

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E SEU FUNDAMENTO VOLUNTARISTA: A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Lucas Carlos Lima *

1. INTRODUÇÃO

Transpor a noção de crime para o ambiente da Comunidade de Estados não é um exercício simples e seus resultados não são, e nem deveriam ser, tão simétricos àqueles que se contornam no âmbito estatal. Se no interior do ordenamento jurídico interno o direito penal vem positivamente arrolado e dispõe de uma autoridade coatora que o faça valer independente das circunstâncias, no direito internacional o sistema penal não vem tão claramente delineado¹.

Isto porque a noção de responsabilidade internacional, seja do indivíduo, seja do Estado, veio sempre atrelada à intrínseca noção de soberania que permeia a lógica do direito internacional. A reafirmação desta responsabilidade internacional é uma construção dentro da ciência jurídica que muito vagarosamente se consolidou e só ganhou contornos mais sólidos no último século.

Através da história do direito internacional, principalmente quando se percebe a história recentíssima desta ciência, mais especificamente ao longo do século XX, é possível observar a transmutação destas noções que erigem um sistema de jurisdição permanente para a esfera penal. O direito penal internacional, desta forma, acompanha as transformações inerentes ao próprio sistema internacional, perpassando os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, no início do século, vindo a se constituir no seio da Organização das Nações Unidas (ONU) através de tribunais *ad doc* criados pelo Conselho de Segurança para

* Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da UFSC. Bolsista do Programa PIBIC/UFSC. É membro do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC-CNPq

¹ Embora alguns autores prefiram a nomenclatura “direito internacional penal”, em contraposição a uma internacionalização de normas penais que viria significar a extensão do direito penal interno ao âmbito internacional, o termo “direito penal internacional” vem neste trabalho utilizado unicamente no sentido de normais internacionais de cunho criminal. Sendo as normas internacionais pertencentes a esfera jurídica diversa daquela nacional – uma vez que necessitam do processo de internalização para transformarem-se em normas nacionais - não se faria necessária tal especificação.

julgar os crimes cometidos na ex-logoslávia e em Ruanda, terminando, por fim, no recente século XXI, com a criação do Tribunal Penal Internacional.

O objetivo do presente trabalho é observar de que maneira esta transformação sucedeu e como a ciência jurídica acompanhou este fenômeno, sobretudo percebendo de que maneira a corrente voluntarista se faz presente no percurso deste processo.

2. FORMAÇÃO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

No início do século, o internacionalista francês Nicolas Politis, escreveu uma obra em que preconizava as “Novas Tendências do Direito Internacional”(1927). Nela, acertadamente narrou que muito brevemente se estaria diante da codificação do direito internacional, percebeu a crescente posição do indivíduo na Sociedade de Estados, a criação de um sistema obrigatório de justiça internacional e o nascimento de um direito criminal internacional².

Politis traz estes quatro pontos num momento histórico em que nenhum deles se encontra consolidado. A codificação do direito internacional não chega a ocorrer completamente, mas os esforços neste sentido que se iniciaram nas Convenções de Haia (1899 – 1907) deram munição a Politis para que a trabalhasse. A Corte Permanente de Justiça Internacional, nascida na Sociedade das Nações em 1921, já vem realizando seus trabalhos. Existe uma Corte Permanente de Arbitragem³, e já se evidenciou os trabalhos da Corte de Justiça Centro-Americana, criada em 1907⁴. O indivíduo vem ganhando destaque no agir internacional à medida que as disposições tratadas pelo próprio direito internacional alcançam diretamente os indivíduos em suas normativas. Politis percebe toda a ebulição à

² O historiador do Direito Internacional Martti Koskenniemi, em sua obra “El Discreto Civilizador de Naciones”, 2005, aborda com profundidade o papel de Nicolas Politis na Escola Francesa de Direito Internacional, enfocando também esta teoria das “Novas Tendências do Direito Internacional”. Ver: KOSKENNIEMI, 2005. p.296.

³ O artigo 20 da Convenção da Haia para Resolução Pacífica de Controvérsias de 1907 preceitua: “No intuito de facilitar o recurso imediato à arbitragem para as pendências internacionais que não tiverem podido ser reguladas pela via diplomática, as Potências signatárias obrigam-se a construir um tribunal permanente de arbitragem acessível em qualquer tempo e funcionando, salvo estipulação das Partes em contrário, em conformidades das regras de processo inseridas na presente Convenção. No entanto a designação “Tribunal Permanente de Arbitragem” é enganosa. O que na realidade existe é uma lista permanente de árbitros. Não se pode inclusive denominar tal Corte como uma jurisdição uma vez que não existe um órgão de julgamento próprio e preexistente aos litígios. Sobre ela, ver BRIERLY, J. L. Direito internacional. 4. ed. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 1979. p.359-360.

⁴ Com funcionamento iniciado em maio de 1908 em Cartago e posteriormente radicada em São José, na Costa Rica, a Corte de Justiça Centro-Americana era composta por El Salvador, Honduras, Nicarágua e Costa Rica e Guatemala. Julgou dez casos e cessou seu funcionamento em 1918. Sobre ela, ver: SORTO, Fredys Orlando. *Considerações sobre a Primeira Corte Internacional de Justiça*. In: MERCADANTE, Aramita de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos (Orgs). *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais*. Vol. II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

sua volta e as trabalha pormenorizadamente de maneira que sua obra serve de paradigma para compreensão das antigas noções de direito internacional, clássico, em específico às práticas do século XIX em contraposição às transformações do século XX.

Dois pontos de sua obra são caros a presente análise: a instauração de um sistema de justiça obrigatório e a formação de um direito criminal internacional. Sobre este, Politis (1927, p.95) enuncia:

Sendo o direito internacional o direito dos Estados soberanos, ele não poderia possuir um sistema penal próprio. No entanto todo direito deve comportar sanções, aquelas do direito internacional são estabelecidas, em harmonia com sua natureza especial, através de meios empíricos, mais ou menos eficazes, de acordo com as violações a fim de reprimir os fatos dos indivíduos ou de seus governantes.⁵

A aparente contradição de Politis, ao afirmar que o direito internacional não poderia possuir um sistema penal próprio, vem posteriormente esclarecida. É verdade que compete aos Estados julgar os crimes de seus indivíduos e de seus governantes, mas é também verdade que determinados crimes, reconhecidos pelos próprios Estados através de suas declarações de vontade – tratados – e com base na solidariedade internacional que une os Estados, devem por todos eles ser reprimidos (POLITIS, 1927, p.96).

A mais antiga noção de crime internacional, entretanto, veio inicialmente caracterizada através do costume. A pirataria só aparece em tratados internacionais no século XIX, e posteriormente nas Convenções do Mar do século XX, nem por isso deixando de haver por parte dos Estados uma cooperação na sua repressão. (POLITIS, 1927, p.96-98). O internacionalista francês também adverte que em outros momentos históricos o crime internacional estava reconhecido nos costumes, como a violação do direito de guerra.

Assim sendo, observa-se que a noção de crime internacional é antiga e não vem somente associada a uma concepção positivista, uma concepção que privilegie somente a presença de uma tipificação em tratados. É exatamente com base nesta idéia que serão instituídos os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, posteriormente acusados de tribunais de exceção.

⁵ Do original: *“Tant que le droit international a été le droit des États souverains, il n’a pu avoir un système penal propre. Cependant, comme pour valoir pratiquement, tout droit doit comporter des sanctions, celles du droit international ont été établies, en harmonie avec sa nature spéciale, par des moyens empiriques, plus ou moins efficaces, suivant que les violations à reprimer étaient le fait des individus ou celui des gouvernantes”*

No momento em que Politis escreve, estas noções ainda não estão completamente delineadas. Os tribunais de Nuremberg e Tóquio ainda não ocorreram, não há uma grande tendência no Direito Internacional em regulamentar a questão da responsabilidade internacional. Sobretudo a idéia de responsabilidade internacional dos governantes.

A idéia de irresponsabilidade dos governantes⁶ nasce juntamente com a noção de poder absoluto que ganharam os Estados modernos, no momento em que se desvencilharam da influência do papado e do império para dirigir suas políticas internacionais. Os Estados soberanos, influenciados pelas idéias iluministas da modernidade⁷, não mais se submetiam a qualquer força externa à sua própria potestade, de maneira que o julgamento de um governante torna-se algo inadmissível dentro desta ótica.

Esta idéia de irresponsabilidade dos governantes vem a ser quebrada com os julgamentos dos crimes contra a humanidade realizados ao término da Segunda Guerra Mundial através do Tribunal de Nuremberg⁸. Não só com a ruptura com a irresponsabilidade dos governantes contribuiu a experiência de Nuremberg-Tóquio à ciência jusinternacionalista, mas também pela abertura de precedente na criação de tribunais internacionais (embora não-permanentes) para julgamento de determinados crimes internacionais. Neste momento, a comunidade internacional se vê diante da preocupação de consolidar esta experiência jurídica, de maneira que em 1949, vem arrolados na Convenção de Genebra os Crimes contra a Humanidade, que posteriormente serão tipificados no Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Desta maneira, evidenciada a raiz histórica do sistema penal internacional como hoje configurado, traz-se à discussão o posicionamento de autores contemporâneos acerca da responsabilidade internacional criminal. Ian Brownlie (1999, p.565), professor de direito internacional público da Universidade de Oxford, salienta que existem atos ou omissões para os quais o direito internacional impõe responsabilidade criminal, estando elas sujeitas a

⁶ Enrique Ricardo Lewandowski, em seu artigo "O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade", aborda com precisão esta questão da irresponsabilidade dos governantes.

⁷ Sobre o Absolutismo jurídico, ver GROSSI, Paolo . Mitologias Jurídicas da Modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.. trad. Arno Dal Ri Júnior.

⁸ Salienta-se que em 1919, ao término da Primeira Guerra contava no Tratado de Versalhes uma cláusula a fim de levar o imperador Guilherme II a julgamento, mas este fugiu para os Países Baixos onde encontrou auxílio, de maneira que à Alemanha restou apenas o pagamento da indenização.

punição e julgamento por parte de tribunais internacionais ou militares, cuja competência se dá com base nos tratados que os estatuiu.

Importante ressaltar que a noção de crime internacional não vem associada necessária e exclusivamente aos indivíduos e governantes. Existe a possibilidade de Estados serem responsabilizados pela realização de atos ilícitos⁹. Entretanto, nem todo ato ilícito, descumprimento de tratado, violação de pacto possui um caráter criminal. O conceito de crime internacional vem pontuado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, que em seu relatório anual de 1976 prescreve:

Um ato internacionalmente ilícito que resulte da violação por um Estado de uma obrigação tão essencial para a proteção dos interesses fundamentais da comunidade internacional que sua violação seja reconhecida por aquela comunidade como um todo, constitui um crime internacional.¹⁰

Da doutrina brasileira, traz-se à análise a conceituação dada pelo professor Luís Ivani de Amorim Araújo (2000), que define o Direito Penal Internacional como “(...) o conjunto de preceitos jurídicos pactuados pelos Estados que fixam penas para aqueles ilícitos que ofendem o interesse internacional, penas essas que deveriam ser aplicadas por parte de um Organismo Internacional”.

No conceito trazido pela Comissão de Direito Internacional, deve-se perceber a importância do reconhecimento de toda a Comunidade Internacional da prática ilícita. Não se resume unicamente a uma violação de uma regra entre as partes, mas sim a prática de um determinado ilícito que tenha o reconhecimento de toda a Comunidade Internacional. Um conceito que se aproxima muito daquilo que Politis intuiu no início do século. Mesmo afastando-se da idéia de um sistema penal que faça parte da Comunidade dos Estados, ele reconhece o costume como identificador das ilicitudes internacionais.

O reconhecimento é um ponto de extrema relevância neste sentido, uma vez que é com base na emissão de vontades que ainda se percebe a validade de uma determinada norma, no âmbito do direito internacional, para um determinado Estado. Desta maneira, faz-

¹⁰ Do original: An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole, constitutes an international crime.

se necessária uma melhor análise da construção teórica que dá força a este edifício normativo, para que finalmente se possa cruzar estes conceitos com a formação e práticas do Tribunal Penal Internacional.

3. RAÍZES DO VOLUNTARISMO

Diversas correntes de pensamento ao longo da história lançaram mão da filosofia e da sociologia para fundamentar o Direito Internacional. Desde sua formação, em virtude das idéias que então se encontravam em voga, a ciência do Direito Internacional estava diretamente associada à chamada concepção jusnaturalista, que entendia a natureza humana como seu fundamento (TOUSCOZ, 1993, p.42). Os primeiros estudiosos¹¹ a se debruçarem sobre o tema analisaram o fenômeno de uma perspectiva teológica, alegando que essa natureza humana possuía um cunho espiritual – o chamado jusnaturalismo espiritualista – que posteriormente, principalmente após os trabalhos de Hugo Grotius, transmutaram-se numa laicização do Direito Internacional, transferindo o caráter divino para a racionalidade humana¹².

Em oposição a esta maneira de pensar que predominou do século XVI ao XIX, uma outra corrente de pensamento ganhou força, principalmente quando colocou o fundamento do Direito Internacional na vontade dos Estados: o voluntarismo, corrente da qual Dionisio Anzilotti (1867-1950) foi um dos principais expoentes.

Em seu *Corso di Diritto Internazionale*, Anzilotti (1964, p.45) sustenta que direito internacional, ou seja, o ordenamento jurídico da comunidade dos Estados, é composto das normas que encontram no *pacta sunt servanda*¹³ o fundamento de sua existência. Faz referência que, ao contrário do direito interno, o princípio do *pacta sunt servanda* não

11 É comum aos historiadores do Direito Internacional considerar os padres Francisco de Vitória (1480-1586) e Francisco Suarez (1548-1617), como os primeiros a se debruçar sobre o tema da comunidade dos Estados soberanos e sua juridicidade. Ver em DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público* 2ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p.56.

12 “Segundo esta doutrina, o homem é, por natureza, um ser dotado de razão, e essa capacidade que permite analisar, compreender o cosmo e deste modo, o dominar e transformar, e que regula igualmente as relações dos homens entre si com a sociedade. As sociedades humanas organizam-se de acordo com a razão e são regidas por regras e instituições jurídicas racionais, que tendem a permitir a vida em comum, a manter a ordem, a segurança e a paz, assim como a justiça e o desenvolvimento”. In: Touscoz. 1993. p.43.

13 Numa tradução livre, “os pactos devem ser cumpridos”. Em termos de direito internacional, o princípio significa dizer que os Estados devem respeitar os pactos firmados entre eles.

repousa sobre uma norma superior; é ele a norma suprema¹⁴ (ANZILOTTI, 1964, p. 44-45). Significa dizer que é no próprio compromisso, na declaração da vontade, que se encontra no âmbito internacional a força “coatora” que no direito interno a figura do Estado representa. Em que pese não existir no direito internacional tal figura hierarquicamente superior, não se pode declarar uma “anarquia” exatamente pelo fato de no *pacta sunt servanda* se fundamentar tal ordenamento, ou seja, na vontade dos Estados e no seu próprio compromisso de respeitar as normas das quais é criador.

A concepção de Anzilotti baseando na vontade e no cumprimento dos pactos é diretamente oposta aquela do jurista italiano Santi Romano. Em sua visão institucionalista, Romano (1939, p.31) afirma que a principal fonte do Direito Internacional são os princípios fundamentais e constitucionais que o regem; seguidos pelo costume, e somente então, viriam os pactos e convenções que são “(...) a fonte mais freqüente do direito internacional público” (ROMANO, 1939, p.35), embora ainda para ele nem todas as convenções sejam fontes. Romano tece críticas à concepção voluntarista de Anzilotti.

Se para outros juristas de cunho antiformalista os tratados perdem força, dentro da teoria de Anzilotti os tratados ganham papel de protagonista porque representam “(...) a declaração explícita da harmônica vontade de dois ou mais Estado de possuir um determinado comportamento recíproco” (ANZILOTTI, 1946, p.45). É nos tratados que encontramos cristalizado o próprio direito internacional.

O caráter voluntarista da obra de Anzilotti é inegável e sobre seu prisma podemos analisar sua concepção de resolução pacífica de controvérsias, ou melhor, do direito que regula a solução destas controvérsias, posteriormente utilizado para fundamentar a própria submissão a um determinado tribunal. Por isso é fundamental compreender a dualidade entre Estado como criador e como sujeito da ordem jurídica internacional. Sobre ela, dispõe Anzilotti (1915, p. 2)

Tanto na ordem internacional, quanto na ordem interna, o Estado aparece em uma dupla veste: de um lado ele é o criador do Direito, o constituidor da ordem jurídica;

14 Do original: “Ogni ordinamento giuridico consta di un complesso di norme, che desumono il loro valore obbligatorio da una norma fondamentale, allá quale tutte, direttamente o indirettamente, si riconducono. La norma fondamentale determina pertanto quali sono le norme che compongono un dato ordinamento giuridico e lê raccoglie ad unità. Ciò che distingue l’ordinamento internazionale è che in esso il principio *pacta sunt servanda* non riposa come nel diritto interno, sopra una norma superiore; è esso stesso la norma suprema. La regola secondo cui ‘gli Stati devono rispettare i patti conclusi fra loro’ costituisce pertanto il criterio formale, che distingue le norme di cui parliamo dalle altre e lê raccoglie ad unità. (...) Queste norme costituiscono il diritto internazionale, cioè ‘l’ordinamento giuridico della comunità degli Stati’”

do outro lado é um dos sujeitos da mesma ordem jurídica. A atividade que o Estado aparece como criador do direito é atividade pré-jurídica, portanto, em sua substância, não limitada pelo direito, nem suscetível de ser juridicamente valorada: nesta esfera o Estado está sobre e fora do direito, opera segundo ideologia ou interesse que ele mesmo livremente valora; os atos que realizam podem ser eticamente bons ou maus, conforme a justiça ou não, mas não podem ser jurídicos ou antijurídicos, porque falta a norma que possa dizer-se respeitada ou violada¹⁵.

Desta forma, considera-se em Anzilotti atividades jurídicas do Estado aquelas que este realiza como sujeito do mesmo direito que cria, que executa com base em normas jurídicas previamente constituídas, às quais coloca-se submetido. Para Anzilotti, neste campo o Estado possui direitos e deveres no verdadeiro e próprio sentido da palavra, faculdades pactuadas e limitações impostas por normas obrigatórias¹⁶ (ANZIOTTI, 1915, p. 3).

São essas normas obrigatórias, as quais os Estados forjam enquanto criadores e se submetem como sujeitos, que justificariam, dentro da teoria voluntarista, o cumprimento e repressão de normas que a Comunidade Internacional reconhecem como ilícitas, ou seja, os crimes internacionais. Ao longo do século XX pode-se observar o surgimento de uma série de convenções visando a repressão de determinadas práticas internacionais consideradas delituosas¹⁷. Lentamente foi-se construindo um arcabouço jurídico, um arcabouço sobretudo normativo, na esfera criminal internacional, que contribuiu para o nascimento do Tribunal Penal Internacional.

3. A FORMAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O VOLUNTARISMO

Se havia algum intento em coibir experiências bélicas posteriores com a repressão realizadas nos Tribunais Militares de Nuremberg-Tokio, deste intento resultou o insucesso. Não foram poucos os conflitos armados pós Segunda Guerra Mundial, e dois deles em especial ganharam a atenção da Comunidade Internacional nos anos de 1993 e 1994,

¹⁵ Do original: "Tanto nell'ordine internazionale, quanto nell'ordine interno, lo Stato ci apparisce in una duplice veste: da um lato esso è il creatore Del diritto, il costituente dell'ordine giuridico; dall'altro è uno dei subietti dell'ordine giuridico stesso. L'attività che lo Stato esplica come creatore Del diritto è l'attività pregiuridica, quindi, nella sostanza sua, non limitata dal diritto, nè suscetibile di esser giuridicamente valutata: in questa sfera lo Stato è al di sopra e al di fuori Del diritto, opera secondo idealità o interessi che esso medesimo liberamente valuta; gli atti che compie possono essere eticamente buoni o malvagi, conformi a giustizia o no, ma non possono essere giuridici o anti-giuridici, perchè manca la norma che possa dirsi rispettata o violata."

¹⁶ Do original: "In questo campo lo Stato ha diritti e doveri nel vero e proprio senso della parola, facoltà accordate e limitazioni imposte da norme obbligatorie"

quando o Conselho de Segurança das Nações Unidas criou dois Tribunais *ad hoc* para julgar os crimes cometidos na ex-Iugoslávia e em Ruanda.

Tendo como base de ação o Capítulo V da Carta das Nações Unidas, em que são arroladas suas competências de manutenção da paz e segurança internacionais, o Conselho de Segurança foi criticado pela criação destes tribunais *ad hoc*. Mais uma vez retomou-se a discussão de serem os não tribunais de exceção, adicionada do fato de não haver norma internacional *específica* para o “julgamento de pessoas que praticaram delitos em conflitos considerados de caráter interno” (LEWANDOWSKI, 2002, p.190).

Desta maneira, a Comunidade Internacional viu-se diante da necessidade da criação de um tribunal permanente para o julgamentos de crimes internacionais¹⁸, a fim de evitar todas as discrepâncias e seletividade dos tribunais *ad hoc*. Seletividade esta que impediu, por exemplo, o julgamento dos crimes cometidos no Camboja, uma vez que foi utilizado o veto no Conselho de Segurança.

Nasce então o Tribunal Penal Internacional, consolidando todo o trabalho que a ciência jusinternacionalista vinha executando nos últimos 50 anos, seja através dos trabalhos de tentativa de codificação da responsabilidade internacional, seja as convenções de Genebra de 1949 que previam a proteção aos direitos humanos e previa a repressão aos crimes contra a humanidade. O Estatuto de Roma, seu tratado fundador, foi assinado em junho de 1998, mas que de acordo com seu artigo 126, só entraria em vigor quando alcançasse 60 ratificações por parte dos Estados, o que aconteceu em 2002. Até julho de 2009, 110 Estados ratificaram suas assinaturas.

Resgata-se aqui as palavras de Politis (1927, p.139-140), que no início do século falava da jurisdicionalização do direito internacional. Ou seja, uma tendência de transferir a tribunais permanentes a capacidade de resolver os conflitos acerca da discordância quanto às normas internacionais.

Se naquele momento histórico o jurista francês afirmou que não era possível ainda ter-se um sistema penal internacional, pode-se evidenciar aqui as diferenciações entre o modelo de responsabilização anterior e posterior aos Tribunais de Nuremberg-Tóquio. Não

¹⁸ Houve uma tentativa neste sentido já na metade do século XX, mas ainda era bastante forte a idéia de irresponsabilidade dos governantes. Para saber mais, LEWANDOWSKI, 2002. p.189.

só estes foram os grandes marcos do direito penal internacional, como também o surgimento da Organização das Nações Unidas, que catalisou todo o direito internacional, codificando-o e também agindo, através do Conselho de Segurança, na repressão de crimes internacionais por meio da criação de tribunais *ad hoc*.

Por fim, chama-se aqui a atenção a toda a fundamentação que rege a dinâmica do Tribunal Penal Internacional. Com este, veio também todo um complexo normativo que varia desde a tipificação dos crimes contra a humanidade¹⁹, crime de genocídio²⁰, crimes de guerra²¹ e crimes de agressão²², como também uma ampla instrumentação processual, dispositivos que regulam a apresentação de provas, as evidências dos crimes, enfim, regem todo o processo deste tribunal²³.

A presença de um tribunal internacional permanente para punir os crimes internacionais representa uma destas grandes diferenciações da ciência jusinternacionalista que renunciou *Politis*. Não se pretende ignorar todas as críticas que tem recebido o Tribunal. Em verdade, a maioria delas se dá exatamente por este cunho voluntarista que ainda permeia a Comunidade dos Estados. A teoria voluntarista de Anzilotti, por exemplo, não responde completamente a todos os fenômenos internacionais da atualidade, mas podemos encontrar seus elementos pulverizados em algumas noções, como o não-reconhecimento de um tratado internacional, por exemplo. A ex-presidente da Corte

¹⁹ De acordo com o artigo 7º. do Estatuto de Roma, entende-se por «crime contra a Humanidade» qualquer um dos actos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência à força de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais do direito internacional; f) Tortura; g) Violação, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou colectividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de sexo, tal como definido no n.º 3, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis em direito internacional, relacionados com qualquer acto referido neste número ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de apartheid;

²⁰ Em seu artigo 6º, o Estatuto de Roma conceitua o crime de genocídio: a) Homicídio de membros do grupo; b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial; d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo

²¹ No artigo 8º do Estatuto de Roma, entende-se como crimes de guerra: a) as violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes actos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente. b) outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no quadro do direito internacional

²² Apenas referindo-se ao crime de agressão em suas competências, o Estatuto de Roma não estende-se sobre esta tipificação como faz com as demais. Existe um debate sobre qual seria este crime de agressão No parágrafo segundo do artigo 5º do Estatuto, o próprio tribunal evidencia esta lacuna: "O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121.º e 123.º, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas."

Internacional de Justiça, Rosalyn Higgins (2000. p.186) relembra que “a competência dos tribunais internacionais é essencialmente fundada no consentimento”, e é com base nesse consentimento que é possível também se eximir de sua competência. Estados Unidos, Rússia e Israel, por exemplo, não fazem parte do Estatuto de Roma, não estando sujeitos à sua jurisdição.

Muito recentemente veio à discussão o caso de Darfur, no Sudão (ICC-02/05), em que o Tribunal Penal Internacional expediu um mandado de prisão contra o presidente do país, Omar Hassan al-Bashir, acusado de crimes de guerra e crimes contra a humanidade na região sudanesa de Darfur. O Sudão, não sendo signatário do Tribunal Penal Internacional, afirma não estar violando o direito internacional porque não é signatário do Estatuto de Roma, ou seja, não há vontade expressa por parte daquele Estado em compactuar com estas determinadas normas. O presidente do Sudão ainda provocou: “Nenhuma corte pode me tocar” (ESTADÃO).

Não são raros os comentários jornalísticos acerca da ineficácia do sistema penal internacional neste caso. Entretanto, como salientado anteriormente, não se pode buscar simetria no direito interno quando se pretende analisar a comunidade internacional, é um direito de natureza diversa (ROMANO, 1939), inerente à comunidade em que está inserido. Outras dinâmicas e princípios o regem e isto se reputa diretamente às práticas antigas e contemporâneas da comunidade internacional. A principal sinalização disso é a possibilidade de um tribunal internacional expedir um mandado de prisão contra um Chefe de Estado, algo completamente inimaginável no início do século. Como salienta Lewandowski (2002, p.195), o tribunal penal internacional levou “de uma cultura da impunidade para uma cultura de responsabilidade”, resta agora compreendê-la.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do direito penal internacional encontra no último século marcos importantes para sua compreensão na atualidade: Nuremberg-Tokio, os Tribunais *ad hoc* do Conselho de Segurança da ONU, e por fim o Tribunal Penal Internacional Desta maneira, faz-

²³ O Estatuto de Roma, Regras de Processo e Evidência, Elementos de Crimes, Regulamentos da Corte, entre outros dispositivos podem ser

se necessário o entendimento das teorias que embasam determinadas práticas a fim de que se possa identificar discursos que legitimam ou repelem as práticas internacionais.

O Tribunal Penal Internacional faz parte de todo um processo de transfiguração do Direito Internacional, de que maneira o Estatuto de Roma incorporou uma série de noções anteriores (como a Convenção de Genebra de 1949, por exemplo) no seu rol de instrumentos jurídicos para implementação do Direito Penal Internacional.

A teoria voluntarista ainda representa o papel das colunas de um edifício antigo, cuja fundação é o costume e a fachada são os tratados. Ela exerce na contemporaneidade forte influência sobre o Direito Internacional, principalmente quando diz respeito à dinâmica dos tribunais, de sua competência e aceitação. Seus prognósticos são antigos, mas ainda assim ela se faz presente na atualidade, mesmo que pulverizada nos costumes e em algumas práticas internacionais. Necessário é perceber em que momentos ela legitima práticas e discursos, de que maneira ela reverbera a realidade dos fatos, e quando ela serve como válvula de escape para as dinâmicas de poder.

REFERÊNCIAS

ANZILOTTI, Dionísio. *Corso di Diritto Internazionale. Volume Primo. 3ª.ed. Padova: Cedam 1964.*

_____. *Corso di Diritto Internazionale. Volume Terzo. Roma: Athenaeum 1915.*

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Direito Internacional Penal. Delicta Iuris Gentium. Forense: Rio de Janeiro, 2000.*

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law. Fifth Edition. Oxford: Oxford University Press, 1999.*

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Report of the International Law Commission on the work of its twenty-eighth session, Official Records of the General Assembly, Thirty-first session, Supplement No. 10, 3 Maio - 23 Julho 1976

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

ESTADÃO. 18 de Março de 2009. “Nenhuma corte pode me tocar, diz presidente do Sudão.”

Disponível em<<http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,nenhuma-corte-pode-me-tocar-diz-presidente-do-sudao,340773,0.htm>>

HIGGINS, Rosalyn. *Problems & Process. International Law and How we use it. Clarendon Press: Oxford, 2000.*

KOSKENNIEMI, Martti. *El discreto civilizador de Naciones: el auge y la caída del derecho internacional 1870-1960. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina. 2005. Trad. Natalia Zaragoza.*

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade.. *Estudos Avançados, São Paulo, v. 45, p. 187-197, 2002*

POLITIS, Nicolas. *Les Nouvelles Tendances Du Droit International. Libraire Hachette: Paris, 1927*

ROMANO, Santi. *Corso di Diritto Internazionale. 4ª ed. Cedam: Padova, 1939.*

TOUSCOZ, Jean. *Direito Internacional. Trad. Nuno Canas Mendes. Lisboa: Publicações Europa-América, 1993.*

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Caso 02/05 (ICC-02/05)