittle it down. Consequently, judges often avoid pronouncing new general principles and prefer to trim their rulings to fit closely the case at hand”.

¹⁰ AMBOS, Kai. **Estudios de Derecho Penal e Procesal Penal: Aspectos del Derecho Alemán y Comparado**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p.55. “Los trabajos de la comisión de Derecho Internacional de la ONU respecto del “Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind” [...] las “rules” (penales), que son “*beyond any doubt part of customary law*”, no contrarían al principio del *nullum crimen*”.

e.g.: Friedrich Hayek, *in verbis*, no capítulo *Rule of Law and its Virtue* sobre *the ideal of the rule of law*:

“[...] o governo, em todas as suas ações, é obrigado por regras fixadas e anunciadas de antemão – regras que tornam possível a previsão com alguma certeza como a autoridade usará seu poder coercitivo em dadas circunstâncias, e planejar as relações individuais de cada um com base nesse conhecimento”¹¹.

Ou Joseph Raz, que definiu a *rule of law*, na linha de Hayek, de forma minimalista, como um sistema de direito baseado pelas regras que são “fixas” (entenda-se escritas), reconhecíveis e certas – *rules which are fixed, knowable, and certain*¹².

No entanto, a forma como está disposta a *Common Law* a põe numa direção oposta à da *Civil Law*, não podendo ser encontrado o princípio da legalidade naquele. Entidades diversas com a estrutura da *Common Law* têm disposições diversas acerca do mesmo: A Convenção Europeia de Direitos Humanos estabeleceu a proibição retroativa de tipos penais¹³, mas a Inglaterra não a prevê, pois sequer tem uma Constituição escrita; e o Estatuto de Roma, objeto de Estudo, embora preveja o princípio da legalidade, sendo regido pela *Common Law*, em diversos aspectos afastasse da mesma.

Tendo como uma das fontes do direito penal internacional os princípios gerais do direito, ao lado dos costumes, ao depararem-se com a estrutura do direito penal, se rechacem, quase que em absoluto, como fonte formal nos ordenamentos.

Em defesa destes, Ripolles afirmou ser compreensível a assimilação dos princípios gerais do direito à ordem jurídica penal internacional:

¹¹ HAYEK *apud* RAZ. *op. cit.* p.210. “government in all its actions is bound by rules fixed and announced beforehand – rules which make it possible to foresee with fair certainty how the authority will use its coercive powers in given circumstances, and to plan one’s individual affairs on the basis of this knowledge”.

¹² RAZ, Joseph *apud* AMBOS, Kai. *op. cit.* p.56.

¹³ http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf. Acesso em março 2013.

[...] na ordem legalista fechada do direito penal interno, mas apenas se tem transcendência a nível internacional no qual, não existindo tal complexo normativo, há de ser suprido de alguma forma ou resignar-se-á passivamente ao impunismo¹⁴.

Em sua assimilação ao Direito Natural, estimasse este como inadequado à função de fonte no direito penal. O motivo está no fato de que os princípios gerais mostram-se incompatíveis com a dogmática da legalidade dos delitos e das penas, característicos dos ordenamentos jurídico-penais internos. Por essa razão, ainda que se mostre como consequência precária da tentativa de solução parcial da problemática do relativismo principiológico, quando há a possibilidade de aplicação dos princípios gerais do direito, esta se dá de forma pontual no plano interpretativo, sendo aplicados dentro da discricionariedade judicial, característico da *Common Law*¹⁵.

2. O direito penal interno aplicado *extra territorium* e a formação do direito penal internacional

Com respeito à jurisdição territorial penal, a fim de garantir a punição daqueles que praticassem delitos num contexto que suscitaria controvérsia ao princípio de territorialidade, de forma a garantir a segurança de não respaldar ameaças às soberanias por intervenções dentro e para além dos seus territórios, foram desenvolvidos princípios delimitadores da “*extraterritorialidade*” da lei penal.

O princípio fundamental era o da territorialidade, pois este preservava os interesses do Estado na manutenção da ordem pública no espaço em que exerceria sua soberania – sendo outros, contudo, utilizados de forma complementar, sendo estes:

¹⁴ *Ibidem*, p.83.

¹⁵ RIPOLLES, Antonio Quintano. *op. cit.* p.82-83.

O princípio do pavilhão, regulando a aplicação do Direito aos fatos cometidos em embarcações ou aeronaves; O princípio da personalidade, direcionadas aos nacionais, aonde quer que tenham cometido o delito, princípio utilizado na Alemanha nazista, com a concepção de delito como infração de um dever de fidelidade, tendo sido fortemente enraizado no idealismo alemão; o princípio real ou o da proteção de interesses, permitindo ao Estado punir os delitos cometidos por nacional ou estrangeiro, cometidos no estrangeiro, quando lesassem os interesses essenciais da nação; O princípio da Justiça universal, cuja origem, segundo Mir, data do século XVI e XVII, por teólogos e juristas espanhóis, dentre os ideários o de que “los crímenes (que distingue de *los delitos y las contravenciones*) constituían una violación del Derecho natural que rige la *societas generis humani*. ” Assim, o Estado detentor, devendo entregar o delinquente ou processá-lo e julgá-lo¹⁶.

Todos estes princípios estariam vinculados à legalidade, posto que, como pressuposto de validade e existência, deveriam existir normas positivas no ordenamento interno que estabelecessem o regramento das situações jurídicas existentes, *in casu*, das ações, cumulativamente, típicas, antijurídicas e culpáveis e das penas.

Decorre, então, do princípio da legalidade, restrições formais para a abstenção de aplicação da norma interna em detrimento de acordo ou tratado para a aplicação do direito internacional público (direito penal internacional), ou mesmo para a concessão da extradição, observados os requisitos para a sua possibilidade (i.e. princípio da reciprocidade, princípio da legalidade, princípio da especialidade – que o extraditado seja processado e julgado pelo mesmo caso concreto que motivou sua extradição -, princípio da dupla incriminação/identidade, princípio da não entrega por crimes políticos, militares ou por sanções administrativas, princípio do *non bis in idem*, princípio da não aplicação de pena mais gravosa que a prevista no ordenamento

¹⁶ MIR, Cerezo. **Derecho Penal**: Parte General. Montevideo: B de F, 2008, p. 251.

interno – caso brasileiro -, princípio da entrega de nacionais), subsumindo-o ao direito penal internacional como mecanismo de efetivação das normas penais internacionais.

A respeito do direito penal de extraterritorialidade, em sua acepção originária (direito penal internacional), Asúa faz uma crítica acerca de sua nomenclatura a qual deveria chamar-se direito penal interestatal. Segundo ele, o termo foi trazido pela primeira vez por Bentham e hoje tem como conteúdo o conjunto de regras do direito nacional sobre a aplicação das leis no espaço e as normas de auxílio para assegurar a justiça punitiva que deveriam prestar-se entre os Estados. *Verbis*:

Entre o título e seu conteúdo há uma profunda incongruência, que já assinalaram Binding, Franz von Liszt, Garraud, Manzini, Battaglini, Anziolotti e Ferri. Com efeito, chamar direito penal internacional ao conjunto de normas internas que decidem os problemas da lei penal no espaço de um modo unilateral, não pode ser mais incorreto. Franz Von Liszt, entre outros, já disseram com toda exatidão, indicando que o verdadeiro direito penal internacional formou-se pelo conjunto de tratados que impõem às potências signatárias a obrigação, fundada no direito internacional, de decretar as leis penais nacionais correspondentes à proteção de bens jurídicos de interesse comum. [...] Na realidade é uma ramificação do direito internacional público que determinaria as infrações, estabeleceria as penas e fixaria as condições de responsabilidade penal

internacional dos Estados e dos indivíduos
(*Tradução livre*)¹⁷.

Corroborando com o supracitado entendimento, entendemos, assim, por melhor, adequar a expressão “direito penal internacional” na sua melhor forma qual seria a de um direito penal interno com características próprias para ser aplicado extraterritorialmente a todos os Estados, por comum interesse, sendo circunstancialmente vinculado ao direito internacional público como pressuposto de existência.

3. Direito de extraterritorialidade na antiguidade

Nos primórdios das sociedades organizadas, não se reconhecia a personalidade jurídica do estrangeiro. O fato é que, desde a antiguidade, em dado momento surgiu inerentemente, em certo aspecto, a aplicação de direitos que envolvessem o estrangeiro, fosse nas relações de comércio, fosse com relação ao indivíduo – nos seus direitos e garantias, embora este carecesse desses direitos. Mesmo quando não havendo objetivamente discussões profícuas ou profundas que tratassem desta, como foi no período em questão, embora havendo distinção na aplicação da lei entre os nacionais e estrangeiros; ou objetivamente tratado – e.g., com o *jus gentium* romano, aplicado aos estrangeiros.

Tanto na Grécia Antiga, quanto em Roma, os estrangeiros, no que tange o direito penal, tinham um tratamento diferenciado em relação aos cidadãos, estando sujeitos a sanções muito mais graves e não era interesse criar um sistema que regulamentasse as relações internacionais, vez que os estrangeiros não eram sujeitos de Direito¹⁸. Estrangeiros que praticavam crimes em território estrangeiro ficavam sempre numa posição

¹⁷ ASÚA, Luis Jiménez. **La ley y el delito**. Buenos Aire: Sudamericana, 1958, p. 161.

¹⁸ VABRES, Donnadieu. **Introduction à l'Étude de Droit Penal International**. 1922, p. 44.

desvantajosa face aos cidadãos, pois estavam sujeitos ao poder discricionário dos magistrados – *imperium* – enquanto os cidadãos podiam recorrer ao *provocatio ad populum*, onde o acusado recorria a uma assembleia de concidadãos. Com o tempo, a intensificação do comércio e das relações entre cidades fez com que se tornasse necessária a criação de mecanismos que trouxessem algum respaldo jurídico – antes precário – aos estrangeiros tanto como vítimas ou acusados. A questão era problemática ao se verificar a reserva dos mecanismos jurídicos das Cidades-Estado Gregas ou Romanas aos seus cidadãos. Porém tais lacunas foram preenchidas com os acordos que foram sendo realizados entre as Cidades-Estados, além de institutos especiais de proteção de estrangeiros pelos cidadãos (e.g. Patronato ou hospitalidade). Acordos que permitiram uma reciprocidade de direitos e facilitaram a perseguição dos crimes praticados pelos cidadãos (fosse pelo *parricidium* ou *perduellio* – delito privado ou público) e legitimavam o julgamento deles fora de suas cidades¹⁹.

Não se podia falar em um direito penal de extraterritorialidade próprio, vez que nunca houve preocupação com o reconhecimento de leis estrangeiras, seu pressuposto necessário. Como consequência da não existência de uma resposta jurídica proveniente de sistemas jurídicos estrangeiros, surgiu um corpo de direito próprio, dentro da sistemática romana, sendo um subsistema, objetivando a sua aplicação às relações entre estrangeiros e entre cidadãos romanos e estrangeiros, formando o *jus gentium* em paralelo ao *jus civile* dos cidadãos romanos, sendo o *jus gentium* um direito de criação jurisprudencial, pelo *praetor peregrinus*, sanando as constantes questões de estrangeiros que se encontravam densamente estabelecidos em áreas de jurisdição romana - a questão dos estrangeiros e cidadãos romanos perdeu sua relevância com o Édito de Caracala, quando todos os homens livres

¹⁹ LEITE, Inês Ferreira. **O Conflito de Leis Penais**: Natureza e função do direito penal internacional. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 43-44.

habitantes do império romano foram equiparados a cidadãos romanos²⁰:

[...] necessárias ao comércio seria sua única instituição legal, que foi marcada com o nome do *Jus Gentium* dos juristas romanos, e isso caracterizou os romanos como um direito "Quod apud omnes gentes peraeque custoditur", o qual nunca poderia colidir com o direito romano. [...] Para que se tornasse uma regra legal ao jus civile, era necessário uma disposição legal especial, para aplicá-la às relações entre romanos e estrangeiros. [...] Mais tarde, com Caracalla, a todos os habitantes livres do império aplicou-se o direito civil romano, igualando o direito por toda parte [...]

4. As escolas estatutárias europeias

O modo de organização social para um regime feudal foi vetor de transição, a partir do século IX, para criação de um sistema territorial da lei penal, somado ao contexto do período, em que houve uma crescente vinculação dos povos à terra em que viviam e trabalhavam, abandonando suas leis pessoais, fortalecendo a aplicação da *lex loci* criando espaço para a criação do, então, princípio da territorialidade²¹.

Teria sido entre os séculos XII e XIII, no desenvolvimento dos trabalhos dos pós-glosadores, em razão do crescimento das cidades italianas - Modena, Bolonha, Milão -, tornando-se relativamente independentes em relação ao poder imperial e pela intensificação do comércio entre cidades, que se

²⁰ BAR, L. **Das international Privat- und Strafrecht**. Hannover: Hahn'sche Hofbuchhandlung, 1862, p.66.

²¹ *Ibidem*, p. 19-20.

buscaram soluções para as problemáticas surgidas em razão das relações entre cidadãos de cidades diversas, através dos antigos textos romanos do *Corpus Juris*, criando um corpo de normas, constituindo os estatutos, que se amoldariam às demandas de cada cidade²².

Todavia, há discordância quanto à relevância do Código de Justiniano nas construções dos estatutários italianos acerca das regras de conflito. Os glosadores e pós-glosadores construíram extensa matéria em torno dos conflitos de normas e situações jurídicas plurilocalizadas, não obstante o insuficiente arcabouço normativo do Codex sobre regras de conflito. Mesmo porque o Corpus Juris fazia referência apenas a conflitos locais e a sua aplicação pelo *jus civile* e o *jus gentium*, não recorrendo o Direito Romano à criação de normas jurídicas de colisão, mas a aplicação de um direito material uniforme, não reconhecendo qualquer estatuto ao Direito estrangeiro²³. Há de se observar que se buscava um corpo legal cuja força, sobre todas as Cidades e costumes, fosse presente²⁴.

O Direito internacional privado tem nos pós-glosadores – com Bartolo de Sassoferrato – o seu nascedouro. Assim, afastando a aplicação territorial da *lex fori*, surgindo o direito decorrente do conflito de leis. Foram eles quem procuraram solucionar as *quaestiones mixtae* (casos com algum elemento de estraneidade, incidindo mais de um estatuto local), criando normas de conflito para cada caso, analisando individualmente as leis, verificando o âmbito de aplicação de cada uma e sua eficácia, valendo-se dos textos e das glosas a eles feitas, havendo profunda exegese das leis²⁵.

Com a escola Estatutária Italiana, veio o chamado *collisio statutorum*, sendo o conjunto de normas, escritas ou

²² LEITE, Inês Ferreira. *op. cit.* p.37.

²³ *Ibidem*, p.55.

²⁴ PLUCKNETT, Theodore F. T. **A concise history of the Common Law**, 4^a ed., Londres: Ed.Londres, 1948, p.635.

²⁵ LEITE, Inês Ferreira. *op. cit.* p.59-60.

decorrentes do trabalho dos glosadores, que tratava do conflito entre estatutos de várias cidades, havendo alguns desenvolvimentos nos métodos propostos pelos pós-glosadores nas restantes escolas estatutárias, havendo a submissão dos estatutos, em caso de conflitos ao *jus commune*. Ou seja, estando, em caso de conflito, afastada lei pessoal, no caso de conflito com lei natural ou divina²⁶.

No século XVIII, ficou clara a distinção que se firmou acerca do tratamento do *direito penal de extraterritorialidade*, em face ao direito internacional privado, ante as discussões filosóficas e conceituais sobre o problema do conflito de leis. Os critérios de resolução dos conflitos de leis penais aplicáveis a ações plurilocalizadas foram ganhando visível autonomia em relação aos princípios antes a eles vinculados, pertinentes ao direito internacional privado. A escola estatutária holandesa foi essencial nesse afastamento²⁷.

Como dito, desde os pós-glosadores, a questão da soberania foi amplamente discutida pelos autores de diferentes períodos, sob óticas distintas, de acordo com as circunstâncias, interesses e grau de desenvolvimento do direito penal de extraterritorialidade. Problemática que era desmembrada em discussões principiológicas, tendo como matriz, a territorialidade.

Posteriormente, surgiu a Escola Estatutária Holandesa desenvolvendo o *comitas gentium*, desenvolvida por Paulus e Johannes Voet (pai e filho), e pelo caráter absolutamente territorial do instituto²⁸, seguidos pelos publicistas ao tratarem da natureza do Direito Penal, estabilizando o dogma da territorialidade do Direito Penal e da proibição da aplicação de lei penal estrangeira; no final do século XIX e início do século XX, houve um retorno às ideias

²⁶ WOOLF, Cecil N. Sidney. **Bartolus of Sassoferrato: His Position in the History of Medieval Political Thought**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p.149-154.

²⁷ VABRES, Donnedieu. *op. cit.* p.267.

²⁸ WALTER, Gerhard; BAUMGARTNER, Samuel (Hgs.). **Anerkennung und Vollstreckung Ausländischer Entscheidungen ausserhalb der Übereinkommen von Brüssel und Lugano**. Dordrecht:Kluver. 2000, p. 405 *et seq.*

dos pós-glosadores, quanto à metodologia de aplicação do direito internacional público e do direito internacional privado, com apoio da associação Internacional de Direito Penal na aplicação da lei penal estrangeira em determinados casos²⁹.

Para além da problemática da soberania, do interesse nacional, o conflito de leis penais passou a ser analisado sob um enfoque histórico, indicando que as leis nacionais deveriam encontrar a mesma essência em meio às dos outros Estados, ou seja, leis correspondentes em povos diversos, cujas orientações tenham os mesmos objetivos sociais, diferentemente do universalismo naturalista, onde haveria uma pré-existência das normas a serem encontradas pelo legislador. Vabres expõe sua preocupação com a dificuldade de fazer essa aproximação de leis distintas – embora com mesmo direcionamento - de civilizações distintas, destarte o elemento “ordem pública”, num sentido lato, surge como elemento primordial na análise de aplicação das leis penais estrangeiras, onde estas são inseridas dentro de um mesmo universo de leis penais (nacionais e estrangeiras) categorizadas como leis de ordem pública, sendo “ordem pública” o conjunto de valores psicológicos e morais, cuja preservação exige a supressão da soberania como princípio de validade da norma positiva aplicável³⁰.

5. O liame do princípio da justiça universal para o direito penal internacional

No século XVII, Grotius tratava do direito universal e afastava a ideia de perigo universal, com sua dupla formulação *aut dedere, aut punire* (ou extraditar, ou julgar), considerando a criminalidade no direito comum (direito penal de extraterritorialidade – cuja incidência de norma extraterritorial pudesse ocorrer). Percebemos que a ideia de direito universal já há muito era discutida, passando a haver a figura da extradição no final

²⁹ LEITE, Inês Ferreira. *op. cit.* p.42.

³⁰ VABRES, Donnedieu **Principes modernes de droit pénal international**. Paris: Recueil Sirey, 1928, p. 358.

do século XVII, embora o fundamento de uma competência universal para o crime tenha ocorrido por circunstâncias outras, como dito no parágrafo anterior, sem obstar ser esta uma raiz da aplicação do direito penal internacional³¹.

Passa a ocorrer uma reconstrução do *ius gentium*, originalmente aplicado aos estrangeiros pelos romanos, como direito universal da humanidade. Revela-se um estreito laço ao universalismo visionário tratado já a partir do século XVI pelos teólogos espanhóis Francisco de Vitória e Francisco de Suarez, em consonância com o jusnaturalismo³².

Buscando um meio termo para a aplicação do sistema autocentrado do Estado (*selbstsüchtige Auffassung*) e a doutrina universalista (*kosmopolitische Auffassung*), o alemão von Mohl ultrapassa a dimensão da competência penal nos delitos cometidos em terras estrangeiras, excluindo delitos políticos, a defendendo a implicação dessa doutrina tanto na esfera dos interesses privados como da ordem tradicional da sociedade humana.

Sob influência do utilitarismo Clássico, os Néoclassicos (Rossi, de Broglie) readaptam a teoria do direito universal sob o viés utilitarista da aplicação do direito, justificando a dimensão da competência penal para as infrações cometidas por nacionais em terras estrangeiras³³.

Em última análise, verificou-se que “a solução racional e definitiva dos conflitos de leis” não poderia ser obtida sem que antes as próprias leis (internas) acordassem *numa mesma essência*, sem que as leis reguladoras de instituições entre povos diferentes não se orientassem juntas em prol dos mesmos objetivos sociais³⁴; ideal que refletiu na transposição de elementos legitimadores da aplicação do direito penal interno extraterritorialmente e a recepção

³¹ *Ibidem*, p.138.

³² CANÇADO TRINDADE, A. A. *op cit.* p. 28.

³³ VABRES, Donnedieu. *op cit.* p.150.

³⁴ *Ibidem*, p.358.

da norma alienígena para o direito penal internacional propriamente dito³⁵.

Paradoxalmente, estavam presos ao princípio da soberania, o que os impedia de evoluir a discussão das ideias acerca de um novo direito penal internacional. Neste sentido, defendendo princípios atinentes à preservação da soberania, como o princípio territorial e o princípio pessoal ou de nacionalidade³⁶, ao mesmo tempo que buscavam uma uniformização – e não unificação – das leis penais por parte dos Estados, configurando indiscutivelmente o direito penal de extraterritorialidade – sob um viés universalista da competência para processamento e sanção do acusado –, demonstrando uma forte reserva no desenvolvimento dessa “uniformização”, uma vez que também mantinham como matriz principiológica a nacionalidade para aplicação da lei de origem do indivíduo em terras estrangeiras, já admitindo o *delictum juris gentium*, todavia, a título de estudo preliminar³⁷.

Da mesma forma que o sistema universalista primário e não obstante a forte corrente doutrinária que até então o seguia, os direitos humanos e o sistema de proteção deste, como categoria de direito universal, não foram contra os demais sistemas, mas formaram-se por derivação, pela ampliação do princípio de proteção do indivíduo e de garantia da responsabilização daquele que viesse a perpetrar algum ato criminoso.

³⁵ Na mesma corrente de pensamento, na Conferência Internacional de Unificação do Direito Penal, foi discutido o risco que seria a criação de um ordenamento penal internacional sem que os Estados acordantes encontrassem uma prática legislativa comum a determinados institutos necessários ao direito penal internacional, como as figuras da tentativa, legítima defesa, estado de necessidade, cumplicidade (RAPPAPORT, Emil-Stanislaw; PELLA, Vespasien von.; POTULICKI, Michel. I Conférence Internationale d’Unification du Droit Pénal: actes de la conférence. Paris: Recueil Sirey, 1929, p. 15.), figura esta que foi deveras afetada pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg, analisada no ponto 3.1.2.

³⁶ RAPPAPORT, Emil-Stanislaw; PELLA, Vespasien von.; POTULICKI, Michel. I Conférence Internationale d’Unification du Droit Pénal: actes de la conférence. Paris: Recueil Sirey, 1929, p. 27.

³⁷ *Ibidem*, p.39.

Até então, os Estados, quando envolvidos em conflitos, em razão dos atos de guerra praticados por outro Estado, não buscavam a verdade ou a resolução diplomática do conflito. A comunidade internacional era fragmentária e os interesses não eram compartilhados, sem qualquer estrutura, a não ser os costumes internacionais do direito de guerra. Nesse sentido, o caminho mais comum que se seguia pelo Estado, ao assumir o poder punitivo em função das vítimas dos conflitos criminalizados, era o da luta e da ocupação.

Com o desenvolvimento do direito internacional, a investigação sobre os atos praticados passou a ser novo paradigma na resolução dos conflitos, contudo sob fortes críticas, em razão do ceticismo existente com a formação de um direito penal aplicável aos membros da comunidade internacional.

Com o advento da primeira guerra mundial, surgiu uma crescente preocupação com os efeitos da guerra e ganharam relevância dentro dos debates trazidos durante a Conferência de Paz de 1919, sendo discutida a criação de um Tribunal Internacional para o julgamento dos crimes cometidos pelos Impérios Centrais do evento bélico, bem como dos civis e militares que tomaram parte nas atrocidades. Dessa forma, foi criado um corpo com este propósito: A Comissão de Responsabilidade para responsabilização dos autores dos crimes de guerra que foram divididos em *Atos que provocaram a Guerra Mundial e acompanharam o seu início e Violações das leis e costumes de guerra e das leis de humanidade*³⁸.

Encontramos, então, uma crescente discussão acerca da responsabilização penal a nível internacional, tendo como matriz a defesa dos direitos humanos, embora a ideia fosse tacaña quanto à autonomia que poderia ser concedida pela comunidade internacional ao direito penal, haja vista a indiferença dos Estados perante os crimes que perturbavam a ordem pública dentro do território de outros Estados. Percebe-se, todavia, uma tímida mudança no de-

³⁸ Yearbook of International Law Commission. 1950. v. II. Nova Iorque: United Nations, 1957, p.2.

envolvimento e implementação dos direitos humanos como uma fonte de direito partindo da doutrina universalista.

Canonne, jusnaturalista, defendia a teoria da primazia do direito internacional como pressuposto de existência deste³⁹, encontrava a norma positivada a nível internacional como mero instrumento declaratório do direito natural, admitindo o direito costumeiro firmado pela jurisprudência. Segundo ele, “o direito é geral e estende-se a todas as relações humanas, mas todos os seus aspectos não são conhecidos; quando um conflito apresenta-se, ou ele será resolvido pelo direito positivo, ou a situação é inédita (*frente às disposições normativas escritas*) e o problema é resolvido pelo direito natural”⁴⁰.

Pella, já em 1919, falara da necessidade de mudança dos métodos de investigação no domínio do direito internacional público acerca da concepção de uma criminalidade coletiva dos Estados, bem como da inevitável criação de um código repressivo internacional e de uma jurisdição criminal internacional, ideias que a princípio sequer foram consideradas como via concreta de aplicação, só vindo a tomar forma e repercussão décadas depois⁴¹.

Logo após a segunda grande guerra, André Gros, representante da França na Conferência Internacional em Julgamentos Militares em 1945, partindo do princípio, considerando o direito internacional existente, que uma guerra de agressão não seria um ato condenável, declarou que a França não aceitaria uma punição tardia sobre um ato que não seria, de fato, criminoso, tal como iniciar uma guerra de agressão, uma vez que em decorrência desta, o agressor só teria, como consequência dos seus atos, a obrigação de reparar os danos causados por suas ações, concluindo que não

³⁹ CANONNE, G. **Essai de Droit Pénal International**. Paris: Recueil Sirey, 1929, p. 50.

⁴⁰ *Ibidem*. p.87.

⁴¹ PELLA, Vespasien von. **Vers l'unification du droit pénal par la création d'un institut international auprès de la Société des Nations**. Paris: Recueil Sirey, 1928, p. 7.

haveria crime na guerra de agressão, pois não cabia sanção criminal⁴².

Embora pareça absurda tal afirmação, há de se considerar que a falta de uma codificação definindo os pressupostos e tipos penais do direito penal internacional deixava este vulnerável ao(s) Estado(s), o que em termos estritamente legais enfraquecia quaisquer disposições *ad hoc* que pudessem ser aplicadas em detrimento de práticas enquadradas, hoje, como crimes contra paz, de guerra, etc.

Dois fatores importantes para o desenvolvimento do direito penal internacional foram:

o fortalecimento da ideia da recusa à impunidade e a realidade das atrocidades cometidas pelo mundo e que acreditávamos reservadas ao passado [...] apenas a vitória militar não é uma resposta suficiente aos atos imputáveis aos chefes nazistas. [...] era necessário impor a sanção e a supremacia da lei sobre a força bruta e cínica com dois objetivos maiores: impedir o esquecimento e evitar o sentimento de impunidade⁴³.

6. A união entre direito penal e direito internacional público: o direito penal internacional

Na idade média, a guerra era um instrumento de regulação do direito, quando as questões entre Estados não podiam ser politicamente resolvidas. Neste sentido, A.Gentili, em *The Tree Books on The Law of War*, definia a “guerra” como “uma justa e pública disputa de armas”, estando as partes beligerantes, legalmente,

⁴² Yearbook of International Law Commission. 1950. v. II. Nova Iorque: United Nations, 1957, p. 312.

⁴³ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A Justiça Internacional: sua evolução, seu futuro**: De Nuremberg a Haia. Barueri: Manole, 2004, p.42.

em pé de igualdade, sendo natural, para os dois lados, acreditarem que estariam suportando uma justa causa, sendo a ele atribuído o surgimento do conceito de soberania, revolucionando a teoria clássica de guerra justa⁴⁴.

Richard Zouch, seu sucessor, trouxe a fórmula do *inter gentes*, como indicativo de uma nova estrutura interestatal do direito internacional público europeu, distinguindo, de forma sistemática, as relações entre indivíduos, soberanias e sujeitos e entre as soberanias. Como membro político, membro da Câmara do Parlamento Inglês (*House of Commons*) e Magistrado, Zouch “legitimou os tipos correspondentes de guerra que não seriam interestatais, e, assim, pressupôs vários conceitos de direito internacional. Essas divisões e classificações evidenciavam as experiências das guerras coloniais, guerras civis religiosas e as novas guerras entre Estados, todas comuns na Inglaterra no período de Oliver Cromwell”⁴⁵.

O *Prize Law*, que envolve os Estados entre si beligerantes, era comum, no sentido de confiscar bens do inimigo (inclusive propriedades privadas), como uma forma de compensação pelos custos de guerra e de mitigar qualquer chance do Estado derrotado causar qualquer nova ameaça. Ocorria que não raramente os despojos de guerra iam muito além do razoavelmente aceito dentro das possíveis reivindicações legais. Bynkershoek traz conclusões acerca do direito internacional que se formava na Europa, a respeito da neutralidade deste, diante da igualdade de direito de ambas as partes beligerantes (*aequalitas*). Neste sentido, inclusive no tocante a um possível Estado neutro que viesse a ter relações com ambos os países em conflito, obrigado a manter uma *aequalitas amicitia* (igualdade de boas relações) com os envolvidos, a figura da *justa causa* estaria afastada, uma vez que as regras bélicas, no direito interna-

⁴⁴ SCHRÖDER, Peter; ASBACH, Olaf (org). **War, the State and the International Law in Seventeenth-Century Europe**. Farnham: Ashgate Publishing Limited, 2010, p. 86.

⁴⁵ SCHMITT, Carl. **The Nomos of the Earth: in the International Law of the Jus Publicum Europaeum**. Nova Iorque: Telos Press Publishing, 2003, p.163.

cional do período, estariam separadas da questão substantiva, da justiça material.

Neste diapasão, as partes envolvidas - beligerantes e espectadoras – tinham uma estrutura de direito internacional público de essência política, mas não legal no sentido de justiça. Havia uma dificuldade de manter essa separação do *justum bellum* e da *justa causa*, obrigando os Estados beligerantes a estabelecerem termos de aliança pela qual estariam obrigados. Fato este que implicava numa confusão da alternativa entre guerra e neutralidade, conflitante com a ideia de justa causa ou do próprio direito⁴⁶.

Mesmo com a figura do tratado de paz, utilizadas no direito de guerra, muitos Estados se desobrigavam das obrigações que firmavam. A própria igreja se indispunha quando não fosse do seu interesse, a exemplo do Tratado de Paz de Westphalia, em que o papa publicou uma bula em que:

por certo conhecimento seu e pleno poder eclesiástico”, declarava certos artigos do tratado “nulos, vãos, inválidos, iníquos, injustos, condenados, reprovados, frívolos, sem nenhuma força ou efeito; e que ninguém é obrigado a observá-los ainda que tenham sido garantidos por um juramento... [...] para maior precaução, tanto quanto é necessário, pelos mesmos motivos, conhecimento, deliberação, e plenitude de poder, condenamos reprovamos, cassamos, anulamos, e privamos de toda força e efeito esses artigos... [...]” Esses procedimentos do papa, mui frequentes outrora, eram violações do direito das gentes, e diretamente contribuíram para destruir todos os laços que poderiam unir os povos, para sabotar os fundamentos da paz, ou para

⁴⁶ *Ibidem*, p.165.

constituir o papa o único árbitro de seus negócios [...] ⁴⁷.

As guerras no século XVIII tornaram-se a forma corriqueira de ser feita “justiça” e alguns Estados, a exemplo da França ou Prússia, encontraram uma base firme nessa estrutura de ordem espacial pelo poder do território. Esse sistema possibilitou o suporte às guerras europeias que se tornaram sustentáculo dessa ordem legal internacional; reflexo da ordem política do período ⁴⁸.

Vattel, ao tratar do *jus gentium* fez uma grande obra falando da soberania, da justiça internacional e, em especial, dos tratados, dando valiosas diretrizes para o seu firmamento. Em *O Direito das Gentes*, apresentou algumas disposições que seriam aplicáveis no período, embora não houvesse previsão expressa sobre tais direitos:

O direito de defesa que pertenceria a toda nação ou o direito de resistir pela força a qualquer ataque contra ela e seus direitos, sendo este o fundamento da *guerra defensiva*; o direito de obter justiça, sendo este o direito de usar a força para obter justiça, se de outra forma não puder obtê-la, ou de perseguir o seu direito com o uso de armas, sendo este o fundamento da *guerra ofensiva*; O direito de punir uma injustiça ou defender-se dela, sendo a injustiça um ato internacional injurioso *lato sensu*, sendo este um direito à segurança; e o direito de todas as nações se oporem contra aquela que menospreza abertamente a justiça, então devendo, sob a égide “da preservação do gênero humano” haver a repressão sobre este país ⁴⁹.

Zaffaroni, ao tratar das origens do direito internacional público europeu, aponta que

⁴⁷ VATEL, Emer de. **O Direito das Gentes**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p.325-326.

⁴⁸ SCHMIDT, Carl. *op. cit.* p.166.

⁴⁹ VATEL, Emer de. *op. cit.* p. 229-230.

“quando os Estados assumiram o poder punitivo em detrimento das vítimas dos conflitos criminalizados, a luta deixou de ser o modo de estabelecer a verdade para resolver os conflitos, sendo substituída pela *inquisitio* [...]. As tentativas de conter a luta entre monarcas e de estabelecer relações mais ou menos pacíficas entre eles, foram configurando o direito internacional público que, por não dispor de uma organização internacional capaz de suprimir as guerras, foi considerado um *direito anárquico*, contra o que reagiram os teóricos, argumentando que a anarquia é o contrário de direito*. Tratam-se de duas configurações simultâneas e díspares, ou seja, o critério da verdade por luta ou guerra foi transferido ao direito internacional, ao mesmo tempo em que a verdade por *inquisitio* colonizava todo o saber a partir do criminoso. O fenômeno não foi bem analisado, mas é necessário apontar que o confisco da vítima foi o instrumento de poder que permitiu a corporativização social e, com ela, o recrutamento de grandes exércitos para as guerras, que geraram o moderno direito internacional público. O critério de verdade por luta (guerra) não desapareceu do âmbito jurídico, mas foi transferido ao espaço internacional, o que demanda seu prévio cancelamento no espaço nacional. Trata-se de um fenômeno de poder bifronte (concentração do poder estatal e quebra do poder feudal)

com discursos legitimantes assimétricos
»50

Logo, o direito penal internacional revela sua essência (e nela permanece, denotando sua dependência) no direito internacional público, surgindo ao final da primeira guerra mundial, tendo como marco inicial o Tratado de Versalhes, como assinala Mir:

Os primeiros intentos de criar um direito penal internacional, prescindindo de antecedentes mais antigos, remontam ao Tratado de Versalhes e aos anos que seguiram à Primeira Guerra Mundial (devido destacar-se o trabalho realizado pela *Asociación internacional de Derecho penal, la Sociedad de Naciones* e, no plano doutrinário, pelo francês Donnedieu de Vabres, o romeno Pella e o espanhol Saldaña). Durante a segunda Guerra Mundial os aliados anunciaram seu propósito de castigar a os culpados pelos crimes de guerra (Declarações de Saint Jame's Palace de 13 de janeiro de 1942 e de Moscou de 1º de novembro de 1943) e em cumprimento do mesmo, uma comissão quadripartida (EUA, Inglaterra, França e Rússia) aprovou o Estatuto de Londres de 8 de agosto 1945, que serviu de base para o processo de Nuremberg contra os grandes criminosos de guerra alemães. [...] Desde o ponto de vista jurídico a experiência foi sumamente criticável, pois o Tribunal de Nuremberg não era um

50 OPPENHEIM *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho Penal**: Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editora Ediar, 2011, p.195-196.

órgão da comunidade internacional (estava integrado unicamente por representantes das quatro principais potencias vencedoras) [...]. Se infringiu o princípio da legalidade dos delitos e das penas, pois o Estatuto de Londres [...] e a Carta Do Tribunal Militar Internacional para o extremo Oriente de 19 de janeiro de 1946 eram posteriores a os fatos enunciados⁵¹.

Sensíveis permaneceram as relações do direito criminal e do direito internacional público. Elas multiplicaram-se, enquanto que - com a agilidade crescente dos meios de comunicação, da interpenetração econômica e cultural dos países civilizados - a comunidade internacional aproximava-se. Após a Primeira Grande Guerra Mundial, as grandes mentes conceberam a ideia de um *direito penal interestatal*, submetendo os governos culpados de infrações conduzidas contra a ordem universal a sanções análogas, senão parecidas, com aquelas que acometiam delinquentes comuns. Uma nova incriminação, visando ao delito de *propaganda da guerra de agressão*, perfilou-se nas novas legislações polonesa (1932) e romena (1937) e após a Segunda Grande Guerra Mundial, essas concessões começaram a ser aplicadas no estatuto de Londres (8 de agosto de 1945) e, conseqüentemente no processo de Nuremberg⁵².

Da tentativa de codificação de crimes internacionais, partindo do Tratado de Versalhes, a questão desenvolveu-se por duas correntes: a dos alemães, partindo do princípio de soberania dos estados, afirmando que apenas estes poderiam ser responsabilizados internacionalmente, e a corrente dos ingleses que afirmavam poderem, também, os indivíduos ser responsabilizados pelo direito internacional. Ganhou força o debate já no final da Segunda Guerra

⁵¹ MIR, CERESO. Derecho Penal: *Parte General*. Montevideo: B de f, 2008, p.257-258.

⁵² VABRES, Donnedieu. **Précis de Droit Criminel**. Paris: Librairie Dalloz, 1951. p. 7. Também ASÚA. *op. cit.* p.174.

Mundial, quando surgiu a possibilidade de julgar os chefes das potências do Eixo, especialmente os da Alemanha nazista, com o Tribunal de Nuremberg e Tóquio, quando houve uma assimetria na valoração dos casos concretos tratados, quebrando princípios que são garantias limitadoras do poder punitivo incorporadas ao direito penal liberal – e.g. princípio da legalidade ou juiz natural⁵³.

A essa altura, segundo Glaser, a ideia de soberania – outrora tida como onipotente e irresponsável, anulando o homem – fica defasada em sua concepção original, passando a surgir um novo conceito de Estado, que seria apenas um sistema de relações entre os homens que o compõe, esse conceito abriu caminho no desenvolvimento da doutrina do direito penal internacional, passando a ser considerado:

Um axioma, o fato de que o Estado é subordinado ao direito e que a ideia de direito é independente da ideia da Estado que aquela é interior e superior a esta. [...] A comunidade formada por um conjunto de Estados só pode ter exatamente a mesma estrutura humana que a sociedade interna a estes mesmos Estados. Ela é pura e simplesmente composta por indivíduos agrupados em nações. Disso, resulta que o direito internacional possui exatamente o mesmo fundamento que o direito penal interno: ele é igualmente um produto social. Como disse com toda razão Politis: “qualquer que seja o meio social em que se aplique, o direito tem sempre o mesmo fundamento por possuir sempre o mesmo fim, ele visa só e somente o homem”⁵⁴.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *op. cit.* p.196.

⁵⁴ GLASER, Stefan. **Introduction a l'Étude du Droit International Penal.** Paris: Recueil Sirey, 1959, p. 58.

O direito penal internacional teve como último marco na sua evolução a elaboração do Estatuto de Roma que foi constituído, como já dito, tentando adequar-se às exigências de muitos – e, ainda assim, rejeitado por uma expressiva soma de países –, conjugando normas características de diferentes – mas relevantes – ordenamentos e tradições jurídicas legais, sendo o primeiro esforço mútuo na busca de estabelecer um sistema jurídico criminal internacional positivado em forma de tratado, tendo sido aprovado com 120 votos a favor, 7 contrários e 21 abstenções, tendo atualmente 121 Estados-partes⁵⁵.

A existência da norma remete à limitação do poder estatal em sua intervenção à liberdade do indivíduo. A liberdade individual seria um direito natural, portanto não necessitando qualquer positivação a respeito, sendo uma consequência *sine qua non* do direito à vida. Desta relação, não surge a necessidade de compor-se uma relação jurídica entre o Estado e o cidadão, confiando a ele o direito à liberdade. É imperiosa a necessidade de legitimação do poder de controle (ameaça) e ação (punição) do Estado, contudo, por ser autopoietica, esta legitimação não pode conferir ao Estado o livre direito de intervenção. Neste sentido, as normas devem estar presentes de forma universal na intervenção Estatal e, apenas, quando esta for fundamental à garantia do pleno exercício das liberdades individuais e coletivas⁵⁶.

Para Glaser, o passo mais importante e, ao mesmo tempo, mais corajoso para o reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito de direitos e deveres no direito internacional foi dado após a Segunda Guerra Mundial, quando começou a haver uma manifestação característica, na esfera política internacional, com a proteção do indivíduo. A dignidade da pessoa humana foi posta em

⁵⁵ http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx. Acesso em janeiro de 2013.

⁵⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria del injusto penal**. Montevideo: B de F, 2010, p.157.

evidência em todas as manifestações, atos e declarações que se referiam às relações e à colaboração entre as nações, neste período. Basta lembrar da famosa mensagem do presidente Roosevelt ao Congresso, em 6 de janeiro de 1941, na qual ele enuncia as quatro liberdades humanas essenciais, considerando-as como o fundamento do mundo vindouro; além da Carta do Atlântico, proclamada por Roosevelt e Churchill, em 14 de agosto de 1941, preservando a integridade política/social dos envolvidos na segunda guerra, bem como as fundações que foram se estabelecendo (Vitórias dos Aliados e Conferência de Yalta) para a formação da Organização das Nações Unidas. Situações onde o homem é o assunto emblemático nas relações internacionais e no futuro que estava por vir. Essa tendência conduziu, em seguida, ao estabelecimento e à promulgação de atos de fundamental importância para a vida internacional, nos quais o homem foi expressamente reconhecido como sujeito de *direitos* e de *deveres* internacionais. Esses atos são a Carta das Nações Unidas e as Cartas ou os Estatutos dos Tribunais Militares Internacionais. Enquanto que a primeira tratou sobre os *direitos*, as segundas estabeleceram os *deveres* do homem⁵⁷.

Como já é sabido, as Cartas dos Tribunais Militares Internacionais reconhecem inequivocamente o princípio da responsabilidade individual por violações das obrigações internacionais, tais quais foram modeladas pelo costume ou precisadas no direito convencional, nos tratados ou convenções internacionais.

Nesse panorama, tipos como os do Estatuto de Roma são:

[...] elásticos e imprecisos e não resistem às exigências de certeza que foram internacionalmente reconhecidas desde o antigo direito penal interestatal. Eles podem ser desviados a um abuso político e, em tal caso, criar mais conflitos internacionais [...].

⁵⁷ GLASER, Stefan. **Introduction a l'Étude du Droit International Penal**. Paris: Recueil Sirey, 1959, p.61.

Por isso se explica a atual reserva de alguns países frente a tal tribunal competente para todo o mundo. Esta desconfiança somente poderá superar-se através da elaboração de uma obra regulamentária exata e capaz de consenso no direito penal internacional. Para a ciência a ciência jurídico-penal que vai cooperar neste campo com o direito internacional público, abre-se, aqui, um campo de trabalho completamente novo. Os tipos delitivos não são os mesmos que no direito penal interestatal e, em grande parte, têm que ser criados ou devem ser dados contornos a eles. Também, para o aspecto do procedimento de tal Tribunal Internacional, deverá ser criada uma codificação⁵⁸.

Ao tratar o direito costumeiro, Ripolles nos diz que o direito penal internacional é fortalecido pelo seu pressuposto consuetudinário que prenuncia seu enraizamento contra as dificuldades técnicas e políticas à espreita, revelando duas funções, como fonte do direito penal de extraterritorialidade:

[...] da progressiva diminuição da dimensão internacional, procurando ceder às disposições de ordenamentos mais legalistas, qual seja a Declaração dos Direitos do Homem ou a Convenção sobre o genocídio, e de certa preponderância ao puramente penal (penal internacional) aonde, por razões históricas e políticas óbvias, não se pode chegar até

⁵⁸ ROXIN, Claus. **La Teoría del delito en la discusión actual**. Trad. Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: Grijey, 2007, p.31.

agora a uma pureza dogmática legalista como a existente em certos países [...]”⁵⁹.

No contexto internacional, o costume está sobreposto, inclusive como sendo uma das principais fontes do direito formal, sendo esta uma forma de projeção daquela. Contudo, a norma positivada a nível “internacional penal”, devida a coadunação de diversos costumes jurídicos dos vários ordenamentos envolvidos, tem dificuldades de estabelecer-se de forma sólida – *in casu*, carecendo de uma ou algumas das características preconizadas nos sub-princípios da legalidade.

Já no início do século XX, Vabres considerava não só a fonte legislativa, como também a jurisprudencial “para obter a ubiquidade da repressão”, substituindo a pluralidade de sistemas nacionais, caracterizado no direito penal de extraterritorialidade, pela unidade de um sistema de direito penal internacional⁶⁰.

Em verdade, há certa dificuldade de operabilidade do direito penal internacional, segundo Ripolles, constatadas as imprecisões, “de cuja obscuridade lamentam constantemente os juristas de todas as procedências, se unindo aqui a diversidade antagônica da dimensão apresentada nos ramos jurídicos que se unem [...]” e segue:

Enquanto que no Direito Internacional Ordinário a qualidade de fonte nada foge ao costume, exibindo o ranking de número dois de prioridade do consagrado art. 38 do Estatuto do Tribunal de Justiça, na tradição criminal, feita de legalismo estrito, com aparente unicidade de fonte à lei, essa condição parece absolutamente incompatível com suas essências. Assim,

⁵⁹ RIPOLLES, Antonio Quintano. *op. cit.* p. 78-79.

⁶⁰ VABRES, **Principes modernes de droit pénal international**. Paris: Recueil Sirey, 1928, p. 383.

levantados esses elementos, a reconciliação parece impossível, e é, certamente, se não se sacrificam posições tradicionais de um e de outro lado; do direito internacional, as leis consuetudinárias, e do penal, o legalismo estrito [...] ⁶¹.

Pella, ao contrário dos adeptos do arbítrio judicial a nível internacional, acreditava na imprescindibilidade da tipificação das ações consideradas como crimes contra a paz, contra a humanidade, de guerra, para assegurar a repressão destes, em condições de não permitirem qualquer tipo de críticas, do contrário, alimentando (como ocorrem) incertezas e arbitrariedades, sendo inevitável a lei escrita como meio de manter e garantir a ordem internacional, mantendo-se pela força da equidade e da razão. Nas palavras dele:

[...] devemos considerá-lo da mesma forma que os antigos legisladores o consideravam: comom uma *lex sacro sancta quae reges ipsos adstringit* (lei sacrossanta que coage até os próprios reis). Por nenhum motivo, poder-se-ia justificar, nem desculpar, no futuro, a recusa em consagrar-se tal princípio ⁶².

Em análise ao direito penal internacional, ficam claras as dificuldades que surgiram com a criação deste novo ramo.

Bassiouni bem explana essa questão ao precisar que:

⁶¹ RIPOLLES, Antonio Quintano. *op. cit.* p.76.

⁶² Yearbook of international law comission. 1950. Vol.II. New York: United Nations, 1957. p.314.

São as divergências doutrinárias divergentes entre o direito internacional e o direito penal que determinaram que o direito penal internacional se configura como uma “personalidade dividida”, característica que dificultou o seu desenvolvimento. A esse respeito, basta constatar que o direito internacional é um sistema jurídico construído sob a presunção de consenso e submissão voluntária de seus principais sujeitos (os Estados), cujas relações se estabelecem em pé de igualdade, sem que nenhuma autoridade superior aplique os mandatos do sistema, e que, por outro lado, o Direito Penal, em todos os direitos internos, supõe processos de tomada de decisão de maneira vertical, apoiados sobre meios coercitivos em ordem à aplicação dos mandatos do sistema. As diferenças entre os sistemas já são bem conhecidas [...] Se diferenciam em seus fins, enfoques, métodos e resultados. Isso explica, em grande medida, a falta de coesão e sentido de direção tão manifesta em todo o desenvolvimento do direito penal internacional⁶³.

Percebeu-se um grande esforço político para possibilitar a construção de um ordenamento que controlasse a atividade dos participantes em diversos âmbitos, aplicando uma estrutura e estratégia diversas, com valores diversos para alcançar uma série de fins ligados aos valores compartilhados pela

⁶³ BASSIOUNI, M.Charif. **Derecho Penal Internacional**: Proyecto de código penal internacional. Madrid: Tecnos. 1984, p.77.

comunidade internacional. Contudo, enquanto disciplina científica, o direito penal internacional é resultado da convergência de ramos fundamentais do Direito e, conseqüentemente, encontra-se afetado pela dicotomia de suas premissas doutrinárias fundamentais.

7. Conclusão

Partindo para a legitimação da intervenção internacional sobre órgãos (indivíduos que componham algum dos poderes – legislativo, executivo, judiciário) ou militares, submetidos originariamente a ordenamentos de Estados soberanos, constatamos que muitas das disposições normativas – *in casu*, do Estatuto de Roma – , que tratam de questões processuais ou materiais acerca dos casos passíveis de intervenção internacional, carecem dos fundamentos do princípio da legalidade, sendo este o fundamento essencial para a constituição da norma reguladora das intervenções – de nível nacional ou internacional – sobre o indivíduo.

No caso da esfera militar, a liberdade individual foi selada por disposições de responsabilidade positiva e negativa impostas aos subalternos, em função da estrutura hierárquica das forças armadas. Neste sentido, maior se mostra a necessidade de disposições normativas claras e precisas quando tratarem da imputação de um fato ilícito a um agente. Todavia, isso não se verifica e, quiçá, chega à responsabilização objetiva do indivíduo, responsabilizando-o por ato de outrem.

A doutrina alemã, como visto, ao criticar a atual estrutura de um direito penal internacional, bem explica a necessidade de criação de um Código Penal mundial, no âmbito do direito penal internacional, havendo, antes, a necessidade de uma união ou trabalho doutrinário sinérgico – posto que, na prática, existem uma série de bloqueios que impedem um trabalho científico em torno da elaboração de um direito penal internacional, sendo sopesado muito mais fatores políticos –, no sentido de trazer clareza e objetividade na positivação dos institutos existentes no Direito Penal nacional de todos os países, bem como dos tipos penais, auxiliando a jurisprudência internacional na resolução e aplicação das penalidades. A longo prazo, o Tribunal Penal

Internacional não será suficiente, com os poucos e vagos tipos que foram elaborados em seu Estatuto, seguindo o exemplo do Tribunal de Nuremberg, pela via do Direito Internacional Consuetudinário. É certo que ações genocidas e delitos contra a humanidade devem ser punidos, não importando suas circunstâncias – uma vez que o efeito preventivo de um direito penal internacional efetivo, onde um violador do bem jurídico possa ser submetido à esfera penal, como todas as garantias inerentes a essa esfera.

REFERÊNCIAS

- AMBOS, Kai. **Estudios de Derecho Penal e Procesal Penal: Aspectos del Derecho Alemán y Comparado**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007
- ASÚA, Luis Jiménez. **Principios de Derecho Penal: la ley y el delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana, 1958
- BAR, L. **Das international Privat- und Strafrecht**. Hannover: Hahn'sche Hofbuchhandlung, 1862
- BASSIOUNI, M. Cherif. **Derecho Penal Internacional: Proyecto de código penal internacional**. Madrid: Tecnos. 1984
- BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A Justiça Internacional: sua evolução, seu futuro: De Nuremberg a Haia**. Barueri: Manole, 2004
- CANÇADO TRINDADE, A. A. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006
- CANONNE, G. **Essai de Droit Pénal International**. Paris: Recueil Sirey, 1929

FEITOSA, Renato Almeida; COLEN, Guilherme Coelho, “O Tribunal Penal Internacional e o Princípio da Legalidade”, **Caderno de Relações Internacionais**, Vol. 11, nº21, jul-dez.2020

FEITOSA, Renato Almeida; CANTARELLI, Margarida de Oliveira. “Fontes do Direito Internacional Penal”. **Ciências Criminais em Perspectiva**, vol. 1, nº 1 jul-dez. 2020.

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

LEITE, Inês Ferreira. **O Conflito de Leis Penais: Natureza e função do direito penal internacional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008

MIR, Cerezo. **Derecho Penal: Parte General**. Montevideo: B de F, 2008

PELLA, Vespasien von. **Vers l'unification du droit pénal par la création d'un institut international auprès de la Société des Nations**. Paris: Recueil Sirey, 1928

RAPPAPORT, Emil-Stanislaw; PELLA, Vespasien von.; POTULICKI, Michel. I Conférence Internationale d'Unification du Droit Pénal: actes de la conférence. Paris: Recueil Sirey, 1929

RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays of Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 2009

RIPOLLES, Antonio Quintano. **Tratado de Derecho Penal Internacional y Penal Internacional**. t. I. Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1955

ROXIN, Claus. **La Teoría del delito en la discusión actual**. Trad. Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: Grijey, 2007

SCHMITT, Carl. **The Nomos of the Earth**: in the International Law of the Jus Publicum Europaeum. Nova Iorque: Telos Press Publishing, 2003

SCHRÖDER, Peter; ASBACH, Olaf (org). **War, the State and the International Law in Seventeenth-Century Europe**. Farnham: Ashgate Publishing Limited, 2010

TAVARES, Juarez. **Teoria del injusto penal**. Montevideo: B de F, 2010

PLUCKNETT, Theodore F. T., **A concise history of the Common Law**, 4^a ed., Londres: Ed.Londres, 1948

VABRES, Donnadieu. **Introduction à l'Étude de Droit Penal International**. 1922

VABRES, Donnedieu **Principes modernes de droit pénal international**. Paris: Recueil Sirey, 1928

VABRES, Donnedieu. **Précis de Droit Criminel**. Paris: Librairie Dalloz, 1951

VATEL, Emer de. **O Direito das Gentes**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004

WALTER, Gerhard; BAUMGARTNER, Samuel (Hgs.). **Anerkennung und Vollstreckung Ausländischer Entscheidungen ausserhalb der Übereinkommen von Brüssel und Lugano**. Dordrecht:Kluver. 2000.

WOOLF, Cecil N. Sidney. **Bartolus of Sassoferrato: His Position in the History of Medieval Political Thought**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012

Yearbook of International Law Comission. 1950. v. II. Nova
Iorque: United Nations, 1957

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho Penal**: Parte general. 2. ed.
Buenos Aires: Editora Ediar, 2011