

DIREITO INTERNACIONAL PENAL (DIREITO PENAL INTERNACIONAL?): BREVE ENSAIO SOBRE A RELEVÂNCIA E TRANSNACIONALIDADE DA DISCIPLINA

INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (CRIMINAL INTERNATIONAL LAW?): SHORT ESSAY UPON THE IMPORTANCE AND SCOPE OF THE DISCIPLINE

ALEXANDRE PEREIRA DA SILVA*

RESUMO

O objetivo do artigo é destacar a importância do Direito Internacional Penal na atual conjuntura da sociedade internacional. Para desenvolver tal pensamento, buscou-se como ponto de partida diferenciar a confusão muito comum entre o Direito Internacional Penal e o Direito Penal Internacional, através da análise histórico-conceitual dos dois termos. Na sequência, o trabalho concentra-se no exame do Direito Internacional Penal, por meio de sua evolução histórica, objeto e fontes, destacando sua condição de ramo do direito internacional público. Na parte final, o artigo enfrenta uma das mais recorrentes críticas dirigidas ao direito internacional, e conseqüentemente ao Direito Internacional Penal – a da própria existência deste como disciplina jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Penal. Evolução Histórica. Objeto. Fontes

ABSTRACT

The article's aim is to highlight the importance of the International Criminal Law in the present international society. To develop such idea, it sought as starting point to differentiate the very common confusion between the International Criminal Law and the Criminal International Law by examining both concepts. Secondly, the paper concentrates on analyzing the International Criminal Law by its historical evolution, subject and sources, emphasizing its link with Public International Law. Finally, the paper faces one of the most continuing critics pointed to the International Law, and thus to the International Criminal Law – the own existence as law.

KEYWORDS: *International Criminal Law. Historical evolution. Subject. Sources.*

* *Visiting Post-Doctoral Scholar* no Marine and Environmental Law Institute (MELAW), Dalhousie University, Halifax, Canadá; Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Mestre em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Professor Adjunto de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco;
E-mail: lpsilva.alexandre@gmail.com

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. DIREITO PENAL INTERNACIONAL E DIREITO INTERNACIONAL PENAL; 2. O DIREITO INTERNACIONAL PENAL: RAMO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO; 2.1. ESCORÇO HISTÓRICO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL; 2.2. OBJETO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL; 2.3. FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL; 2.4. AS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL NO ESTATUTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL; 3. EXISTE MESMO UM DIREITO INTERNACIONAL PENAL?; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A ideia deste artigo é fazer uma introdução a um ramo jurídico que vem ganhando cada vez mais importância no direito internacional e também vem trazendo importantes contribuições ao direito penal; trata-se do Direito Internacional Penal.

Parte-se do princípio de que existem dois ramos jurídicos muito próximos, mas distintos, o Direito Penal Internacional e o Direito Internacional Penal. No entanto, sobre este recairá a ênfase maior do trabalho.

Para se alcançar tal meta, em primeiro lugar será analisado o longo debate terminológico entre as duas expressões. Na sequência, com o foco somente no Direito Internacional Penal será dedicado espaço à evolução histórica deste, seu objeto de estudo próprio e suas fontes. Por fim, o artigo conclui enfrentando questão antiga, mas sempre recorrente, sobre o caráter jurídico do direito internacional, em especial, do Direito Internacional Penal.

1. DIREITO PENAL INTERNACIONAL E DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Como lembra Cláudio BRANDÃO (2005, p. 12), o Direito Penal sempre esteve presente na vida humana em sociedade desde a sociedade primitiva, e a prova mais explícita de sua existência é apresentada através de muitos testemunhos corporais que puderam conservar-se através dos tempos. No entanto, um Direito Internacional Penal tem raízes mais recentes.

É usual na história do Direito Internacional atribuir a Jeremy Bentham a cunhagem do termo “Direito Internacional” (*International Law*) para designar o direito da sociedade internacional, que a utilizou no seu livro *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation* (1820), em oposição à *National Law* e *Municipal Law*. (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 37)

O que não é tão conhecido é o fato de que nesse mesmo *Principles* Bentham também introduziu ao léxico jurídico o termo “Direito Internacional Penal” (*International Criminal Law*), cuja expressão vem sofrendo desde longa data tanto críticas vindas de internacionalistas como de penalistas. (RIPOLLÉS, 1955, p. 11)

Uma boa parte dessas críticas deve ser creditada à incerteza da denominação: Direito Penal Internacional e/ou Direito Internacional Penal? De fato, é preciso que se delimite de maneira clara o objeto de estudos e as peculiaridades de cada um desses distintos ramos jurídicos.

Na tentativa de superar essas críticas, foram formuladas algumas distinções terminológicas. A divisão clássica da disciplina é entre o “Direito Penal Internacional” e o “Direito Internacional Penal”, mas, como será visto adiante, há outras. De acordo com o espanhol Antonio Quintano RIPOLLÉS (1955, p. 20), o primeiro a separar de um lado o Direito Penal Internacional e de outro o Direito Internacional Penal foi o penalista italiano Constantino Jannacone. No Direito Penal Internacional compreender-se-iam

as infrações previstas e apenadas nos ordenamentos jurídicos internos, enquanto no Direito Internacional Penal estariam abrangidas as infrações de estrutura puramente internacional.

No entanto, foi o próprio Quintano RIPOLLÉS (1955, p. 20) que desenvolveu e caracterizou com maior profundidade tal distinção no seu famoso *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. No Direito Penal Internacional a titularidade seria do Estado, enquanto que, no internacional penal, seria da sociedade internacional.

Um dos precursores na temática foi o professor da Universidade Bucareste, Vespasien V. PELLA (1925, pp. 157-164) que em sua obra clássica *La criminalité collective des États et le droit pénal de l'avenir*, de 1925, propôs uma divisão entre os ramos, de um lado o Direito Penal Internacional e de outro o direito penal interestatal (*Droit Pénal inter-étatique*). Para Pella,

Le Droit Pénal international, dans son acception classique, formera donc une simple ramification, ou pour mieux dire, un chapitre du Droit Pénal existant dans chaque Etat. C'est pourquoi nous estimons que la dénomination même de Droit Pénal international que l'on donne à cette discipline juridique est *complètement défectueuse*. (PELLA, 1925, p. 165)

Enquanto, o Direito Penal Interestatal – nada mais do que o Direito Internacional Penal dos dias atuais –, era para PELLA (1925, p. 172-173) o “Direito Penal do Futuro” (*droit pénal de l'Avenir*), entendido como “*la ramification du Droit Public international qui détermine les infractions, qui établit les peines et qui fixe les conditions de la responsabilité pénale internationale des Etats et des individus*”. Dessa forma, esse ramo jurídico aparece como “*la traduction, dans le domaine des lois positives internationales, des mesures d'ordre répressif préconisées par la politique criminelle internationale*”.

Outras tentativas de diferenciações surgiram com o passar dos anos. Por exemplo, a do célebre professor cubano Antonio Sánchez de Bustamante, que distingue de um lado o “Direito

Penal Internacional”, preocupado com o alcance e a eficácia da lei penal de cada nação dentro e fora do território, e o “Direito Internacional Público Penal”, que se ocupa dos delitos e das penas internacionais. (ASÚA, 1950, p. 756-757)

Por outro lado, Claude LOMBOIS (1979, p. 10-14) critica as dicotomias surgidas no estudo do Direito Penal Internacional, ou seja, entre o Direito Internacional Penal e o Direito Penal Internacional; também rejeita as distinções entre direito penal interestatal (*inter-étatique*) e Direito Penal Internacional; entre um direito penal supranacional e o Direito Penal Internacional; e, finalmente, entre um Direito Penal Internacional público e um Direito Penal Internacional privado. Para ele há um Direito Penal Internacional que abrange dois ramos bem distintos que são, entretanto, relacionados. Ou seja, há um direito penal da ordem internacional e uma aplicação internacional do direito penal interno. Mas ambos sob a denominação genérica de Direito Penal Internacional.

Tal posição exposta por Lombois é partilhada por outros doutrinadores, por exemplo, por Alicia Gil GIL (1999, p. 23-27). Para a professora espanhola não há nenhuma necessidade em se dividir as terminologias, sendo suficiente descrevê-las simplesmente dentro da atuação de um Direito Penal Internacional. Para ela essa celeuma em torno da denominação da disciplina é pouco importante, mesmo irrelevante. Todas as terminologias formuladas acima “Direito Internacional Penal”, de Ripollés, “direito interestatal”, de Pella, “Direito Penal Internacional público”, de Bustamante, além de “crimes contra o direito das gentes”, de Hans-Heinrich Jescheck ou mesmo “direito das infrações internacionais”, vagamente mencionada por Lombois, entre outras, giram em torno de uma mesma denominação, então já formulada, e que vê a doutrinadora ainda como a mais adequada, ou seja, a de um “Direito Penal Internacional”, sendo mais importante atentar para o seu objeto e não para a sua denominação.

A posição de Alicia Gil Gil é minoritária. Como será visto na continuação, diversos doutrinários contemporâneos mantêm a diferenciação entre os dois ramos.

É o caso do professor francês Hervé Ascensio, para quem inicialmente as regras de Direito Internacional Penal eram destinadas principalmente a reger a cooperação entre os Estados de uma maneira “horizontal”: o objetivo era a transposição para os direitos nacionais, de maneira a facilitar a repressão pelas ordens jurídicas internas. Por outro lado, ASCENSIO (2004, p. 265) lembra que, depois do fim da Guerra Fria, o Direito Internacional Penal se desenvolveu em uma direção radicalmente diferente, recorrendo a uma construção qualificada de “vertical”. Ou seja, as relações de direito que a caracterizam não são mais relacionamentos entre Estados, mas relações entre os indivíduos no interior dos Estados e a sociedade internacional em seu conjunto.

O fenômeno mais característico do atual processo de verticalização do Direito Internacional Penal é a criação de jurisdições penais internacionais, tais como o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda e mais recentemente o Tribunal Penal Internacional, com objetivo de estabelecer mecanismos repressivos universais.

Por fim, merecem destaque também duas conceituações de dois doutrinadores importantes mais contemporâneos, M. Cherif Bassiouni e Antonio Cassese.

Para Cherif BASSIOUNI (1986, p. 1):

o Direito Internacional Penal é o produto da convergência de duas diferentes disciplinas jurídicas que surgiram e se desenvolveram por caminhos diferentes até tornarem-se complementares e co-extensivas. Que são: os aspectos penais do direito internacional e os aspectos internacionais do direito penal nacional.

Portanto, para Bassiouni os aspectos penais do direito internacional consistem num corpo de prescrições internacionais que contêm características penais, incluindo-se aí a penalização de certos tipos de condutas.

Nesta mesma linha, o professor italiano e também ex-juiz presidente do Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia, Antonio CASSESE (2003, p. 15), recentemente falecido, considera que:

international criminal law is a body of international rules designed both to proscribe international crimes and to impose upon States the obligation to prosecute and punish at least some of those crimes. It also regulates international proceedings for prosecuting and trying persons accused of such crimes.

Lembra CASSESE (2003, p. 15), que tradicionalmente – especialmente nos sistemas legais francês, espanhol, alemão e italiano – é usual a referência a um outro ramo do direito,

called “criminal international law” (*droit pénal international*), the whole area concerning the role of national courts to adjudicate international crimes, the law applied by national courts to pronounce upon such crimes, as well as interstate judicial co-operation for the repression of criminal offences including extradition.

Ou seja, também o professor italiano reconhecia tal distinção terminológica, utilizando a expressão Direito Internacional Penal (*international criminal law*) nos termos em que aqui também será usada.

Portanto, entende-se que enquanto as normas de Direito Penal Internacional são basicamente de origem interna, as do Direito Internacional Penal são normas de origem internacional. Ainda que, lembra Celso Albuquerque MELLO (2004, p. 1010), a separação nem sempre seja tão simples, tendo em vista o entrelaçamento do Direito Interno e do Direito Internacional nessa matéria, por exemplo, a extradição é tanto regulamentada por normas internas, quanto por tratados internacionais.

2. O DIREITO INTERNACIONAL PENAL: RAMO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

2.1 ESCORÇO HISTÓRICO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

O não iniciado nos estudos do Direito Internacional Penal pode imaginar que se trata de um ramo do direito internacional público de origem histórica muito recente. Pensar nesse sentido seria um equívoco. Por isso, julgou-se necessário delinear em linhas gerais o processo de formação histórica do Direito Internacional Penal, com seus precedentes mais antigos.

O incremento do Direito Internacional Penal deve muito aos processos de Nuremberg e Tóquio que ocorreram com o final da Segunda Guerra Mundial. No entanto, as origens do ramo penal do direito internacional público podem ser encontradas muito antes desses fatos históricos marcantes.

Retrocedendo ao primeiro conflito de dimensões mundiais, a então chamada Grande Guerra, posteriormente conhecida como 1ª Guerra Mundial, foi verdadeiramente o ponto de partida de uma intensa atividade por parte da doutrina nesse domínio jurídico. Para alguns, o desencadeamento da 1ª Guerra Mundial soou como o destroçar, a queda definitiva, do direito internacional, visto as gravíssimas ações cometidas durante os anos de conflito: a ruptura da paz, a violação da neutralidade da Bélgica, o desprezo aos tratados, as deportações maciças de contingentes populacionais, entre outras, pareceram arruinar todos os esforços realizados para a consolidação da paz pelo direito internacional.

Assim, para Sandra SZUREK (2000, p. 8), foi a combinação de dois fatores, a exigência da justiça e a indignação diante do desprezo das regras consagradas, que uniu numerosos juristas em torno da ideia de que o respeito às regras fundamentais do direito internacional público não pode ser assegurados senão

pelo reforço dado pelo direito penal. Porém, lembra que *“la lente convergence du droit international public et du droit pénal révèle les difficultés auxquelles pouvait se heurter une doctrine convaincue de la nécessité de la formation d’une nouvelle discipline juridique au service de la paix”*.

Por isso, na formação do Direito Internacional Penal foi a doutrina que exerceu um papel precursor e fundamental. Desde os fins do século XIX, foram criadas instituições e sociedades competentes que agruparam eminentes juristas, que se empenharam na difusão do direito penal sobre a sociedade internacional. Entre elas, destaca para a “União Internacional do Direito Penal”, fundada em 1889 por três penalistas: Van Hamel, professor da Universidade de Amsterdã, Prins, professor da Universidade de Bruxelas, e Von Liszt, professor da Universidade de Berlim. Dentre os objetivos estava o de desenvolver o Direito Penal Internacional. No entanto, a União foi dissolvida com a eclosão da Primeira Guerra Mundial; com o término do conflito, a necessidade de união de penalistas fez-se novamente sentir. Nesse sentido, Quintiliano Saldaña e Henri Donnedieu de Vabres propuseram a criação da “Associação Internacional de Direito Penal”, como sucessora da “União”, no sentido de congregar personalidades políticas de primeira grandeza, bem como de diversas autoridades jurídicas. A meta da “Associação” era no sentido de elaborar um direito penal comum, de um Direito Penal Internacional que pudesse servir à solidariedade internacional e à paz internacional. (SZUREK, 2000, p. 9)

Merece ainda menção, um importante aporte doutrinal realizado pela Associação durante o período entre guerras. Durante o Congresso do organismo em 1926, que ocorreu em Bruxelas, foi adotada uma resolução que havia ficado a encargo do professor da Universidade de Bucareste, Vespasian Pella, cujos seguintes pontos merecem ser lembrados: *i)* a criação de uma Corte Penal de Justiça Internacional, com competência sobre matéria penal; *ii)* a referida Corte deveria ter também competência para submeter a processo os Estados por uma

agressão injusta e violações ao direito internacional; *iii*) a Corte também teria competência para processar os sujeitos por eventuais responsabilidades penais pessoais; *iv*) os crimes e as penas deveriam ser definidos e positivadas com anterioridade em termos bem claros. (GRAMAJO, 2003, p. 59)

Fundada igualmente em 1889, por dois parlamentares de ideais pacifistas, o britânico Randal Cremer e o francês Frédéric Passy¹ – posteriormente agraciados com o Prêmio Nobel da Paz – a “União Interparlamentar” também deu sua contribuição ao Direito Internacional Penal. Ainda que fosse somente uma associação de parlamentares, a “União Interparlamentar” tinha por objetivo a paz e a cooperação entre os povos, bem como a afirmação das democracias representativas. Assim, durante a Conferência de Washington de 1925, decidiu-se elaborar um código penal internacional, ou seja, um código repressivo das nações. Tal trabalho ficou a cargo do penalista romeno Vespasian Pella, figura destacada deste período inicial do Direito Internacional Penal. (GRAMAJO, 2003, p. 58)

2.2 OBJETO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

O que confere autonomia a uma disciplina em relação às demais é exatamente o fato de ela possuir um objeto específico de estudo. Como visto acima, então, existem duas disciplinas distintas, bastante próximas uma da outra, porém afastadas não só pela nomenclatura, como pelo próprio objeto de estudo.

Partindo daquilo que foi visto acima, pode-se dizer que o Direito Penal Internacional engloba em seu espectro uma

1 Frédéric Passy (1822-1912), fundador e presidente da primeira sociedade francesa para a paz, desde 1889, chamada *Société Française pour l'arbitrage entre nations*, dividiu o prêmio com Henri Dunant (1828-1910), fundador do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, em 1901. Já William Randal Cremer (1828-1908) recebeu o prêmio em 1903, em razão dos seus esforços para a constituição da *International Arbitration League*.

variedade de temas, tais como: aplicação da lei no espaço, extradição, cooperação penal internacional, proteção penal da sociedade internacional e dos bens jurídicos supranacionais. Em razão disso, o estudo do Direito Penal Internacional é objeto de análise de distintos e variados ramos do Direito, tais como o Direito Internacional Público e o Direito Penal, e também do Direito Internacional Privado.²

Já o Direito Internacional Penal – considerado como um ramo do direito internacional público – por um lado combina princípios do direito internacional público e também recepciona regras do direito penal tradicional, e, por outro, possui um objeto de estudo próprio, limitado e preciso. Além de possuir princípios e características próprias, uma vez que deverá guiar a interpretação de suas regras jurídicas.

Nesse sentido, reconhecendo que os graves crimes constituem uma ameaça para a paz, a segurança e o bem-estar da humanidade, proteger a sociedade internacional dessas sérias violações significa implantar a proteção penal de bens jurídicos supranacionais, na ótica da Política e do Direito. Se essa proteção significa ser global, as considerações passam a ser da pertinência da Política Internacional e do Direito Internacional, o que acaba por ser qualificado de Direito Internacional Penal.

É importante lembrar que o desenvolvimento do Direito Internacional Penal é resultado das suas bases costumeiras, e também de um arcabouço jurídico de mais de trezentos tratados considerados desde 1815. Estes tratados definem o que seja um crime internacional e colocam o dever dos Estados signatários

2 Veja-se, por exemplo, entre os privatistas clássicos brasileiros Haroldo Valladão e Oscar Tenório, dedicando ambos em suas obras de Direito Internacional Privado capítulos ao Direito Penal Internacional. Para Valladão, “Direito Penal Internacional visa resolver os conflitos das leis penais, decorrentes de atos criminais conectados no espaço com leis criminais ou penais divergentes, de dois ou mais Estados”. Acrescenta ainda Valladão que este “não se confunde com o Direito Penal Internacional que regula os crimes cometidos pelos Estados e as penas que lhes seriam aplicadas, inclusive a própria guerra”. VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**, vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, pp. 222-223.

a perseguir aqueles que feriram tais prescrições internacionais e puni-los ou extradita-los para outro Estado que esteja disposto a tal.

Para Jeffrey MORTON (2000, p. 19-20) o Direito Internacional Penal no século XIX partiu de uma cooperação interestatal para o retorno de fugitivos, tais como ladrões e homicidas, à justiça. Nesse andar, o Direito Internacional Penal chegou no século XX disposto a incluir novos crimes como o genocídio, crimes de guerra, *apartheid*, e tanto outros.

Portanto, dentro do âmbito material desse ramo do direito estão presentes as condutas individuais consideradas ilícitas diretamente pelo ordenamento jurídico internacional – seja este de fonte convencional ou de fonte consuetudinária –, comportando também as violações de normas dispositivas ou imperativas (*jus cogens*), ainda que tais violações possam ser resultantes da fusão na sua aplicação dos ordenamentos jurídicos interno e internacional, pois na generalidade dos casos corresponderá, de maneira preferencial, às jurisdições nacionais o julgamento das condutas consideradas ilícitas pelo Direito Internacional Penal. (POSSE, 2006, p. 27)

Como colocado supra por Antonio CASSESE (2003, p. 15), o Direito Internacional Penal tem por objeto não somente prescrever os crimes internacionais, mas também tem o dever de impor aos Estados a obrigação de julgar e condenar alguns desses crimes.

2.3 FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Tomando como ponto de partida que o Direito Internacional Penal é um ramo do direito internacional público, tem-se que considerar que suas fontes seriam também aquelas elencadas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, unanimemente considerado entre os internacionalistas como rol das fontes do direito internacional.

O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça dispõe que:

1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe foram submetidas, aplicará:
 - a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
 - b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
 - c) os princípios gerais do direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
 - d) sob reserva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.
2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isso concordarem.

No entanto, como o Direito Internacional Penal versa também de um ramo jurídico com forte carga do direito penal, formar um rol com as fontes do Direito Internacional Penal não é tão simples, já que se pode considerar que mesmo sendo formalmente parte do direito internacional público, o Direito Internacional Penal também faz parte, materialmente, do direito penal.

A doutrina não é unânime ao estabelecer as fontes do Direito Internacional Penal. Para não ser demasiado exaustiva tal análise, serão tecidas somente algumas considerações sobre o tema.

Para Gerhard Werle, como parte da ordem legal internacional que é o Direito Internacional Penal, origina-se este das mesmas fontes legais do direito internacional, ou seja, do artigo 38 do Estatuto da CIJ. Estão incluídos, dessa forma, os tratados internacionais, o costume e os princípios gerais de direito, reconhecidos pelos principais sistemas jurídicos. Já as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados

das diferentes nações podem ser usadas não como fonte do direito, mas como meios subsidiários para a determinação do direito, conforme prescreve o artigo 38(1)(d) do Estatuto da CIJ. Lembra WERLE (2005, p. 44-45), que as disposições do Estatuto de Roma são clarificadas com a ajuda dos Elementos constitutivos do crime (*Elements of crimes*) e do Regulamento Processual (*Rules of Procedure and Evidence*). Nesse sentido, o professor da Universidade Humboldt acredita que “*international criminal law, which in terms of sources could be roughly described as a reciprocal mix of customary international law and partial codification by treaty, has reached a new level of consolidation*”.

Para Werle, o estudo das fontes do Direito Internacional Penal pode ser dividido em três tópicos: *a*) as fontes do direito propriamente ditas, englobando tratados internacionais, direito internacional costumeiro, princípios gerais de direito; *b*) os meios subsidiários para a determinação do direito: as decisões das cortes internacionais e os trabalhos doutrinários dos publicistas mais qualificados, mormente aqueles trabalhos advindos de associações de direito internacional; e, *c*) as fontes individuais do Direito Internacional Penal: i) Estatuto do TPI, Elementos Constitutivos e Regulamento Processual; ii) Estatutos do ICTY e ICTR; iii) Estatutos dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio; iv) Lei do Conselho de Controle n. 10; v) Convenções de Genebra, Convenção do Genocídio, Regulamentos de Haia; vi) Decisões das Cortes e Tribunais Internacionais; vii) Resoluções da AGNU e do CSNU e relatórios do Secretário-Geral; viii) Esboços (*drafts*) e Comentários da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; ix) Esboços (*drafts*) e Comentários de Associações Internacional de Estudiosos; x) Decisões das cortes nacionais; xi) Legislação nacional; xii) Manuais militares.

Antonio CASSESE (2003, p. 26) também seguia essa mesma linha, e como Werle, adotou algumas especificidades na divisão das fontes do Direito Internacional Penal. Partindo da ideia de que o Direito Internacional Penal é um ramo do

direito internacional público, as fontes que moldam o Direito Internacional Penal seriam: *i)* são aquelas propriamente derivadas do direito internacional; *ii)* devendo ser dispostas em uma ordem hierárquica, ditada pelo mesmo direito internacional.

Portanto, para o saudoso mestre italiano do Direito Internacional Penal, as fontes do Direito Internacional Penal são: *i)* os estatutos das cortes e tribunais internacionais; *ii)* outros tratados internacionais; *iii)* direito consuetudinário; *iv)* princípios gerais do Direito Internacional Penal e princípios gerais do direito internacional; *v)* princípios gerais do direito penal reconhecidos pela comunidade das nações; *vi)* regulamentos e outras regras do direito internacional; *vii)* o papel das decisões judiciais e a opinião dos doutrinadores.

Vistas algumas posições doutrinárias sobre o tema das fontes do Direito Internacional Penal, entende-se que as fontes desse ramo do direito são idênticas às do direito internacional público, ou seja, aquelas constantes do artigo 38 do Estatuto da CIJ (convenções, costumes e princípios gerais de direito), bem como os meios auxiliares para a determinação do direito, além do exame de algumas fontes peculiares sobre o assunto, isto é, próprias desse ramo do direito internacional. Em razão disso, a classificação que engloba todos esses pontos é a elaborada por Gerhard Werle.

Passa-se agora, então, ao exame mais detalhado das fontes do Direito Internacional Penal.

I) As fontes do direito propriamente ditas:

1) Tratados internacionais: Como bem coloca WERLE (2005, p. 45) “*until the ICC Statute entered into force, international treaties were of lesser importance for international criminal law. Today, the ICC Statute, a multilateral international treaty, is the main source of international criminal law*”. Vale destacar, que o atual papel predominante do Estatuto de Roma que criou o TPI também é resultado de uma exitosa tentativa

de clarificar regras de Direito Internacional Penal de fundo consuetudinário.

2) Costume: Como disposto no artigo 38 (b) do Estatuto da CIJ, o costume internacional é resultado de uma prática geral aceita como sendo o direito. Luis Cezar Ramos PEREIRA (2002, p. 2-3) afirma que a norma costumeira “consegue sua consagração a partir de um comportamento ativo ou passivo, devendo tal costume ser constante, geral e uniforme pelos Estados, sob a firme convicção de estar atendendo a uma obrigação de caráter jurídico e obrigatório”. Ou seja, os elementos do costume são os mesmos do direito interno: o elemento material (*consuetudo*), ou seja, o *uso*, e o elemento psicológico, que consiste na convicção da obrigatoriedade desse uso, e que é designado tradicionalmente pelas expressões *opinio iuris* (ou *opinio iuris vel necessitatis*).

Na ausência de uma instituição internacional para a criação do direito, o costume continua a executar um papel importante no Direito Internacional Penal, mesmo depois da entrada em vigor do Estatuto que criou o TPI.³

3) Os princípios gerais de direito: não se alcançou um consenso de contornos muito definidos sobre o significado preciso dessa expressão, na prática os tribunais exercem nessa matéria uma discricionariedade considerável. Dentre as fontes do direito internacional presentes do Estatuto da CIJ, os princípios gerais de direito são certamente os mais vagos, tanto que alguns autores negam o seu valor e outros julgam que se trata, em última análise, de aspecto do costume internacional. Para Hildebrando ACCIOLY (2002, p. 46), não resta dúvida de que os princípios gerais de direito são uma fonte verdadeira ou fundamental.

3 Sobre a importância do direito consuetudinário do direito internacional penal, veja-se da decisão do caso Krstic (Promotoria *versus* Krstic, IT-98-33-T, Julgamento, 2 de agosto de 2001).

Como alerta Kriangsak KITTICHAISAREE (2002, p. 46-47), no momento de examinar os “princípios do direito penal comum a todos os principais sistemas jurídicos do mundo”, esses devem ser considerados com o máximo de atenção.

Dessa maneira, os elementos do Direito Internacional Penal não são todas as normas legais em que há concordância entre sistemas jurídicos, mas somente aqueles princípios gerais em que aquelas normas estão baseadas. Vale frisar também que há uma constante interação entre as normas costumeiras e os princípios gerais de direito, por vezes gerando certa confusão entre um e outro.

II) Os meios subsidiários para a determinação do direito:

Seguindo o disposto no artigo 38 (d) do Estatuto da CIJ são meios auxiliares para a determinação das regras de direito: as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, especialmente aqueles trabalhos advindos de associações de direito internacional, tais como o *Institut du Droit International* e *International Law Association* e a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas.

No âmbito do direito internacional público é comum considerar que o valor da jurisprudência na construção do direito internacional é bastante limitado, já que não impera a *precedent rule* – princípio da família da *common law* –, em que as decisões futuras se deveriam tomar em obediência a uma primeira decisão obtida, no espaço de uma idêntica questão jurídica. (GOUVEIA, 2005, p. 124-125)

No entanto, no domínio do Direito Internacional Penal, o que se constata é que as orientações jurisprudenciais emanadas dos tribunais internacionais penais têm um forte papel nas decisões similares, sendo usual o recurso a referência a decisões anteriores, típico recurso adotado pela *common law*, conhecido por *stare decisis*.

O papel da doutrina foi substancial nos séculos XVI, XVII e XVIII, especialmente na formação do direito internacional

público, na medida em que o positivismo jurídico se desenvolveu no século XIX e os fenômenos típicos do século XX – como a proliferação dos tratados internacionais, o surgimento das organizações internacionais com poderes normativos, e, sobretudo pelo trabalho sistemático de codificação do direito internacional – foram surgindo e ganhando força, a doutrina dos juristas perde sua relevância.

III) As fontes individuais do Direito Internacional Penal

1) Estatuto do Tribunal Penal Internacional, Elementos Constitutivos do Crime e Regulamento Processual

Depois que foi instituído como resultado da Conferência Diplomática de Roma e aprovado em 17 de julho de 1998, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional passou a exercer um papel predominante entre as fontes do Direito Internacional Penal.

Já os elementos constitutivos do crime (*elements of crimes*) foram finalizados posteriormente, ao término dos trabalhos da Comissão Preparatória em junho de 2000, atendendo-se à prescrição do artigo 9º do Estatuto do TPI⁴, buscando alcançar uma interpretação comum para os crimes. Salvo disposição em contrário, entender-se-á que uma pessoa é penalmente responsável e passível de ser punida quando se acredite que atuou com intenção e conhecimento dos elementos materiais do crime. De acordo com o parágrafo sétimo da introdução geral, a estrutura procurada para os elementos constitutivos do crime

4 “Artigo 9º. 1. Os elementos de definição dos crimes, que auxiliarão o Tribunal a interpretar e aplicar os artigos 6º, 7º e 8º do presente Estatuto, serão adotadas por maioria de dois terços dos membros da Assembleia dos Estados-partes. 2. Poderão propor emendas aos elementos de definição dos crimes: a) qualquer Estado-parte; b) os juízes, por maioria absoluta; c) o Promotor. As emendas serão adotadas por maioria de dois terços dos membros da Assembleia dos Estados-partes. 3. Os elementos de definição dos crimes e suas emendas serão compatíveis com o disposto no presente Estatuto”.

segue três princípios: *a)* descrição da conduta, consequência e circunstâncias da cada crime; *b)* elemento de intencionalidade; e, *c)* circunstâncias de contexto.

O Regulamento Processual (*Rules of Procedure and Evidence*) – elaborado durante as reuniões que ocorreram entre 13 e 31 de março de 2000 em Nova Iorque – é um conjunto de disposições que regulam o funcionamento processual do TPI, o qual deve ser interpretado conjuntamente com as disposições do Estatuto.

2) Estatutos do ICTY e do ICTR

Ao contrário do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, os Estatutos dos tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda não são tratados internacionais. Esses dois Estatutos foram criados por Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, ao abrigo do Capítulo VII da Carta da ONU.

3) As Cartas de Nuremberg e Tóquio

Apesar de serem esses dois documentos colocados em um mesmo item, têm origens diferentes. A Carta de Nuremberg é um tratado internacional, celebrado entre Estados Unidos, França, Reino Unido e União Soviética, resultado do Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945, quando foi o criado o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Já a Carta do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, com sede em Tóquio, foi um ato executivo – uma quase cópia da Carta de Nuremberg – do general Douglas MacArthur, comandante supremo das forças aliadas no Japão, atuando sob ordens do *United States Joint Chief of Staff*.

4) Lei do Conselho de Controle n. 10

A Lei do Conselho de Controle n. 10 (*Control Council Law n. 10*) era uma lei de ocupação na Alemanha, que criminalizava as mesmas condutas ofensivas previstas na Carta de Nuremberg e serviria de base legal para os tribunais que sucederiam, e que se

tornou muito importante com o passar dos anos. Suas previsões traziam normas de Direito Internacional Penal reconhecidas como uma expressão do direito consuetudinário. (BURCHARD, 2006, p. 811)

5) Convenções de Genebra, Convenção do Genocídio, Regulamentos de Haia

Também são importantes fontes do Direito Internacional Penal as normas relevantes dos Regulamentos da Haia, resultado da II Conferência de Paz da Haia de 1907, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948 e as Convenções de Genebra de 1949, bem como seus Protocolos Adicionais.

6) Decisões das Cortes e Tribunais Internacionais

Entre as decisões, destaque especial para as emanadas dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, bem como dos Tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda.

São considerados meios importantíssimos para a determinação do Direito Internacional Penal, muito em virtude da ausência generalizada do Direito Internacional Penal em ser preciso, dependendo em muito dos juízes para o seu desenvolvimento. Como lembra David Hunt, antigo juiz do ICTY, essa prática não é em nada diferente do que é feito no sistema da *common law*; seguindo esta ideia aproveita também para citar uma frase do Procurador-Geral no Tribunal de Nuremberg, Robert. H. Jackson, quando este afirma que “*International law must develop to meet the needs of the times just as the common law has grown, not by enunciating new principles but by adapting old ones*”. (HUNT, 2004, p. 58-59)

7) Resoluções da AGNU e do CSNU e Relatórios do Secretário-Geral

A decisão ou deliberação da organização internacional – há uma grande incerteza terminológica nesse ponto – é um ato unilateral com força, por vezes obrigatória, emanado da

manifestação de vontade dessa organização, que cria obrigações aos seus destinatários.

São exemplos no campo do Direito Internacional Penal a Resolução 95 (I) de 11 de dezembro de 1946, da Assembleia Geral das Nações Unidas que adotou os chamados Princípios de Nuremberg. Outro exemplo foram os já vistos estatutos dos tribunais *ad hoc* das Nações Unidas, que foram criados mediante resoluções do Conselho de Segurança, e também os relatórios do Secretário-Geral da ONU relativos a criação dos tribunais *ad hoc* podem ser considerados interpretações autênticas na aplicação dos Estatutos, desde que não contradigam previsões dos próprios Estatutos. (WERLE, 2005, p. 52-53)

8) Esboços e Comentários da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas

Essas fontes auxiliam na determinação do direito costumeiro e dos princípios gerais de direito, além de representarem uma influência significativa no desenvolvimento do Direito Internacional Penal. Um desses esboços que mais se destacou foi o *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, de 1996. Segundo a Câmara de Julgamento I do ICTY, no caso Furundzija⁵, o *Draft Code* (1996) é

an authoritative international instrument which, depending upon the specific question at issue, may (i) constitute evidence of customary law, or (ii) shed light on customary rules which are of uncertain contents or are in the process of formation, or, at the very least, (iii) be indicative of the legal views of eminently qualified publicists representing the major legal systems of the world (§227).

9) Esboços e Comentários de Associações Internacionais de Estudiosos

Entre as principais associações de publicistas que discutem e elaboram trabalhos sobre o direito internacional e sobre o

5 Promotora *versus* Furundzija (IT-95-17/1-T), Julgamento, 10 de dezembro 1998.

Direito Internacional Penal, destacam-se a *International Law Association*, o *Institut de Droit International* e a *Association International de Droit Pénal*.

10) Decisões das cortes nacionais

Também as decisões dos tribunais nacionais têm valor probatório na esfera do direito internacional. Algumas decisões fazem prova indireta da prática do Estado do foro sobre a questão em análise. Outras implicam uma investigação sem restrições da situação jurídica e um exame das fontes disponíveis, podendo resultar numa exposição cuidada do direito. (BROWNLIE, 1997, p. 34)

Raras são as decisões dos tribunais nacionais no âmbito do Direito Internacional Penal. No entanto, exercem papel importante, sendo mesmo citadas pelos tribunais penais internacionais. A título exemplificativo sobre as decisões nacionais, no caso francês as decisões emanadas nos julgamentos de Klaus Barbie, Maurice Papon e Paul Touvier. Também pode ser citada a decisão da corte israelense no julgamento de Adolf Eichmann, analisado na sequência.

11) Legislação nacional

Um exemplo de legislação nacional que pode ser uma fonte do Direito Internacional Penal é o chamado Código Penal Internacional alemão (*Völkerstrafgesetzbuch* – VStGB), que assegura que os crimes contra o direito internacional mencionados no Estatuto do TPI também são puníveis de acordo com o direito alemão. Com isso o direito penal alemão já se encontra adaptado às exigências do I Protocolo Adicional das Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949. (WERLE; NERLICH, 2004, p. 89-90)

12) Manuais militares

Em muitos países os manuais militares são importantes expressões da *opinio juris* bem como da prática estatal.

2.4 AS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL NO ESTATUTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Antes de encerrar-se a análise sobre as fontes do Direito Internacional Penal, é preciso ver como a questão foi tratada do Estatuto do TPI, especialmente o artigo 21 desse instrumento legal.

Artigo 21

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.

Há algumas diferenças em relação ao artigo 38 do Estatuto da CIJ. A primeira é que no Estatuto do TPI não se estabelece que a decisão seja conforme o direito internacional, e a segunda é que o Estatuto do TPI dispôs uma ordem de precedência, instituindo, dessa maneira, uma clara hierarquia no direito aplicável.

Portanto, no ápice se encontram o Estatuto, os elementos constitutivos dos crimes e o Regulamento Processual. Na verdade,

não há uma igualdade entre essas três fontes, conforme se constata da leitura de alguns dispositivos do próprio Estatuto.

No artigo 9º do Estatuto, está prevista a adoção de elementos constitutivos dos crimes que foram adotados para auxiliar o Tribunal a interpretar e a aplicar os artigos 6º, 7º e 8º, ou seja, os dispositivos que preveem o crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Tais elementos constitutivos deverão mesmo ser compatíveis com as disposições do próprio Estatuto, e são por isso mesmo elementos auxiliares na determinação das regras de direito. Já o artigo 51 (5) do Estatuto prevê que em caso de conflito entre as disposições do Estatuto e as do Regulamento Processual, o Estatuto prevalecerá, ou seja, também é um meio auxiliar. O Estatuto, no entanto, é silente quando de um eventual choque entre os elementos constitutivos e o Regulamento Processual.

Em segundo lugar, o artigo 21 traz as fontes formais em sentido estrito convencional e consuetudinário, empregadas pelo próprio artigo 38 do Estatuto da CIJ, ainda que mencionados em uma terminologia vagamente distinta. Podem ser aplicados os tratados, quer gerais, quer específicos, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados interessados. Também será pertinente a aplicação de “princípios e normas de Direito Internacional”. No que toca aos princípios é interessante observar que a alínea *b* do artigo 21 (1) faz uma dupla referência a estes, ambos com o mesmo grau hierárquico. Por um lado, aos princípios de Direito Internacional, e por outro, aos princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados, também conhecido por Direito Internacional Humanitário. A distinção é particularmente relevante, já que entre os crimes previstos no Estatuto do TPI estão os crimes de guerra. Para Hortensia Gutierrez POSSE (2006, p. 42) “*estos principios están llamados a integrar y esclarecer el sentido y alcance de las normas del Estatuto en esta materia, aún cuando en razón del orden jerárquico establecido, en caso de conflicto, las disposiciones de éste prevalecerán*”.

Na ausência dos anteriores, o TPI está autorizado a aplicar 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”, ou seja, considerar alguns princípios do direito interno do lugar em que os fatos ocorreram ou em virtude da nacionalidade do acusado desde que o Estado seja parte do Estatuto, conforme preceitua o artigo 12 (2) (a) e (b).

Já o artigo 21 (2) do Estatuto faz referência às decisões precedentes do Tribunal. Para o professor da Universidade do Quebec e estudioso do Direito Internacional Penal William SCHABAS (2000, p. 156-157), não se pode tomar a norma como estabelecendo uma regra de *stare decisis*, “porque ela é compreendida como uma norma permissiva e não mandamental”. Gutierrez POSSE (2006, p. 44) não é certa disso, já que acredita que

por cierto, no cabría asimilar plenamente esta disposición a enfoques seguidos por ordenamientos internos en el sistema del *common law*, pero tampoco se ve reflejada en ella la concepción de una tradición romano-germánica o de *civil law* según la cual las decisiones judiciales son sólo obligatorias para las partes en el caso que se resuelve.

Todavia, entende-se, por meio da análise da jurisprudência dos tribunais penais internacionais, que o Direito Internacional Penal inclinou-se de maneira acentuada em prol da *common law* e o recurso ao princípio da regra do *stare decisis* é utilizada com frequência, em prejuízo a tradição romano-germânica.

E, por fim, o artigo 21 (3) tem uma redação um pouco truncada, tem sido alvo de discussões sobre o uso dos termos “gênero” e “sexo”, durante os trabalhos preparatórios. A despeito disso, o parágrafo terceiro faz uma importante referência ao reconhecimento internacional dos direitos humanos. Como bem salienta SCHABAS (2000, p. 157-158), “apesar de sua vocação

para o direito penal, a Corte é fundamentalmente uma resposta a sérias violações de direitos humanos, particularmente aquelas envolvendo a perseguição de minorias étnicas”.

3. EXISTE MESMO UM DIREITO INTERNACIONAL PENAL?

Nenhum ramo do direito é tão obrigado a comprovar sua juridicidade com o direito internacional. Como afirmou recentemente Frédéric MÉGRET (2012, p. 64), “*international law as a discipline has exhibited an unusual propensity to ask such questions, perhaps because, historically and politically, this has often seemed less a matter of course than for domestic legal orders*”. Considerando o Direito Internacional Penal como um ramo do direito internacional, nada mais lógico que também esse seja compelido a demonstrar seu caráter jurídico.

É bem verdade que muito dessa resistência em adotar o termo Direito Internacional Penal como um ramo jurídico novo, ou no mínimo mais atuante na sociedade internacional contemporânea, é fortemente marcada pelo fato de muitas dessas construções doutrinárias terem se antecipado ao fato mesmo de um Direito Internacional Penal. Ou seja, muitos doutrinadores negaram a existência de um Direito Internacional Penal pelo simples fato de não haver um órgão aplicador deste Direito Internacional Penal.

Por exemplo, para Claude LOMBOIS (1979, p. 44) a própria aplicação de um direito das infrações internacionais, isto é, um Direito Internacional Penal, seria um verdadeiro acontecimento, já que “*trois fois informulé, ce droit prépare ses textes, attend ses juges, cherche ses justiciables. Rien d’étonnant, alors, que son application fasse figure d’évènement*”.

Também o penalista espanhol Luis Jiménez de Asúa é bastante cético quanto à existência de um Direito Internacional Penal. Examinando as construções dogmáticas de Vespasien

Pella, Jiménez de ASÚA (1950, p. 1104) afirma que são dignas de respeito como doutrina, mas estão em um futuro longínquo, ainda que desejáveis. Aduz que:

Quizás antes de la primera guerra europea de este siglo, en que existía un auténtico anhelo de comunidad internacional y en que los hombres de ciencia se sentían fraternalmente unidos sin distinción de fronteras, hubiera sido realizable esa aspiración unificadora y cosmopolita, pero a la mitad de la centuria que transcurre, tras de haber sufrido, en poco más de veinte años, dos guerras espantables y estar bajo la amenaza de otra más horrenda aún, esos ideales no parecen por ahora de este mundo. Ya hemos dicho que al “verdadero” Derecho penal internacional se le quiere denominar hoy *Derecho internacional penal*, y que al establecer sus diferencias, y tratar de construir su “dogmática”, demuestra Quintano Ripollés, a pesar de los esfuerzos positivos que hace, cuán precaria es todavía la existencia de esta pretendida rama jurídica.

Adiante na sua obra clássica, reafirma sua ideia sobre o Direito Internacional Penal: “*Es fácil construir en el papel un Derecho internacional penal... pero en el papel se queda*”. (ASÚA, 1950, p. 1104)

Mas se engana quem pensa que tais críticas se restringem aos penalistas. O célebre internacionalista britânico Georg Schwarzenberger, em artigo publicado em 1950 na revista *Current Legal Problems*, era bastante cético quanto à existência do Direito Internacional Penal. SCHWARZENBERGER (2004, p. 37) – no contexto histórico em que escrevia tal artigo, ou seja, da Idade Atômica (*Atomic Age*) como ele se referia – acreditava que “*in the present state of world society, international criminal law in any true sense does not exist*”.

No entanto, essas tentativas de negar a existência do Direito Internacional Penal como um ramo jurídico autônomo e distinto carecem nos dias atuais de fundamentos. Melhor dito, ainda que no passado o Direito Internacional Penal somente tenha existido em um plano estritamente dogmático, o advento de pelo menos dois fatores fundamentais justifica a existência real do direito internacional em uma base fática importante.

O primeiro desses fatores seria o processo de internacionalização do direito penal. Esse processo surge do entendimento de que certos crimes possuem uma dimensão transfronteiriça, derivada do caráter ou das repercussões dessas infrações, e também de uma necessidade particular de combatê-las segundo critérios comuns.

O segundo seria a criação de tribunais penais internacionais que evidenciam a força desse direito, especialmente a criação de uma corte penal internacional em caráter permanente. A implementação do Tribunal Penal Internacional pode ser vista como uma significativa vitória da sociedade civil internacional em favor de uma judicialização dos crimes cometidos em qualquer parte do mundo que seja dotada de isenção para julgar esses indiciados, superando assim as preocupações com um eventual arbítrio por parte dos vencedores.

Portanto, entende-se que a partir da constituição de tribunais penais internacionais, de caráter *ad hoc* e permanente, é inegável a existência de Direito Internacional Penal – *droit international pénal*, *international criminal law*, *derecho internacional penal*, *Völkerstrafrecht* – desvinculado de um Direito Penal Internacional, este de cores acentuadamente “nacionais”, enquanto aquele se afirma como um ramo do direito internacional público mais atuante na sociedade internacional do século XXI.

CONCLUSÃO

Dessa forma, tentou-se deixar claro que existe uma dicotomia entre os termos “Direito Penal Internacional” e “Direito Internacional Penal”. Este forma um conjunto de normas do direito internacional público que preveem quais são as condutas consideradas crimes internacionais, seus elementos constitutivos, as circunstâncias excludentes, ou seja, a responsabilidade penal dos indivíduos no plano internacional. Distinto deste ramo há

o Direito Penal Internacional, entendido como o conjunto de normas de direito interno relativas à legitimidade das jurisdições nacionais para julgar crimes internacionais, à lei que nesses casos devem aplicar os tribunais nacionais, à colaboração entre os órgãos locais, com base no princípio da igualdade e da reciprocidade, e ao respeito aos princípios fundamentais dos ordenamentos jurídicos de cada país, a fim de favorecer o exercício do poder punitivo do Estado.

Além disso, tentou-se demonstrar ao longo do texto, que o Direito Internacional Penal, especialmente depois da criação dos tribunais penais internacionais é uma realidade palpável e que certamente exercerá papel cada vez mais ativo à medida que se consolidar a atuação jurisprudencial do Tribunal Penal Internacional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

ASCENSIO, Hervé. O desenvolvimento do Direito Internacional Penal. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). **O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 265-285.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de derecho penal**, tomo II. Buenos Aires: Losada, 1950.

BASSIOUNI, M. Cherif. Characteristics of international criminal law conventions. In: BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). **International criminal law: crimes**, vol. I. Dobbs Ferry: Transnational Publishers, 1986, pp. 1-9.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal: análise do sistema à luz do Princípio da Legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BURCHARD, Christoph. The Nuremberg trial and its impact on Germany. **Journal of International Criminal Justice**. vol. 4 (2006). Oxford: Oxford University Press, pp. 800-829.

CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GIL, Alicia Gil. **Derecho Penal Internacional**. Madrid: Tecnos, 1999.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRAMAJO, Juan Manuel. **El estatuto de la Corte Penal Internacional**. Buenos Aires: Depalma, 2003.

HUNT, David. The International Criminal Court. **Journal of International Criminal Justice**. vol. 2, n. 1 (2004). Oxford: Oxford University Press, pp. 56-70.

KITTICHAISAREE, Kriangsak. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

LOMBOIS, Claude. **Droit Pénal International**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1979.

MÉGRET, Frédéric. International Law as Law. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martii (ed.). **The Cambridge companion to International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 64-92.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 2 vols.

MORTON, Jeffrey S. **The International Law Commission of the United Nations**. Columbia: University of South Carolina Press, 2000.

PELLA, Vespasien V. **La criminalité collective des États et le Droit Penal de l'Avenir**. Bucarest: Imprimerie de l'État, 1925.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. **Costume internacional: gênese do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POSSE, Hortensia D. T. Gutierrez. **Elementos de Derecho Internacional Penal**. Buenos Aires: De los cuatro vientos, 2006.

RIPOLLÉS, Antonio Quintano. **Tratado de Derecho Penal internacional e Internacional Penal**, vol. I. Madrid: Instituto Francisco de Vitória, 1955.

SCHABAS, William A. Os princípios de Direito Penal. In: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: RT, 2000, pp.149-190.

SCHWARZENBERGER, Georg. The problem of an International Criminal Law. In: SIMPSON, Gerry (org.). **War crimes law**. Aldershot: Dartmouth Publishing, 2004, pp. 5-38.

SZUREK, Sandra. La formation du droit international pénal. In : ASCENSIO, Hervé ; DECAUX, Emmanuel ; PELLET, Alain (orgs.). **Droit International Pénal**. Paris: A. Pedone, 2000, pp. 7-22.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**, vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

WERLE, Gerhard. **Principles of International Criminal Law**. The Hague: TMC Asser Press, 2005.

_____; NERLICH, Volker. A punibilidade dos crimes de guerra de acordo com o direito alemão. In: SILVA, Pablo Alflen da (org.). **Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional Alemão**. Porto Alegre: Safe, 2004, pp. 89-121.

Recebido em 14/01/2013.

Aprovado em 05/02/2013.

