



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE – FDR

DÉBORA DE LIMA PADILHA

**A SELETIVIDADE PENAL NA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL
INTERNACIONAL: A OMISSÃO DA CORTE PERANTE CRIMES ATRIBUÍDOS A
NACIONAIS DE GRANDES POTÊNCIAS MUNDIAIS**

RECIFE

2019

DÉBORA DE LIMA PADILHA

**A SELETIVIDADE PENAL NA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL
INTERNACIONAL: A OMISSÃO DA CORTE PERANTE CRIMES ATRIBUÍDOS A
NACIONAIS DE GRANDES POTÊNCIAS MUNDIAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Área de Conhecimento: Criminologia, Direito Penal Internacional e Direito Internacional Público.

Orientador: Prof. Dr. Jayme Benvenuto Lima Júnior

Coorientadora: Prof^ª. Dra. Marília Montenegro Pessoa de Mello

Recife

Autor: Débora de Lima Padilha

Título: A seletividade penal na atuação do Tribunal Penal Internacional: a omissão da Corte perante crimes atribuídos a nacionais de grandes potências mundiais

Trabalho Acadêmico: Monografia Final de Curso

Objetivo: Obtenção do Título de Bacharel em Direito

UFPE – Universidade Federal de Pernambuco

Áreas de Conhecimento: Criminologia, Direito Penal Internacional, Direito Internacional Público.

Data de Aprovação:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Jayme Benvenuto Lima Júnior (Orientador)

Prof^(a). Dr(a).

Prof^(a). Dr(a).

AGRADECIMENTOS

À minha família, Valéria, Carlos Eduardo, Arthur, Isabella e Luciana que, cada um à sua maneira, sempre lutaram bastante para que trilhasse meu caminho da melhor forma possível, não medindo esforços para que eu tivesse todo o suporte e amor que precisasse.

Ao meu orientador Jayme Benvenuto, pela atenção e contribuição em nossos encontros, sempre disponível e trazendo o freio necessário para a realização do trabalho. À minha coorientadora Marília Montenegro, exemplo de docente, por ter sido meu primeiro contato com a Criminologia Crítica no início do curso e por ter me auxiliado no que fosse possível nos últimos meses.

Aos amigos/as que fiz na graduação, por dividirem a experiência, os anseios, as frustrações, a militância e me fazerem ter profundo orgulho das pessoas que me acompanharão não só na vida profissional, como também na vida pessoal. Obrigada por tanto.

Às minhas amigas do colégio, por sempre permanecerem, me apoiarem e serem abrigo durante toda e qualquer fase da minha vida.

À Defensoria Pública da União, instituição que me deu uma nova perspectiva sobre a atuação profissional, me fazendo reconhecer privilégios e buscar sempre uma justiça inclusiva. Aos amigos/as que lá fiz, pelos debates que fomentaram inquietações necessárias e, principalmente, pelo carinho que adquirimos nessa convivência. Em especial, a Tarcila Maia, por ser inspiração profissional e acadêmica que contribuiu bastante para o meu crescimento profissional e pessoal nos últimos tempos.

À Casa de Robeyoncé, seus/as professores/as, servidores/as e terceirizados/as, por constituírem um lugar que, apesar de tudo, contribuiu para que me tornasse uma pessoa melhor.

Por último, a todas as mulheres que cruzaram o meu caminho nessa graduação, me levantando e me inspirando de alguma forma.

RESUMO

O propósito do presente trabalho é realizar uma análise, à luz da criminologia crítica, acerca da atuação do Tribunal Penal Internacional desde a sua criação e a possível omissão da Corte quando da possibilidade de investigar crimes cometidos por indivíduos nacionais de potências mundiais. Busca-se demonstrar como o sistema penal internacional reproduz a doutrina do direito penal do inimigo, de forma que sua atuação é voltada para situações e indivíduos de países que historicamente sofreram grandes processos de colonização e, diferente do discurso sob o qual o mesmo surgiu, não acaba com a impunidade de grandes violações de direitos humanos. Investiga-se se, por razões político-econômicas, o Tribunal Penal Internacional se utiliza de termos indeterminados para evitar a interferência em países dominantes, demonstrando a parcialidade perante o jogo de forças global. A análise será realizada através do estudo das situações sob tutela da Corte, com enfoque no indeferimento da possível investigação dos crimes cometidos no Afeganistão, dentre os quais alguns teriam como autores indivíduos de nacionalidade norte-americana.

PALAVRAS-CHAVE: criminologia crítica; seletividade; direito penal internacional; tribunal penal internacional;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. UMA EVOLUÇÃO TEÓRICA DA SELETIVIDADE DOS SISTEMAS PENAIIS	8
1.1. A seletividade e o inimigo no Direito Penal.....	8
1.2 A seletividade penal internacional: as influências do sistema de poder político e econômico internacional	14
2. A DIVERGÊNCIA ENTRE A OPERACIONALIDADE PRETENDIDA E ALCANÇADA PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	21
2.1 “A estrada para Roma”: da necessidade de criação de um Tribunal Penal Internacional até a sua efetivação.....	21
2.2. Os limites normativos da atuação da Corte: a jurisdição e a admissibilidade do Tribunal Penal Internacional	26
2.3. Os casos julgados no Tribunal Penal Internacional e a sua evidente seletividade	30
3. DA OMISSÃO DO TRIBUNAL FRENTE ÀS GRANDES POTÊNCIAS MUNDIAIS: A DECISÃO Nº ICC-02/17-33 DE 12 DE ABRIL DE 2019	40
3.1. O conflito entre o Estados Unidos e o “inimigo” Afeganistão	40
3.2. A (ausente) responsabilização de crimes cometidos pelos Estados Unidos no Afeganistão e o “Interest of Justice”	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO

Este trabalho surgiu com o intuito de analisar, através de uma perspectiva criminológico-crítica, como o sistema penal internacional, personificado no Tribunal Penal Internacional, tem se operacionalizado até a presente data. Suscita-se a hipótese de que o mesmo, semelhantemente aos sistemas penais internos, atua de forma seletiva e é omissa perante a responsabilização de um grupo ao ser influenciado por elementos não-jurídicos.

Necessário salientar que reconhecemos a pertinência do órgão e o avanço que sua efetivação configurou para o Direito Internacional. Pretende-se, no entanto, analisar a sua operacionalidade de forma a denunciar as falhas na sua atuação, que se afasta bastante do discurso jurídico penal sob o qual o TPI foi criado.

O trabalho se estruturou em três capítulos. O primeiro analisa os marcos teóricos da pesquisa, dispondo sobre o conceito de inimigo no direito penal de como os sistemas penais são seletivos e atuam apenas sobre alguns, mesmo que as condutas delituosas sejam predominante sobre todos. Além disso, estende-se a seletividade penal para o âmbito internacional, já que, de acordo com autores/as da criminologia, o sistema internacional também estaria fadado a realizar uma justiça seletiva por essa ser uma característica inerente aos sistemas punitivos.

O segundo capítulo aborda, primeiramente, o contexto histórico do surgimento do Tribunal Penal Internacional, para que seja compreendido sob que discurso jurídico a Corte foi criada. Após isso, tratamos sobre os limites normativos da jurisdição do Tribunal, os quais interferem diretamente na forma que esse atua e normalmente são a “justificativa” para a atuação seletiva do tribunal. Ainda neste capítulo, analisamos a atuação da Corte até a atualidade, tecendo alguns comentários sobre o rol de condenados e, também, sobre os casos em andamento na Corte atualizados até setembro/2019.

Por fim, o terceiro capítulo analisa a decisão proferida em 12 de abril de 2019 pela II Câmara de Pré-Julgamento do TPI, oportunidade em que os juízes decidiram que o pedido para investigar os supostos crimes cometidos no Afeganistão a partir de 2003, situação que atribuía diversos crimes a agentes nacionais dos Estados Unidos, não seria deferido em razão do interesse da justiça. Examina os fundamentos utilizados na decisão e os contrapõe com o que alguns autores/as entendem como critérios para aferir o indeterminado “interesse da justiça”.

1. UMA EVOLUÇÃO TEÓRICA DA SELETIVIDADE DOS SISTEMAS PENAIIS

1.1. A seletividade e o inimigo no Direito Penal

Em primeiro lugar, é necessário expor que este trabalho de pesquisa pretende analisar a problemática apresentada sob a ótica da Criminologia Crítica. Para que seja possível compreender a seletividade dos sistemas penais, sejam estes nacionais ou, no caso em análise, internacionais, é mister que consideremos as condições estruturais e econômico-políticas da criminalização. Assim, neste capítulo, procura-se abordar a seletividade sob a perspectiva do Direito Penal do Inimigo, entendendo o mencionado conceito para que possa ser aplicado ao jogo de forças internacional.

As escolas críticas da criminologia não apresentam uma única forma de pensamento. Essas surgiram na década de 1970 e promoveram diversas linhas de pensamento que proporcionaram a quebra epistemológica da criminologia tradicional. Para a presente análise, no entanto, utiliza-se o viés unificado das formulações críticas da criminologia: o seu método de estudo, o materialista-dialético, o seu objeto, a reação social ao crime, e o seu compromisso com a modificação das desigualdades econômico-sociais existentes¹.

A Criminologia Crítica surge levantando a questão de que a criminalidade trata-se de uma questão bem mais complexa do que as correntes que a antecedem expuseram. Alessandro Baratta² sustenta que essa corrente compreende que a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica, mas sim um *status* atribuído a determinados indivíduos que se dá através de uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e, em consequência, as condutas tipificadas que ofendem tais bens; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam tais condutas tipificadas.

O paradigma da Reação Social parte dos conceitos de “conduta desviada” e “reação social” como termos interdependentes que definem que o desvio e a criminalidade são direcionados a determinados sujeitos através de processos formais e informais de seleção³. A criminalidade torna-se um duplo processo de etiquetamento: primeiro, quando o legislador define as condutas que serão tipificadas e necessitarão do controle estatal e, segundo, a seleção na incidência deste

¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 3ª ed. Curitiba: ICPC: Lúmen Júris, 2006. 125

² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal**. 6ª ed. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2011. P. 161

³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P. 51

controle ao estigmatizar certo grupos como criminosos dentre todos os que praticam essas condutas.

Vera Andrade⁴ pontua que a criminalidade é uma questão constante na maioria da população – de todos os estratos sociais. No entanto, se a clientela do sistema punitivo é regularmente composta por indivíduos de baixos estratos sociais, ora, a autora suscita que há a demonstração de um processo de seleção que qualifica um grupo específico como criminosos.

A análise do sistema penal e das condutas consideradas criminosas não pode ser feita sem contextualização. A importância do citado método material-dialético para uma análise criminológica é a de que esse traz a congruência com a realidade, onde as instituições penais nacionais e internacionais são influenciadas por fatores político-econômicos, a depender de cada momento histórico.

Zaffaroni⁵ leciona que, ao estender a abrangência da criminologia ao estudo do sistema penal, revela-se o funcionamento seletivo do sistema, o classismo, o racismo, sua irracionalidade em relação aos fins que o discurso jurídico lhe atribui e, definitivamente, a íntima conexão com o poder.

Deste modo, a análise da criminalidade está intimamente ligada à análise das desigualdades. Afinal, de acordo com Baratta⁶ o sistema penal se apresenta “como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema social global, isto é, das relações de poder e de propriedade existentes, mais que como instrumento de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos”.

O discurso jurídico do direito penal se baseia, na teoria, na ideia de defesa social, de que todos os males da sociedade serão combatidos – e todos os indivíduos serão protegidos - o que não se verifica na realidade dos sistemas punitivos. A falsidade do discurso, no entanto, não deve ser considerada como má-fé ou como um plano maligno, pois tal entendimento seria decerto simplista.

⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social: Mudança e Permanência de Paradigmas Criminológicos na Ciência e no Senso Comum**. Seqüência – Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis: UFSC, 1995. P. 31

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología - Aproximación Desde Un Margen**. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2003. P. 8, tradução nossa.

⁶ BARATTA, Alessandro *apud* ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P. 57

É importante compreender que o discurso se sustenta pela ausência de outro que possa substituí-lo, haja vista a necessidade de proteger os direitos de alguns indivíduos⁷.

A diferença entre o discurso e a prática ocorre como consequência da principal característica do sistema punitivo: o confisco do conflito⁸, no qual o sistema punitivo estatal toma o lugar da vítima na hora de dirimir a situação. No estudo da história das penas, é notório o gradual afastamento das penas corporais, a consequente concentração do poder político e a ressignificação da questão criminal como ação política estatal e não com a participação da vítima.

Ao trazer para si a legitimidade de agir perante o comportamento desviante, o poder público adquiriu uma enorme capacidade de decisão nos conflitos e, consequentemente, de arbitrariedades: seleciona as pessoas sobre as quais quer que o sistema incida e também como se dará tal incidência. Tal seleção penalizante, consoante ensinamentos de Zaffaroni, “não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto das agências que formam o sistema penal”⁹.

Neste sentido, lecionou Foucault:

que o crime não é uma virtualidade que o interesse ou as paixões introduziram no coração de todos os homens, mas que é coisa quase exclusiva de uma certa classe social [...] que nessas condições seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem¹⁰

Tendo isto em mente, é necessário compreender que a citada seletividade penal é estabelecida através da definição de “inimigos” da sociedade. Quase todo o direito penal do século XX solidificou-se admitindo que alguns seres humanos são perigosos e merecem o controle penal, circunstância que não se aplicaria a um grupo seletivo da sociedade que seria considerado como “cidadãos”.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P. 14

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 30

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. et al. **Direito Penal Brasileiro I**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. P. 43

¹⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 42ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. P. 270

O conceito de inimigo advém do estado romano que distinguia entre o *inimicus* e o *hostis*, sendo o primeiro o inimigo pessoal e o segundo o inimigo político, ao qual se declarava guerra e se limitavam os direitos¹¹.

A essência desta categoria está, de acordo com Zaffaroni¹², no “estrangeiro, no estranho, que era aquele que era privado dos direitos mínimos e estava fora da comunidade”. O estrangeiro, ainda de acordo com este autor, “é o núcleo troncal que abarcará todos que incomodam o poder, os insubordinados, indisciplinados ou simples estrangeiros que, como estranhos, são desconhecidos e, como todo desconhecido, inspiram desconfiança e, por conseguinte, tornam-se suspeitos por serem supostamente perigosos”. Divide-se a sociedade em dois grupos considerados diferentes – os cidadãos e os inimigos.

Juarez Cirino dos Santos¹³, em uma reeleitura da obra de Günther Jakobs, explica que mesmo quando a pena determinada para o cidadão ocorresse, sucederia apenas como uma reação contra-fática para afirmar a validade da norma. Não ocorreria, portanto, em oposição ao fato criminoso que efetivamente ocorreu, cuja natureza a pena – em tese - pretende reprimir. O fato e a pessoa que o cometeu – inserida no grupo de cidadãos - seriam tratados de forma simbólica sem retirar a sua condição de pessoa. Já a pena para o indivíduo enquadrado no grupo de “inimigos” seria uma medida dotada do efeito físico de custódia de segurança, em antecipação ao fato futuro do crime, de maneira preventiva a algo que ainda não aconteceu. Para esse último, a condição de pessoa não era garantida.

Tal concepção, no entanto, é inconcebível com o Estado Democrático de Direito, a julgar que neste as condições mínimas de dignidade humana devem ser garantidas a todas as pessoas, o que não acontece com os declarados “inimigos da sociedade”¹⁴. Em negativa a essa percepção, argumenta-se que tais contenções só ocorrerão quando estritamente necessário para a neutralização do perigo do “inimigo”, de forma que estaria respeitado o Estado de Direito. Todavia, a problemática é a de que tal necessidade invocada não possui limites, já que os limites são estabelecidos por quem é o detentor do poder.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 21-22

¹² Idem. Ibidem.

¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <http://icpc.org.br/artigos/>. Acesso em 15 de agosto de 2019. P. 3

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 25-26

A importância de considerar o anteriormente mencionado contexto material-histórico é demonstrada ao verificarmos que, nos diversos momentos da história, existe a delimitação do grupo “diferente” considerado como “inimigo” da sociedade.

O poder punitivo da Idade Média, regido pela Igreja Católica, tinha como inimigo principal a figura do Satã e elegia como inimigos os estranhos, os autores de delitos graves, os opositores políticos e as mulheres consideradas “bruxas”. Para esse “outro” não era suficiente apenas eliminá-lo, mas sim fazê-lo com crueldade para demonstrar a superioridade do soberano e reconstituir a soberania lesada por um instante¹⁵. Já a revolução inquisitorial substituiu o Satã pela ignorância e, como resultado, se evidenciou o desejo irrestrito pela verdade. A busca pelo saber (que seria necessariamente para o bem) legitimou qualquer tipo de violência que viesse como obstáculo para tal¹⁶.

Com a revolução industrial e a nova classe hegemônica de industriais e comerciantes no poder, reiterou-se a dualidade nos tratamentos dos iguais e dos considerados “indesejáveis”, cujo número aumentou consideravelmente em razão da urbanização. Considerando as diversas modificações nos contextos econômico e social, como o aumento geral da riqueza, um grande crescimento demográfico, o surgimento de novas formas de acumulação de capital e o fortalecimento da burguesia, a seletividade foi expandida, mas tornou-se funcional ao crescimento e à expansão da nova classe social¹⁷.

No século XX, manifesta-se um autoritarismo cujo poder repressivo ocorreu de forma genocida, através da criação de sistemas penais subterrâneos: desaparecimentos, torturas e execuções policiais em massa, sem quaisquer limites e leis. O inimigo da vez seria o judeu, juntamente com as minorias, fruto da intolerância e irracionalidade do regime nazista¹⁸.

Com o século XXI, surge, nos termos de Zaffaroni, o autoritarismo *cool*. Passadas as Grandes Guerras e a Guerra Fria, os Estados Unidos emergem como potência hegemônica incontestável, fato o qual teria gerado um grande fluxo de imigrantes em seu favor. No momento de uma economia focada inteiramente nos serviços, juntamente a uma quantidade de pessoas que o mercado não conseguiria absorver por completo, o sistema penal deste período se transformou

¹⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 42ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. P. 50-51

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. . **O inimigo do direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 34-36

¹⁷ Idem, p. 54

¹⁸ NASCIMENTO, João Luiz Rocha. É O Direito Penal do Inimigo um Inimigo do Direito? In: **CONPEDI**; UFSC. (Org.). 23ª ed. Florianópolis/SC, p. 122-149, 2014. P. 128 Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8810db09a185af4c>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

em um fator de redução da taxa de desemprego e de plena ocupação¹⁹. A legislação penal se aproximou de institutos inquisitórios sob a justificativa genérica de acabar com o crime organizado.

Outro momento histórico pertinente à compreensão do fenômeno do “inimigo” é o ataque terrorista às torres gêmeas em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos. Nesse momento, uma espécie de ruptura paradigmática se deu no direito penal e processual estadunidense, tornando a legislação (ainda) mais dura, sob a justificativa do alegado necessário combate ao terrorismo. Isto representou (e representa) a adoção da doutrina do inimigo do direito penal ao máximo em um país que se denominava como o “defensor perpétuo da liberdade e dos direitos humanos”²⁰. A partir deste momento, a legislação penal passou a permitir a prática de prisões de indivíduos apenas por sua etnia. O imigrante foi colocado como grande protagonista do “outro”, situação que gerou o conflito que será comentado no terceiro capítulo deste trabalho.

Como a identificação de um novo “inimigo” é sempre resultado de um entrave de poder, aquele que se torna hegemônico acaba impondo seu discurso de emergência²¹. Após o crime organizado, o foco da estigmatização estaria no grupo alvo do novo discurso: os imigrantes.

Ocorre que, devido à globalização e a posição dos Estados Unidos após o fim da União Soviética (em que não havia outra potência capaz de fazer frente ao seu poder ou desafiá-lo)²², seria inevitável que as mudanças que ocorreram nos Estados Unidos não tivessem consequências ao redor do globo, como exemplo da América Latina.

Esse breve apanhado histórico sobre o tema demonstra que o grupo dos “indesejáveis” ou do “outro”, na maioria das vezes, é definido por questões socio-ecomônicas ou até mesmo por decisões arbitrárias que servem ao poder hegemônico, já que, ao analisarmos os períodos mencionados, podemos verificar que a configuração das classes mais vulneráveis como alvo do direito penal é uma constante.

Foucault acertadamente leciona que “a penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades”, visando “excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. . **O inimigo do direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 61

²⁰ NASCIMENTO, João Luiz Rocha. É O Direito Penal do Inimigo um Inimigo do Direito? In: **CONPEDI**; UFSC. (Org.). 23ª ed. Florianópolis/SC, p. 122-149, 2014. P. 129 Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8810db09a185af4c>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. . **O inimigo do direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 67

²² HOBBSAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. P. 157

daqueles”. A criminalidade diferenciaria os comportamentos desviantes e a maneira de controlá-los servindo aos interesses de uma classe e diversos mecanismos de dominação²³.

Jean Bodin²⁴, em um contexto bem anterior às discussões contemporâneas, ressaltava que a seletividade do sistema já era demonstrada mesmo quando recaía sobre aqueles que não pertencem aos estratos sociais mais vulneráveis. O autor expõe que, para este grupo, as execuções serviriam “apenas exemplarmente, ou seja, para reafirmar a confiança no próprio sistema”.

Em suma, ao revisarmos a operacionalidade do exercício do poder punitivo, denota-se que sempre reconheceu um *hostis*, ao qual se dirigiu de forma diferenciada e discriminatória. A seletividade estrutural do sistema penal, que só exerce seu poder em parte das hipóteses de intervenções prevista, é a demonstração da falsidade da legalidade proclamada pelo discurso jurídico penal²⁵, a qual estenderemos ao âmbito internacional no decorrer desta pesquisa.

Diante o exposto, a compreensão do conceito do inimigo, que permeia a seletividade dos sistemas penais, é necessária para que possamos analisá-la, conforme se fará adiante, na perspectiva internacional. Seria um equívoco acreditar que a mencionada seletividade se dá unicamente dentre os sistemas penais internos e de países que possuem grandes desigualdades sociais. Não há como conceber que o Tribunal Penal Internacional, cuja atuação é objeto deste estudo, seria capaz de atuar de forma não seletiva, haja vista que este também atua em um campo que os poderes econômicos e políticos prevalecem²⁶.

1.2 A seletividade penal internacional: as influências do sistema de poder político e econômico internacional

Neste tópico pretende-se discorrer sobre a já abordada seletividade penal, referindo-se, neste momento, ao âmbito internacional. Considerando a seletividade estrutural de todo e qualquer sistema punitivo, movida por questões de poder, tenta-se comentar como o jogo de forças político-internacional pode influenciar na Corte Penal Internacional, fazendo uma aproximação com a teoria já explanada do inimigo do direito penal de Eugenio Raúl Zaffaroni.

²³ FOUCAULT, Miguel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 42ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. P. 267

²⁴ BODIN, Jean *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 89

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P. 27

²⁶ LOPES, M. K. S. **Tribunal Penal Internacional: a Seletividade do Sistema Penal para além das Jurisdições Internas**. 2015, P. 15. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/marelen_lopes.pdf. Acesso em 23 de julho de 2019.

Diante de um mundo globalizado, temos a perda da relevância política mundial que detinham os Estados nacionais e a decorrente ascensão da governança global. No plano político normativo, globalização mistura-se com uma orientação política com base em interesses mundiais da humanidade, em oposição aos interesses unicamente nacionais²⁷.

Frédéric Mégret²⁸ expõe que o Direito Internacional Penal é uma forma de manifestação da vontade da sociedade internacional de existir e esse procura afirmar os valores fundamentais da comunidade através de tribunais internacionais que personificam uma “consciência coletiva”. Nesta perspectiva, da mesma forma que os sistemas penais internos, alguns bens jurídicos foram escolhidos para serem tutelados pelo Tribunal Penal Internacional, cujas razões e contexto discorreremos com mais profundidade no próximo capítulo desta pesquisa.

Antonio Cassese²⁹ menciona que os crimes internacionais protegem valores considerados importantes pelo conjunto da comunidade internacional e, conseqüentemente, afetam todos os Estados e indivíduos, devendo haver um interesse universal em reprimir esses crimes. Outrossim, Mégret³⁰ ressalta que os crimes internacionais não são apenas internacionais, ou simplesmente graves, mas sim crimes que ferem a essência do que consiste a humanidade.

Como exemplo, esse último cita a noção de “inimigo da humanidade”, conceito derivado de uma longa linhagem que surge desde a noção do criminoso “pirata”. O “pirata”, enquanto *hostis humanis generis*, não era apenas uma violação do direito internacional penal, mas uma violação desonrosa que teve um papel importantíssimo para determinar a existência de uma sociedade em paz que girava em torno das necessidades do comércio e da autonomia dos mares, em contraste com o crime.

Zaffaroni, ademais, assevera que a internacionalização do poder punitivo não exclui seu caráter seletivo³¹:

Neste marco, a lei internacional cruza-se com a lei penal na procura da punição dos massacradores. Para tal, habilita um exercício do poder punitivo contra estes, que, como não pode ser de outro modo, conserva todo o caráter seletivo que a criminologia da reação social coloca em evidência na ordem interna do século passado

²⁷ MASI, C. V; MORAES, V. L. Globalização e o Direito Penal. **Revista Liberdades**, v. 18, p. 16-43, 2015. P. 26

²⁸ MÉGRET, Frédéric. Practices of stigmatization. **Law & Contemp. Probs.** v. 76, p. 287-318, 2013. P. 292, tradução nossa. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol76/iss3/9>. Acesso em 30 de julho de 2019.

²⁹ CASSESE, Antonio. **International criminal law**. Oxford: Oxford University Press, 2003. P. 24, tradução nossa.

³⁰ MÉGRET, Frédéric. Practices of stigmatization. **Law & Contemp. Probs.** v. 76, p. 287-318, 2013. P. 292. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol76/iss3/9>. Acesso em 30 de julho de 2019, tradução nossa.

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Crímenes de masa**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo. 2010. P. 27, tradução nossa.

Não se questiona que há graves violações aos direitos humanos que demandam a incidência do poder punitivo internacional e que recebem a devida atuação, mas há, sem dúvidas, aquelas que ficam impunes, tal como acontece com o exercício do poder punitivo nos níveis internos. Se a seletividade fosse um argumento deslegitimador do direito internacional penal e implicasse o desaparecimento deste, no entanto, o direito penal interno também mereceria o mesmo fim, pois a seletividade é uma característica estrutural do poder punitivo³².

A estigmatização – nos termos de Mégret – a definição do “inimigo” – nos termos de Zaffaroni – ou simplesmente a definição do “outro” são processos que operam no nível macrossociológico, produto de múltiplos atores no sistema internacional de justiça criminal³³. Em consequência, sobre o sistema criminal internacional recai a mesma falácia do discurso dos sistemas penais internos: pressupõe-se uma igualdade jurídica, dentre todas as condutas desviantes, que não se configura na realidade prática.

Por este ângulo, assevera Vera Andrade³⁴:

O aprofundamento da relação entre Direito/sistema penal e desigualdade conduz, em certo sentido, a inverter os termos em que esta relação aparece na superfície do fenômeno descrito. Não apenas as normas penais se criam e se aplicam seletivamente e a distribuição desigual da criminalidade (imunidade e criminalização) obedece geralmente à desigual distribuição do poder e da propriedade e à consequente hierarquia dos interesses em jogo (estrutura vertical da sociedade), mas o Direito e o sistema penal exercem, também, uma função ativa de conservação e reprodução das relações de desigualdade.

Durante a história do Direito Internacional Penal, tem se defendido a legitimidade do poder punitivo internacional, sobretudo, para a persecução do crime de genocídio, sendo possível interpretar o genocida como o “inimigo” internacional. Contudo, Zaffaroni et. al³⁵, ressalta que é perceptível que o poder punitivo acaba apelando para o exercício do mesmo poder sobre uns poucos e selecionados genocidas (nos raríssimos casos em que perdem cobertura e tornam-se vulneráveis), sendo esta a forma em que o próprio poder punitivo busca ser legitimado.

No TPI, buscou-se alcançar os crimes mais graves de transcendência internacional, conforme dispõe o art. 5º do Estatuto de Roma, quais sejam: genocídio, crimes contra a

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 181

³³ MÉGRET, Frédéric. Practices of stigmatization. **Law & Contemp. Probs.** v. 76, p. 287-318, 2013. P. 293, tradução nossa. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol76/iss3/9>. Acesso em 30 de julho de 2019.

³⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. P. 283-284

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. et. al. **Direito Penal Brasileiro I**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. P. 327

humanidade, crimes de guerra e agressão, os chamados *core crimes*³⁶. Tais crimes, diante da sua gravidade, estabelecem um conflito sem solução racional: não há como obter a reparação efetiva dos crimes e nem outras formas de solucionar tais conflitos. Diante do impacto destes ilícitos e da falta de modelos de solução racional, o direito penal falha em limitar a atuação punitiva e o sentimento de vingança particular³⁷. Tudo isso contribui para que o sistema penal internacional continue atuando de forma seletiva.

É também em razão de sua gravidade que a natureza da estigmatização proveniente de um processo criminal internacional, conforme já mencionado, é de efeitos profundos, que ameaça colocar seu(s) alvo(s) à extrema margem da humanidade através do estigma do “inimigo da humanidade”³⁸.

A definição do “inimigo”, semelhantemente ao sistema interno, não está livre de concepções prévias e atua através de compreensões implícitas sobre quem será estigmatizado³⁹. Consoante assevera Zaffaroni et. al, não é todo genocida que atrairá a atuação do Direito Internacional Penal. A operacionalidade do TPI, conforme será explicitado durante no próximo capítulo, tem se mostrado direcionada a países “periféricos” que sofreram processos de colonização.

Edwin Bikundo expõe que o sistema criminal de justiça internacional, seguindo a retórica do sistema criminal de justiça doméstico, vê todos os criminosos (ladrões ou genocidas) como detentores de uma doença em que a cura é a repressão e a punição. No mesmo sentido, reitera que o direito internacional continuamente associa-se à política extra-legal ao conferir o status de “pária” a alguns indivíduos⁴⁰.

As influências das forças políticas neste processo de criminalização podem ser demonstradas ao longo da história do Direito Internacional Penal, bem como em certos aspectos da própria criação do Estatuto de Roma. O Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia,

³⁶ CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional : conceitos, realidades e implicações para o Brasil**. Brasília: FUNAG, 2012. P. 47

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. et al. **Direito Penal Brasileiro I**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. P. 328. A colocação dos autores que é referenciada é sobre o crime de genocídio. Ademais, considerando a gravidade semelhante dos demais crimes que compõem a atuação do TPI, a autora entende ser pertinente estender a mencionada crítica aos demais *core crimes*.

³⁸ MÉGRET, Frédéric. Practices of stigmatization. **Law & Contemp. Probs.** v. 76, p. 287-318, 2013. P. 302, tradução nossa. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol76/iss3/9>. Acesso em 30 de julho de 2019.

³⁹ Idem. Ibidem.

⁴⁰ BIKUNDO, Edwin. The international criminal court and Africa: exemplary justice. **Law and Critique**, v. 23, n. 1, P. 21-41, 2012. P. 23, tradução nossa. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10072/43945>. Acesso em 4 de setembro de 2019.

tribunal *ad hoc* que serviu como precedente importante para o TPI, pode ser apontado como exemplo de parcialidade em razão do jogo de forças políticas quando, de acordo com Chomsky⁴¹, não examina bombardeio realizado pela Otan no mencionado conflito. Verifica-se, na situação, que a Otan era composta pelos principais países que financiaram este tribunal e este fator pode ter motivado a ausência da organização no rol de acusados.

Tal influência pode ser exemplificada, também, ao verificarmos “limitações normativas”⁴² encontradas na própria elaboração do texto do Estatuto de Roma. Neste ponto, temos como omissão suscitada pela doutrina a não tipificação – de fato - do crime de agressão até muito recentemente (2018). É verdade que a menção normativa do crime de agressão esteve presente desde o início da vigência do Estatuto⁴³, contudo, a possibilidade de sua efetiva persecução só se deu a partir de 17 de julho de 2018, culminada pela assinatura da Resolução da XVI Assembleia dos Estados Partes (AEP).

Haja vista que o crime de agressão abarcaria a conduta do uso da força armada por parte de um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro, é sintomático que a alguns países não tenham concordado acerca da definição precisa do crime naquela oportunidade⁴⁴, só vindo a fazê-lo quase vinte anos depois. Historicamente, o uso de força no plano internacional tem sido a regra e não a exceção. Esta situação pode inclusive ser interpretada, remetendo-se aos conceitos já trabalhados nesta pesquisa, como uma das etapas de etiquetamento do sistema punitivo internacional: a não tipificação de condutas pelo interesse do poder hegemônico.

Noutra senda, a doutrina expõe a influência do Conselho de Segurança das Nações Unidas e a consequente dependência da Corte perante este, o que a torna mais vulnerável às influências políticas. Embora o TPI faça parte do sistema das Nações Unidas, foi criado por um tratado intergovernamental para ser uma entidade independente. Apesar disso, sobrevém que os artigos 13

⁴¹ CHOMSKY, Noam. **Uma nova geração define o limite**. Rio de Janeiro: Record, 2003. P. 147

⁴² SOUSA NETO, C. A. O Tribunal Penal Internacional: uma abordagem crítica quanto à sua efetividade na tutela dos direitos humanos. **Revista Transgressões: Ciências Criminais em Debate**, v. 4, p. 90-115, 2016. P. 113

⁴³ A redação do artigo 5 (2) do Estatuto de Roma dispõe que “2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, 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.”

⁴⁴ SUNGA, Lyal S. A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal: Arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma. In: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan; (Org.) **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P. 196

(b) e 16⁴⁵ o ligaram ao Conselho de Segurança das Nações Unidas de uma maneira que torna o principal princípio, da separação destes poderes, totalmente inexpressivo. Faz a Corte permanecer diretamente vulnerável à interferência política a qualquer momento⁴⁶.

Hans Köchler destaca que ambas as previsões demandam a atuação do Conselho através do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, o qual estabelece o poder coercitivo deste órgão. Além disso, o artigo 13 (b) – em conexão com a omissão do art. 12 (2) 3⁴⁷ – autoriza o Conselho de Segurança a indicar uma situação ao TPI também nos casos em que a Corte não possui jurisdição (sem base na nacionalidade ou na territorialidade). Isto significa que as ONU pode criar – efetivamente – jurisdição que não existiria com base no Estatuto de Roma⁴⁸. Fica demonstrado, assim, que o Estatuto já é dotado de elementos que permitem – diretamente – a interferência de interesses políticos na sua atuação, mesmo na sua criação.

Tais influências políticas, no entanto, não se restringem à redação do Estatuto.

Conforme será analisado no próximo capítulo, é perceptível que, nos quase dezoito anos de atuação do Tribunal Penal Internacional, nota-se uma relação íntima, principalmente, entre racismo e genocídio, sendo necessário o retorno da discussão sobre a reprodução simbólica do primeiro no reconhecimento judicial internacional dos crimes contra a humanidade⁴⁹.

Nota-se que o padrão histórico do “inimigo” repete-se no rol de condenados do TPI: as questões sociais, raciais e colonialistas – conscientemente ou inconscientemente – são influências para a incidência do controle penal internacional.

⁴⁵ A redação do artigo 13 (b) do Estatuto dispõe: “b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes”; Já a redação do artigo 16 explana: “Nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de doze meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas; o pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições.

⁴⁶ KÖCHLER. Hans. Global Justice or Global Revenge? The ICC and the Politicization of International Criminal Justice. **International Progress Organization Online Papers**, 2009. P. 2, tradução nossa. Disponível em: www.i-po.org/koechler-ICC-politicization. Acesso em: 4 de setembro de 2019.

⁴⁷ O artigo 12 (2) 3 assevera: “3. Se a aceitação da competência do Tribunal por um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária nos termos do parágrafo 2o, pode o referido Estado, mediante declaração depositada junto do Secretário, consentir em que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceito a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou exceção, de acordo com o disposto no Capítulo IX”

⁴⁸ KÖCHLER. Hans. Global Justice or Global Revenge? The ICC and the Politicization of International Criminal Justice. **International Progress Organization Online Papers**, 2009. P. 3, tradução nossa. Disponível em: www.i-po.org/koechler-ICC-politicization. Acesso em: 4 de setembro de 2019.

⁴⁹ FLAUZINA, A. L. As fronteiras raciais do genocídio. **Direito UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, n. 1, p. 119-146, 2014. P. 134

Zaffaroni et. al⁵⁰ destaca que, atualmente, há uma dinâmica particular do poder mundial, em que:

a) os estados perdem parte de seu poder de decisão, sitiados por algumas centenas de macrocorporações transnacionais que operam com cálculos de rendimento imediato; b) a concentração de riqueza se acentua e assume características estruturais; c) a distância entre o centro e a periferia do poder mundial se amplia; d) o poder se contenta com mercados que excluem setores da população cada vez maiores; e) a capacidade de planejamento a longo prazo acha-se neutralizada; f) o discurso penal inquisitório torna-se revestido por critérios que pretendem prescindir de ideologias (erradamente chamados de pragmáticos); g) no plano internacional assiste-se a atos de franca intervenção punitiva [...]; h) os organismos internacionais se encontram em uma perigosa situação de fragilidade.

Diante de tais circunstâncias, o mesmo autor questiona a possibilidade de uma corte penal internacional ter seu alinhamento preso ao empreendimento político-internacional da conjuntura, contendo e limitando o desregulamentado exercício do poder punitivo internacional, cujas características foram mencionadas supra. Por último, conclui:

A justiça penal nunca é asséptica em relação ao poder, e muito menos o será quando ocupar um lugar tão destacado dentro do esquema de poder mundial, decidindo questões que envolvem o próprio poder na dimensão mais importante. O confronto entre poder punitivo e direito penal, neste nível, pode reduzir a função de tal tribunal à mera e incorável legitimação do que até então constituem questionáveis atos unilaterais de intervenção, num horizonte de seletividade internacional em que não é muito difícil profetizar quem serão os criminalizados⁵¹

Tendo a compreensão que a seletividade dos sistemas penais e a incidência do jogo de forças político não é exclusiva às jurisdições internas – sejam justificadas ou não - analisará-se, a seguir, o discurso sob o qual o TPI se justifica e qual é a sua efetiva atuação.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. et al. **Direito Penal Brasileiro I**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. P. 333-334

⁵¹ Idem. Ibidem

2. A DIVERGÊNCIA ENTRE A OPERACIONALIDADE PRETENDIDA E ALCANÇADA PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

2.1 “A estrada para Roma”: da necessidade de criação de um Tribunal Penal Internacional até a sua efetivação

A “estrada para Roma” – como assim se refere Claudia Tofan⁵² à trajetória de surgimento do Tribunal Penal Internacional permanente – foi longa, tendo a necessidade de criação de uma corte internacional surgido de forma mais concreta após as grandes guerras. Neste tópico, propõe-se a traçar a trajetória histórica que culminou no Tribunal Penal Internacional, ressaltando o discurso jurídico através do qual esse se concretizou. Ademais, considerando que expor todos os fatos que contribuíram para o surgimento do TPI não é o intuito deste trabalho, pretende-se abordar o que, particularmente, se julgou como pertinente para o presente trabalho.

O primeiro momento histórico que merece destaque quanto ao surgimento de um sistema internacional de justiça penal foi a assinatura do Tratado de Versalhes em 1919. Em um contexto de guerra em que houve uma evolução tecnológica e militar, foi possível verificar que tal “evolução” se deu, também, nas consequências, a julgar que aproximadamente dez milhões de pessoas morreram e cerca de vinte milhões ficaram feridas⁵³. As grandes proporções tomadas pelos resultados da Primeira Guerra Mundial geraram uma maior indignação internacional, fato que contribuiu para que a necessidade de uma corte internacional fosse suscitada.

Sucessivamente, após a Segunda Guerra Mundial, os Aliados estabeleceram os Tribunais de Nuremberg e Tóquio para julgar os criminosos de guerra do Eixo. O globo, visando principalmente o Holocausto, quis garantir que tais atrocidades não ocorressem mais na história da humanidade⁵⁴, o que culminou no compromisso de julgar os indivíduos responsáveis pelos crimes cometidos. Nesta oportunidade, inclusive, muitos acreditavam que o patrocínio das Nações Unidas traria uma maior proximidade de uma eventual Corte permanente. Ainda assim, quase 50 anos se passariam até que os líderes do mundo se encontrassem para estabelecer o tratado que determinou o Tribunal Penal Internacional.

⁵² TOFAN, C. **The Long and Winding Road To... Rome: A Brief History of the ICC**. International Courts Association, 2011.

⁵³ MAGNOLI, Demétrio (Org.). **História das Guerras**. São Paulo/SP: Ed. Contexto, 5ª ed., 2011. P. 344

⁵⁴ Coalition for the International Criminal Court. **The road to Rome and beyond: key moments in the establishment of the International Criminal Court a timeline of the establishment and work of the International Criminal Court**. Disponível em: <http://www.coalitionfortheicc.org>. Acesso em 3 de junho de 2019.

Os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, apesar de serem considerados um avanço na justiça internacional penal, foram marcados por graves violações a princípios basilares do Direito Penal, como o da legalidade, da anterioridade e do juiz natural. Tais violações são atribuídas pela ausência prévia de tipificação dos crimes que foram julgados, a ausência prévia do próprio Tribunal e a consequente parcialidade dos julgadores – pertencentes ao grupo de vencedores da guerra. Segundo Japiassú⁵⁵, o Tribunal de Nuremberg foi um exemplo de Tribunal de vencedores que julgavam vencidos. Em razão destas experiências, estes princípios em seriam colocados como prioritários na criação do TPI.

Não obstante, tais experiências foram vitais para o futuro do Direito Internacional Penal, já que a definição de crimes contra a humanidade nos termos do Estatuto de Nuremberg pode ser considerada como o embrião da definição moderna de genocídio, pois as condutas então descritas se assemelham ao que viria a ser assim definido posteriormente⁵⁶.

A seguinte fase da evolução do Direito Internacional Penal se dá em 1948 quando a Assembleia das Nações Unidas adotou a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. O primeiro artigo da Convenção estabelecia a obrigação dos Estados Participantes a prevenir e punir o genocídio, que foi classificado como um “crime de direito internacional”. Em seu segundo artigo, definia o crime de genocídio, expondo um rol de condutas que deviam possuir o elemento subjetivo do intuito de “destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”.

O tratado da mencionada Convenção, juntamente com as quatro Convenções de Genebra de 1949, viria a ser base dos futuros estatutos dos Tribunais Penais *ad hoc* e do TPI. Essa primeira estabeleceu que as Partes Contratantes assumiriam o compromisso de adotar medidas legislativas pertinentes para assegurar sua aplicação e, principalmente, que as pessoas acusadas pelos delitos seriam julgadas pelos Tribunais dos Estados em que o ato foi cometido ou pela corte penal internacional que tais Estados tivessem reconhecido a jurisdição⁵⁷. A ideia de um Tribunal

⁵⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano *apud* DA SILVA, Tainara Colombo Simão; DE SOUZA, Mariana Saroa. Antecedentes históricos do Tribunal Penal Internacional e seus reflexos para a construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos. **REGRAD-Revista Eletrônica de Graduação do UNIVEM-ISSN 1984-7866**, v. 10, n. 01, p. 147-162, 2017. P. 151

⁵⁶ FERNANDES, D. A. O Tribunal Penal Internacional: A Concretização de um Sonho. **Revista DIREITO & PAZ - UNISAL** - Lorena/SP, Ano XV, N.º 29, P. 301-334, 2013. P. 310

⁵⁷ ANDRADE, Roberto de Campos. *apud* DE PAULA, Luiz Augusto. **Genocídio e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda**. 2011, 272 f. Tese (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. P. 21.

Internacional foi inserida pela primeira vez na Convenção Internacional em vigor, apesar de nunca ter existido um Tribunal criado com base apenas neste documento.

Toda a elaboração acima, no entanto, ficaria prejudicada devido às hostilidades da Guerra Fria⁵⁸. A pauta só retornaria em 1989, com a renovação de uma proposta já existente feita por Trinidad e Tobago para estabelecer uma corte internacional penal com a finalidade de combater o tráfico de drogas. Esse crime, todavia, não veio a constar nas condutas tipificadas previstas no Estatuto.

As tendências de separação provenientes do fim da Guerra Fria geraram diversos conflitos de caráter étnico, racial e religioso, nos quais aconteceram grandes violações humanitárias que teriam ameaçado a ordem jurídica e colocado em risco a paz e a segurança internacionais. Isso acabou reforçando a opinião dos Estados quanto à necessidade de sanção pelo Direito Internacional⁵⁹.

Em seguida, tem-se o momento em que os primeiros tribunais penais internacionais instituídos pela Organização das Nações Unidas (ONU) foram estabelecidos, na década de 1990, com o objetivo de julgar as violências cometidas durante os conflitos na antiga Iugoslávia e em Ruanda. O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (TPIY) e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) foram criados pelo Conselho de Segurança da ONU em caráter *ad hoc*, isto é, para determinada circunstância específica.

Tratam-se de importantes precedentes por serem os primeiros Tribunais Penais Internacionais estabelecidos na história, além de terem atuado, ativamente, em desfavor os crimes contra a humanidade e genocídio. A título de exemplo, em 1998, no mesmo mesmo ano da negociação da Convenção de Roma, houve a primeira condenação internacional pelo crime de genocídio no âmbito do Tribunal Internacional para Ruanda⁶⁰.

No Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia, os procedimentos também avançaram para a condenação de diversos autores de crimes de guerra, contra a humanidade e de genocídio.

⁵⁸ PERRONE-MOISÉS, C. Antecedentes históricos do estabelecimento do Tribunal Penal Internacional. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 98, 573-579, 2003. P. 577. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67603>. Acesso em 15 de setembro de 2019.

⁵⁹ SABOIA, GILBERTO VERGNE. A criação do Tribunal Penal Internacional. **Revista CEJ**, v. 4, n. 11, maio/agosto 2000. P. 2. Disponível em: http://www.iccnw.org/documents/Vergne_Saboia.pdf. Acesso em 14 de setembro de 2019.

⁶⁰ PERRONE-MOISÉS, C. Antecedentes históricos do estabelecimento do Tribunal Penal Internacional. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 98, 573-579, 2003. P. 578-579

Em 2001, o ex-presidente da Iugoslávia foi entregue ao Tribunal, sendo esta a primeira vez em que um chefe de Estado seria julgado por um Tribunal Internacional⁶¹.

A atuação de ambas as cortes foi pioneira no sentido de julgar pessoas que praticaram delitos em conflitos de caráter interno (não internacionais), os quais até esta oportunidade não eram consagrados na legislação penal internacional⁶². Contudo, ainda assim relativizaram alguns princípios penais, como o da anterioridade das Cortes, para que os mencionados crimes não permanecessem impunes.

Com efeito, por um longo período, a justiça internacional estava acostumada com a flexibilização dos princípios elementares do direito penal, que se justificava pela gravidade dos crimes levados a estes Tribunais *pós-fato* e a necessidade de evitar a impunidade.

Bazelaire⁶³ assevera que não é possível falar do juiz penal internacional e dos processos realizados quanto aos crimes de genócidio, crime contra a humanidade e crime de guerra há meio século sem evocar o primeiro motivo que é sempre levantado: a recusa da impunidade.

Diante o exposto, fica evidente que a “estrada para Roma” teve como constante o clamor por justiça e a indignação perante a impunidade de abomináveis violações cometidas em contextos de guerra ao redor do mundo. É com este ideal em mente que os Estados encontrariam-se para acordar sobre o Estatuto de Roma, com a ressalva de que os princípios basilares do Direito Penal, que outrora tinham sido relativizados por diversos motivos, seriam resguardados, em tese, no futuro Tribunal Penal Internacional permanente.

Em 17 de julho de 1998 o Estatuto para o TPI foi aprovado por cento e vinte votos a sete, com vinte e uma abstenções. O Estatuto não é um modelo internacional dogmático de Código de Direito e Processo Penal, mas sim uma tentativa de formar um sistema de justiça criminal a partir do conjunto de mais de cento e cinquenta países, em um documento que fosse no mínimo aceitável para cada delegação presente em Roma⁶⁴. Por conseguinte, o Estatuto consagrou princípios gerais do Direito Penal, dentre estes o princípio da legalidade (arts. 22 e 23), o da não retroatividade (art.

⁶¹ Idem. Ibidem.

⁶² LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Estudos avançados**, v. 16, n. 45, P. 187-197, 2002. P. 190

⁶³ BAZELAIRE, Jean-Paul. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia**. Barueri, SP: Manole, 2004. P. 42

⁶⁴ AMBOS, Kai. **Os princípios gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma**. In: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan; (Org.) **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P. 26

24), o da responsabilidade criminal pessoal (art. 25), o da irrelevância do cargo ou função (art. 27), o da responsabilidade dos comandantes e outros superiores (art. 28), entre outros.

A cautela quanto a tais princípios se deu, principalmente, com base nas experiências internacionais anteriores mencionadas supra. O extremo detalhamento das previsões do Estatuto, em especial aquelas concernentes à definição de crimes e princípios gerais, segundo William Schabas⁶⁵, atesta uma verdadeira obsessão para com o princípio da legalidade, o qual havia sido violado nos Tribunais de Nuremberg e Tóquio.

Outro exemplo de cautela que podemos pontuar é o da consagração expressa do princípio da responsabilidade criminal pessoal, ou seja, a atribuição da culpa apenas a sujeitos individualizados. Através deste dispositivo o Tribunal visou a evitar a estigmatização de comunidades inteiras, como ocorreu na “cláusula de culpa de guerra” do Tratado de Versalhes, que responsabilizou os alemães – como um todo - pela Primeira Guerra Mundial⁶⁶.

O discurso “jurídico penal internacional”, semelhantemente aos discursos jurídico-penais internos, atesta que o direito penal deve prevenir os ataques mais graves aos bens jurídicos considerados mais importantes, os já mencionados *core crimes*, de forma que os indivíduos, por meio da pena, são motivados a agir conforme o direito⁶⁷.

Destaque-se que o Preâmbulo do Estatuto de Roma demonstra expressamente o compromisso com a impunidade em sua razão de ser, além da necessidade de prevenir os mencionados crimes de proporções internacionais.

A Corte buscou a criação de uma justiça universal, que, em tese, deveria ser aderida por todos os países e a qual todos e todas estariam submetidos. Cardoso⁶⁸ expõe que o TPI foi concebido para atuar em contexto territorial o mais amplo possível, de forma a possibilitar que a jurisdição da Corte pudesse ser exercida de modo uniforme. Afinal, através dessa pretendia-se julgar causas de natureza penal, seara em que a universalidade deveria ser requisito para sua

⁶⁵ SCHABAS, William A. **Princípios gerais de Direito Penal**. In: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan; (Org.) **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P. 158-159.

⁶⁶ LOPES, M. K. S. **Tribunal Penal Internacional: a Seletividade do Sistema Penal para além das Jurisdições Internas**. 2015, P. 15. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/marelen_lopes.pdf. Acesso em 23 de julho de 2019. P. 6

⁶⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Bases para uma construção do conceito de bem jurídico no Direito Penal Internacional**. In: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan; (Org.) **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P. 348

⁶⁸ CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional : conceitos, realidades e implicações para o Brasil**. Brasília: FUNAG, 2012. P. 16

atuação. A lei penal internacional, assim como os as leis penais dos sistemas internos, deveria ter aplicação sobre todos os países de forma geral.

A instauração de tal justiça universal, assim como ocorreu em toda a trajetória “para Roma”, teria como obstáculo a soberania dos Estados. O conceito moderno de soberania dos Estados é composto pela jurisdição e pela competência. Esses elementos, porém, devem ser analisados pela ótica de que os Estados, na ordem internacional, relacionam-se em regime de cooperação e não de subordinação. Por isso, pode-se afirmar que a soberania de um Estado não deve ser absoluta, pois encontra limites na soberania dos demais Estados e nas normas de direito internacional⁶⁹.

Não obstante, ainda que os Estados presentes em Roma estivessem em sua maioria dispostos à consagração de tal justiça universal, recorde-se o a justiça nunca é apática ao poder. Diversas questões políticas incidiram na votação sobre os termos do Tribunal, de forma a minimizar a sua ideia inicial de universalidade e atender aos interesses de alguns Estados.

Dentre esses, temos os mecanismos de exercício da jurisdição do TPI, os quais foram, certamente, a questão de maior complexidade jurídica e política na negociação do Estatuto de Roma. Na oportunidade, a Alemanha havia sugerido a adoção, de fato, do princípio da jurisdição universal: o TPI teria jurisdição para processar e julgar os *core crimes* sem qualquer exigência⁷⁰. Tal ideia, no entanto, foi preterida a favor de uma proposta sul-coreana que se aproxima dos moldes em vigor. Dentre as diversas peculiaridades do funcionamento do Estatuto, merecem destaque os aspectos da jurisdição e da admissibilidade, que serão abordados a seguir.

2.2. Os limites normativos da atuação da Corte: a jurisdição e a admissibilidade do Tribunal Penal Internacional

Sucedida a “estrada” até a efetivação do TPI - e antes de expormos a operacionalidade efetiva da Corte - é imperioso tecermos alguns comentários a respeito dos limites estabelecidos, no Estatuto de Roma, especialmente quanto à jurisdição e a admissibilidade do sistema. Trata-se de um aspecto frequentemente levantado quando a operacionalidade da Corte é questionada.

⁶⁹ PECEGUEIRO, Carolina Guimarães. **Uma falácia chamada Tribunal Penal Internacional: das promessas descumpridas à reprodução de desigualdades**. Florianópolis, 2007. Dissertação (mestrado) – UFSC/CCJ. P. 87. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/90676>. Acesso em: 31 de julho de 2019

⁷⁰ CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional : conceitos, realidades e implicações para o Brasil**. Brasília: FUNAG, 2012. P. 64

O primeiro ponto que merece ser mencionado a respeito da efetivação do TPI é quanto às pré-condições para a atuação do Tribunal, isto é, como estariam os Estados vinculados à jurisdição da Corte. Neste aspecto, depreende-se que é necessário a incidência dos seguintes critérios: a) da aceitação; b) da *ratione loci* ou da *ratione persona*; c) da *ratione materiae*; e d) da *ratione temporis*.

Com relação à aceitação, ficou acertado que o Estado que se torna parte do Estatuto de Roma consente automaticamente ficar submetido à jurisdição do Tribunal. Não havendo, portanto, formas de se submeter parcialmente às disposições.

A *ratione loci* ou a *ratione persona* correspondem aos critérios dos arts. 12 2 (a) e 12 2 (b), respectivamente, que preconizam que a atuação do TPI será possível no caso concreto quando um ou mais dos seguintes Estados tiverem ratificado o Estatuto (ou houverem aceitado a jurisdição de forma *ad hoc*): (i) o Estado em cujo território o crime houver sido cometido; e/ou (ii) o Estado de nacionalidade do acusado.

Tendo em vista que os vínculos mencionados acima não são cumulativos, levantava-se a crítica de que, assim, seria possível que o TPI viesse a processar e julgar crimes cometidos por nacional de Estado que não aceitou o Estatuto (se fosse cometido no território de um Estado parte), bem como em território de Estado que não aceitou o Estatuto (se fosse cometido por nacional de um Estado parte). Dessarte, a possibilidade supramencionada justifica-se por ser apenas é um reflexo dos princípios da territorialidade e da nacionalidade existente nos sistemas penais internos contemporâneos⁷¹.

Inclusive, de forma a evitar a mencionada situação, Cardoso⁷² exemplifica que os Estados Unidos e a China, quando das negociações, insistiam na necessidade de consentimento do Estado da nacionalidade do acusado em todo e qualquer caso que possivelmente pudesse atuar o TPI. Na oportunidade, tal interpretação entendeu-se equivocada em razão do princípio da territorialidade, o qual atribui ao Estado territorial processar e julgar as infrações penais cometidas dentro de seu espaço.

Já a *ratione materiae* corresponde à competência material do TPI: só se faz necessária a incidência da Corte quando da ocorrência dos crimes dispostos do art. 5 ao 10 do Estatuto, os já mencionados *core crimes*. Entre esses, incluem-se genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão, que abarcam diversas condutas em suas alíneas. Conforme já esposado

⁷¹ Idem. Ibidem.

⁷² Idem. Ibidem.

anteriormente, pretendeu-se proteger os bens jurídicos de transcendência internacional, não sendo qualquer violação que demanda a atuação da Corte.

Por último, temos o critério da *ratione temporis*, elencado no art. 11 do Estatuto, que prevê que o Tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto. Caso o Estado venha a aderir o Estatuto após sua entrada em vigor oficial, é forçoso reconhecer que a Corte só exercerá sua jurisdição a respeito dos crimes cometidos após a data da adesão “tardia”.

Explanados os critérios da jurisdição, sucessivamente, o caso concreto que vier a ser submetido ao TPI também será submetido a um juízo de admissibilidade. Este juízo é composto por dois elementos: a complementariedade e a gravidade, elencados no art. 17 do Estatuto de Roma.

O princípio da complementariedade, consagrado nos arts. 1º e 17 (1) do Estatuto, preconiza que a Corte somente atuará se o Estado que tem jurisdição sobre o incidente que merece a atenção do sistema punitivo internacional não iniciou o devido processo ou, se o fez, agiu com o intuito de que o acusado se evadisse da justiça ou até mesmo de forma a atenuar a sanção. A doutrina explana que o princípio pode parecer chocar-se com os fins do Tratado de Roma, mas justifica-se porque compete em primeiro lugar aos Estados o dever de reprimir os crimes capitulados no Estatuto, para que a sanção se dê de forma mais eficaz⁷³.

Com efeito, a jurisdição do TPI não antecede, nem se sobrepõe à jurisdição nacional, mas a complementa, pressupondo sempre fundamentado indício de que os responsáveis pelos crimes possam permanecer injustificadamente impunes⁷⁴. Caso a intenção do Estado seja não punir determinado crime ou esteja esse estruturalmente incapaz de fazê-lo, não estaria violada a complementariedade e, por isso, restaria justificada a atuação do TPI. A questão primordial nesse critério é se o Estado que tem jurisdição sobre tal crime tenha sido hábil para investigar e efetuar a persecução penal.

O segundo elemento necessário para a admissibilidade da Corte é a gravidade necessária para justificar a intervenção do Tribunal. Na realidade, tal conceito já é inerente à atuação do TPI ao definir um rol específico de crimes que seriam abarcados pela Corte, que seriam os mais graves

⁷³ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Estudos avançados**, v. 16, n. 45, P. 187-197, 2002. P. 192

⁷⁴ BECHARA, Fábio Ramazzini. Tribunal Penal Internacional e o princípio da complementariedade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 234, 27 fev. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4865>. Acesso em: 14 de setembro de 2019.

de transcendência internacional. Em adição a isto, porém, os juízes e a promotoria devem considerar a gravidade em concreto dos casos em potencial, de forma a decidir se irão atuar em situações específicas ou não, dentre todas as ocorrências de grandes violações⁷⁵.

Uma vez presentes as condições da jurisdição e de admissibilidade, demanda-se comentar a respeito das condições em que o TPI pode dar início ao exercício desta jurisdição em um caso concreto. A legitimidade ativa da operacionalidade da Corte ocorre nas seguintes situações: a) quando houver denúncia de um Estado parte ao procurador; b) quando houver denúncia pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas ao procurador; c) quando o procurador agir de ofício, sem provocação de outrem.

A primeira situação dentre os mecanismos de provocação do TPI está exposta nos arts. 13 (a) e 14, quando um Estado parte remete ao Ministério Público uma situação em que haja a possibilidade de ocorrência dos crimes elencados pela Corte. Trata-se de mecanismo que foi de pouca controvérsia quando das negociações do Estatuto.

O segundo mecanismo resta positivado no art. 13 (b) e corresponde à possibilidade de requisição a ser feita pelo Conselho de Segurança da ONU. Apesar dos protestos realizados por alguns Estados, os quais não desejavam que o Conselho de Segurança tivesse qualquer papel nas atividades da Corte, o dispositivo autoriza que, nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, o órgão pode denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido os crimes ora em discussão.

Por último, e não menos importante, temos a situação em que a Promotoria pode iniciar a investigação de um caso concreto, *proprio motu*, com base nas informações de ocorrência de crimes de competência da Corte. Esta questão também foi bastante controvertida durante as negociações de Roma, de forma que o melhor meio termo que se pôde alcançar foi estabelecer um controle judicial das investigações do Promotor. Essa foi a origem da Câmara de Questões Preliminares, ou “*Pre-Trial Chamber*”. A compreensão deste conceito é pertinente, sobretudo, para a decisão específica que trataremos no terceiro capítulo deste trabalho.

Trata-se de um poder de determinar a abertura da investigação, e não propriamente começá-la⁷⁶. Quando o Ministério Público concluir que existe uma “base razoável para levar

⁷⁵ DEGUZMAN, Margaret M. Gravity and the legitimacy of the International Criminal Court. **Fordham Int'l LJ**, v. 32, P. 1400-1465, 2008. P. 1409, tradução nossa.

⁷⁶ BERGSMO, Morten. **O regime jurisdicional da Corte Internacional Criminal**. In: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan; (Org.) **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P. 233

adiante a investigação”, deverá submeter à Câmara de Pré-Julgamento um pedido de autorização para investigar, juntamente ao material coletado.

Com efeito, demonstra-se o acertado cuidado de refrear a atuação do órgão acusador, evitando a incidência do princípio inquisitório nos sistemas internacionais. Assim, a investigação só procederá se a Corte considerar que existe uma base razoável para que se proceda à investigação, nos termos do art. 15 (4), sem prejuízo das decisões que o Tribunal vier a tomar posteriormente.

A par do exposto, considerando o objetivo do Tribunal e como se incide a jurisdição deste, analisaremos, a seguir, como tem se efetivado a atuação da Corte nos casos concretos.

2.3. Os casos julgados no Tribunal Penal Internacional e a sua evidente seletividade

Vera Andrade⁷⁷ atesta que a legitimidade do sistema penal requer uma congruência da sua dimensão operacional em relação à dimensão planejada em nome da qual se pretende justificá-lo, ou seja, requer o cumprimento dos fins socialmente atribuídos ao Direito Penal e à pena. Sendo compreendido sob que discurso o TPI surgiu, neste tópico pretende-se analisar a operacionalidade prática da Corte até os dias atuais: quem figura no rol dos condenados e de que forma esta atuação demonstra a seletividade inerente aos sistemas penais já construída. Frise-se que este trabalho não pretende analisar todas as nuances que levaram os casos ao TPI. Aqui, pretende-se traçar um padrão de como a operacionalidade do sistema punitivo internacional permanente tem se demonstrado.

Depois de quase vinte anos de funcionamento, verifica-se que os discursos de recusa da impunidade, bem como da universalidade da Corte não lograram êxito em serem aplicados em sua totalidade, por diversas razões, sendo estas justificáveis ou não. Mégret⁷⁸ leciona que seu número limitado de processos dificulta que acreditemos que a intenção do sistema internacional criminal é unicamente a repressão do delito.

O TPI, enquanto elemento de controle repressivo penal, não está isento das falhas de operacionalidade denunciadas pela criminologia crítica⁷⁹, conforme já expusemos no primeiro capítulo desta pesquisa. Desta forma, é imperioso que visualizemos sua atuação através da perspectiva que aponte os déficits entre as funções declaradas e exercidas. Frise-se que esta

⁷⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. P. 181

⁷⁸ MÉGRET, Frédéric. Practices of stigmatization. **Law & Contemp. Probs.** v. 76, p. 287-318, 2013. P. 287, tradução nossa. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol76/iss3/9>. Acesso em 30 de julho de 2019.

⁷⁹ CARVALHO, Salo de. Os fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua incorporação no direito interno brasileiro. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 53, nº 337, P. 77-92, novembro/2005. P. 88

exposição não se dá com o intuito de suscitar a abolição por completo do TPI, mas sim compreender sua atuação e a forma tem se efetivado.

Desde o início de sua vigência (o Estatuto de Roma entrou em vigor em 2002), apenas quatro condenações foram proferidas pela Corte, sendo estas contra: Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga, Jean-Pierre Bemba Gombo e Ahmad Al Faqi Al Mahdi⁸⁰. O denominador comum entre estes nomes, além do estigma de uma sentença condenatória internacional, é que estes são homens negros nacionais de países do continente africano.

A primeira condenação do TPI foi em desfavor de Thomas Lubanga Dyilo e ocorreu após diversas denúncias da comunidade internacional de que estaria realizando aliciamento de crianças menores de quinze anos para compor o grupo revolucionário cuja liderança lhe era atribuída. Considerando as tentativas infrutíferas de persecução criminal interna, o presidente da República Democrática do Congo remeteu o caso ao Procurador do TPI em 2004⁸¹. O julgamento ocorreu em 10 de julho de 2012.

A segunda condenação da Corte foi a de Germain Katanga, em razão do fato de ter liderado um ataque e pilhagem a uma aldeia na República Democrática do Congo. As condutas atribuídas a ele seriam as de cúmplice de um crime contra a humanidade e de quatro crimes de guerra, que abarcavam assassinato, ataque contra a população civil, destruição de bens e pilhagem⁸². A situação chegou ao conhecimento do TPI através de comunicação realizada ao Procurador pelo próprio Governo da República Democrática do Congo em 2004 e o julgamento ocorreu em 23 de maio de 2014.

Já a terceira condenação do Tribunal foi sobre as condutas supostamente cometidas por Jean Pierre Bemba Gombo ao promover uma campanha de estupro, mortes e tortura na República Centro-Africana, nos anos de 2002 e 2003. Trata-se de importante precedente para o sistema criminal internacional, pois nele, pela primeira vez, utilizou-se do “princípio da responsabilidade superior” para condenar alguém em razão de condutas efetivamente realizadas por seus subordinados⁸³. O conhecimento dos fatos pela Corte também foi proveniente da indicação do

⁸⁰ Informações obtidas em <https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx>. Acesso em 15 de setembro de 2019.

⁸¹ PAIVA, Caio. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. P. 849.

⁸² Idem, p. 858.

⁸³ Idem, p. 862.

próprio governo do país. O julgamento pela sentença condenatória ocorreu em 21 de junho de 2016, mas o réu foi absolvido em sede de apelação.

A quarta e última condenação, até a presente data, ocorreu em desfavor de Ahamad Al-Faqi Al-Mahdi, indivíduo vinculado a um grupo extremista ligado à Al-Qaeda, por ter destruído monumentos históricos e religiosos na cidade de Timbuktu, no Mali. Trata-se da primeira condenação proferida pelo TPI fundada na destruição de um patrimônio cultural⁸⁴. A situação em Mali foi remetida à Corte pelo governo do país, semelhantemente aos casos anteriores, e o julgamento ocorreu em 27 de setembro de 2016.

Em análise dos aspectos-chave dos casos expostos acima, imperioso suscitar o que assevera Edwin Bikundo⁸⁵, de que, embora ao discurso jurídico seja o de que a “humanidade julga a desumanidade”, depreende-se que há uma seletividade geográfica (focada no continente africano) em que, na verdade, uma parte da humanidade julga outra parte específica da humanidade. Esse autor expõe que este cenário “demonstra a ambiguidade do discurso do TPI a julgar que os africanos parecem ser exclusivamente responsáveis por todos os piores problemas da humanidade”.

Destaque-se que não se atenta a negar a gravidade dos crimes supramencionados, nem alegar que os indivíduos citados não deveriam responder pelas condutas cometidas, pois a atuação do TPI, sem dúvidas, foi um avanço para o Direito Internacional Penal. Entretanto, é curioso que, dentre 123 países que estão submetidos ao Tribunal, apenas países africanos recebam a interferência internacional.

A lógica seletiva divide o campo entre “incluídos” e “excluídos” ou “cidadãos” e “inimigos” e, ao mesmo tempo, alega estar atuando em prol de ambos. Os cidadãos são incluídos como atores mas excluídos do grupo que é atuado sobre. Bikundo ressalta que a universalidade é, atualmente, uma ficção legal que, no caso do TPI, mascara injustiça. Uma forma bastante específica de estigmatização ocorre no sistema internacional penal, onde os acusados supostamente carregam a maior das responsabilizações pelos piores crimes conhecidos pela humanidade⁸⁶.

⁸⁴ Idem, p. 864.

⁸⁵ BIKUNDO, Edwin. The international criminal court and Africa: exemplary justice. **Law and Critique**, v. 23, n. 1, P. 21-41, 2012. P. 7-8, tradução nossa. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10072/43945>. Acesso em 4 de setembro de 2019.

⁸⁶ Idem. Ibidem.

Conforme já discurremos no início desta pesquisa, diversos fatores contribuem para o estabelecimento do, *in casu*, “inimigo da humanidade”. Dentre eles estão os fatores econômicos e raciais, constantes nos processos históricos de estigmatização.

Os conflitos do continente africano certamente merecem a atenção do direito internacional penal, entretanto, é necessário compreender também que tais conflitos também são consequências diretas dos processos de colonização que tais países viveram.

Seidi⁸⁷ assevera que após suas independências, os países africanos não desenvolveram Estados novos, mas absorveram o modelo de Estado colonial, o qual não era compatível com realidade fática africana. Essa situação provocou um antagonismo entre os africanos que assimilaram e que não assimilaram a cultura europeia, dando origem aos conflitos internos.

Além disso, o mesmo autor ressalta que tais conflitos também influenciaram na organização social, principalmente após a independência, de forma que a jurisdição nacional destes países não seria capaz de atuar para que os conflitos fossem resolvidos na seara penal interna.

Não obstante, pertinente ressaltar que a seletividade suscitada não ocorre por uma intenção deliberada do Procurador ou por uma grande conspiração racial mas é proveniente de um “*structure of a faith based and piety dependent criminal justice system where judges are not judged and trials are not tried*”⁸⁸. A seleção dos africanos não é aleatória, mas é, sobretudo, arbitrária. Bikundo alega que não é aleatória pois há, inquestionavelmente, indícios de que as pessoas selecionadas foram responsáveis pelos crimes que foram apurados. É arbitrária, apesar disso, porque diante de bilhões de pessoas no mundo os poucos atingidos pelo sistema são quatro africanos, que definitivamente não possuem o monopólio da criminalidade internacional.

Nesta seara, Ruth Gordon⁸⁹ expõe que “o discurso de direito internacional tradicional está estruturado em termos de igualdade formal e raça parece ser um fator quase inexistente. A teoria jurídica internacional raramente menciona a questão racial e muito menos a emprega como base de análise”. Por esse ângulo, Ana Paula Flauzina⁹⁰ assevera que os casos menos reconhecidos

⁸⁷ SEIDI, Mamadu. **Os tribunais penais internacionais de quarta geração: soluções possíveis à resistência Africana ao Tribunal Penal Internacional**. João Pessoa, 2018. Dissertação (Mestrado) – UFPB/CCJ. P. 40-41

⁸⁸ O trecho em questão foi mantido em sua forma original pois faz um jogo de palavras com os termos “judge” e “trial” que não faz sentido ao ser traduzido para o português. BIKUNDO, Edwin. The international criminal court and Africa: exemplary justice. **Law and Critique**, v. 23, n. 1, P. 21-41, 2012. P. 8, tradução nossa. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10072/43945>. Acesso em 4 de setembro de 2019.

⁸⁹ GORDON, Ruth *apud* FLAUZINA, A. L. As fronteiras raciais do genocídio. **Direito UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, n. 1, p. 119-146, 2014.P. 134

⁹⁰ Idem, p. 137

de genocídio nas esferas política e jurídica são aqueles em que o crime é cometido por setores brancos e as vítimas são não-brancas.

Ainda que não se restrinja apenas às condenações proferidas pela Corte, mas se incluam os casos “em andamento” (em exame preliminar e sob investigação), são obtidos dados que podem indicar a seletividade do controle internacional penal. Atualmente, há vinte e uma situações sob a tutela do TPI, que supostamente ocorreram nos seguintes países: Afeganistão - situação que será comentada no terceiro capítulo desta pesquisa - Colômbia, Guiné, Iraque, Nigéria, Palestina, Filipinas, Bangladesh, Ucrânia, Venezuela, Uganda, República Democrática do Congo, Darfur/Sudão, República Centro-Africana - em que analisam-se duas situações - República do Quênia, Líbia, Costa do Marfim, Mali, Georgia e Burundi.

Para melhor visualização, temos a seguinte tabela:

TABELA 1 – SITUAÇÕES EM ANDAMENTO NO TPI ATÉ 09/2019

Local	Ano dos fatos (a partir de)	Ano de submissão do caso	Autor do pedido	Categoria atual	Situação Atual
1. Afeganistão	2003	2017	Procurador	Exame preliminar	Pedido de investigação rejeitado em 15/04/2019
2. Colômbia	2002	2004	Procurador	Exame preliminar	Aguardando requisito de admissibilidade
3. Guiné	2009	2009	Procurador	Exame preliminar	Aguardando requisito de admissibilidade
4. Iraque/Reino Unido	2003	2006/Reaberto em 2014	Procurador	Exame preliminar	Aguardando requisito de admissibilidade
5. Nigéria	2005	2010	Procurador	Exame preliminar	Aguardando requisito de admissibilidade
6. Palestina	2014	2018	Governo da Palestina	Exame preliminar	Analisando requisito de jurisdição
7. Filipinas	2016	2018	Procurador	Exame preliminar	Analisando requisito de jurisdição
8. Bangladesh/Myanmar	2016	2019	Procurador	Exame preliminar	Aguardando representação das vítimas até 28/10/2019
9. Ucrânia	2013	2014	Procurador	Exame preliminar	Analisando requisito de jurisdição
10. Venezuela	2017	2018	Procurador	Exame preliminar	Analisando requisito de jurisdição
11. Uganda	2002	2004	Governo de Uganda	Processo em andamento	Aguardando alegações da defesa no caso de Dominic Ongwen

				(sob investigação)	
12. República Democrática do Congo	2002	2004	Governo da RDC	Processo em andamento (sob investigação)	Julgamento de Bosco Ntaganda
13. Darfur/Sudão	2002	2005	Conselho de Segurança das Nações Unidas	Processo em andamento (sob investigação)	Aguardando a apresentação de Abdallah Banda perante a Corte
14. República Centro-Africana I	2002	2004	Governo da RCA	Processo em andamento (sob investigação)	Aguardando “ <i>appeal hearing</i> ” no caso de Jean Pierre Bemba e outros acusados
15. República Centro-Africana II	2012	2014	Governo da RCA	Processo em andamento (sob investigação)	Aguardando “ <i>charges hearing</i> ” dos acusados Patrice-Edouard Ngaïssou e Alfred Yekatom
16. Quênia	2007	2010	Procurador	Processo em andamento (sob investigação)	Acusações não confirmadas. Segue investigação de dois suspeitos por terem supostamente tentado influenciar testemunhas do TPI
17. Líbia	2011	2011	Conselho de Segurança das Nações Unidas	Processo em andamento (sob investigação)	Processo contra Abdullah Al-Senussi foi finalizado em 2014 por ser considerado inadmissível perante o TPI
18. Costa do Marfim	2010	2011	Governo de Costa do Marfim	Processo em andamento (sob investigação)	A investigação foi expandida, após autorização judicial, para incluir as condutas cometidas entre Setembro/2002 e 28 Novembro/2010
19. Mali	2012	2012	Governo de Mali	Processo em andamento (sob investigação)	Apurando mais crimes que teriam sido cometidos que entrariam na jurisdição do TPI
20. Geórgia	2008	2016	Procurador	Processo em andamento (sob investigação)	Investigação autorizada após inércia do Judiciário da Geórgia
21. Burundi	2015	2017	Procurador	Processo em andamento (sob investigação)	Investigação autorizada

Fonte: Elaborada pela autora com base em Seidi (2018, p. 74).

* Informações extraídas do site oficial do Tribunal Penal Internacional em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx>.

Dos dados expostos acima, nota-se que, de vinte e uma ocorrências, treze se passam em países africanos, das quais onze estão sob investigação (e a partir dessas foram geradas as condenações já proferidas) e duas em exame preliminar. Trata-se de mais da metade da atuação da Corte direcionada aos países africanos que, provavelmente, implicariam acusados de nacionalidade também africana. Não podemos nos olvidar de que há um enfoque – seja este consciente ou não – nos países africanos.

Já quanto aos demais casos em análise, também verifica-se um padrão focado em países que sofreram processos de intervenção de países historicamente imperialistas. Duas das situações referidas são na América Latina, seis na Ásia e apenas uma na Europa.

Não obstante, a afirmação da seletividade do Tribunal é refutada por diversos autores que justificam a atuação da Corte a partir de alguns elementos normativos da instauração desta, ponto que merece ponderação neste trabalho.

Em primeiro lugar, há o elemento da aceitação do Estatuto de Roma. Conforme já abordado neste capítulo, um dos elementos necessários para que a Corte possa exercer a sua jurisdição é que o Estado parte em que o fato tenha ocorrido ou ao qual o acusado pertença ratifique o Estatuto em questão. Este fato, por si só, já reduz bastante a possibilidade de incidência da Corte. Nesta seara, Hans Köchler expõe que, considerando essa restrição, a Corte está fadada à praticar a justiça seletiva, especialmente por que a maioria das maiores potências militares - como Estados Unidos, Rússia, China, Israel, Turquia - não são Estados partes. Assim, o TPI estaria estruturalmente condenada à punir os mais “fracos” e poupar os mais “poderosos”, circunstância que diminui a credibilidade do Tribunal⁹¹.

Isto justificaria as possíveis omissões do TPI perante grandes potências, mas não deve ser acatado como argumento para que a atuação da Corte não seja, no mínimo, discutida. Afinal de contas, o tão buscado ideal de justiça universal não tem sentido se os Estados detentores do poder hegemônico estão determinados a ficar longe do sistema de justiça internacional.

O segundo ponto que é suscitado quanto a operacionalidade da Corte é o de que essa é um produto do princípio da complementariedade, ou seja, as nações mais desenvolvidas, com um

⁹¹ KÖCHLER, Hans. Global Justice or Global Revenge? The ICC and the Politicization of International Criminal Justice. **International Progress Organization Online Papers**, 2009. P. 2, tradução nossa. Disponível em: www.i-po.org/koechler-ICC-politicization. Acesso em: 4 de setembro de 2019.

sistema judiciário consolidado, seriam capazes de julgar as situações de seus territórios⁹². Como o TPI só pode intervir de forma subsidiária ao sistema penal interno e, em tese, as nações desenvolvidas possuem maior capacidade de realizar este julgamento, essas acabariam ficando fora do alcance da Corte.

Com efeito, é possível verificar a mencionada situação ao analisarmos a Tabela 1, na qual quatro das dez situações em exame preliminar possuem como pendência o requisito de admissibilidade, cuja análise é se a situação está sendo investigada pelo sistema penal interno.

Apesar disso, Lopes⁹³ atesta que tal justificativa é teoricamente fraca, tendo em vista que os criminosos que seriam objeto de julgamento no TPI geralmente são membros em posição de poder nos Estados, razão pela qual muitas vezes as jurisdições domésticas teriam dificuldade em levar tais processos adiante, independente de ser um Estado com um poder judiciário forte ou não.

Em contrapartida, Kai Ambos sustenta que, embora a atuação focada no continente africano seja prejudicial para a imagem da Corte, as críticas de neocolonialismo e racismo seriam infundadas pelo fato de que todas as investigações que levaram às condenações foram submetidas ao Tribunal pelos seus próprios governantes⁹⁴, circunstância que ficou demonstrada no início deste tópico.

Ocorre que, ainda assim, esta circunstância não é suficiente afastar o seu caráter seletivo, mesmo que este se manifeste por outro viés. Neste sentido, Frédéric Mégret⁹⁵ pontua que o mecanismo do próprio Estado parte poder indicar uma situação à Corte acaba atuando como uma forma de estigmatização e seleção feita pelos próprios Estados. Em seu trabalho, afirma que o mecanismo de acionar o TPI é “só uma maneira dos governos utilizarem o TPI para estigmatizar seus inimigos”. Como exemplo, cita a situação de Uganda em que o Estado denunciou a situação para a Corte com a finalidade de deslegitimar a LRA (Lord Resistance Army), movimento revolucionário cujo líder era Thomas Lubanga.

⁹² LOPES, M. K. S. **Tribunal Penal Internacional: a Seletividade do Sistema Penal para além das Jurisdições Internas**. 2015, P. 15. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/marelen_lopes.pdf. Acesso em 23 de julho de 2019. P. 6

⁹³ Idem. Ibidem.

⁹⁴ AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional: muito focado na África?** In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina**. 1. ed. – Brasília, DF: UnB, P. 181-184, 2015. P. 182

⁹⁵ MÉGRET, Frédéric. Practices of stigmatization. **Law & Contemp. Probs.** v. 76, p. 287-318, 2013. P. 297, tradução nossa. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol76/iss3/9>. Acesso em 30 de julho de 2019.

Por último, tem-se a já mencionada possibilidade de influência do Conselho de Segurança das Nações Unidas, pois o Estatuto autoriza que o exercício da jurisdição do TPI em território de Estado não parte ou sobre cidadãos nacionais de Estado não parte poderá depender do direito de veto dos membros permanentes do Conselho das Nações Unidas, tais quais: Estados Unidos, Rússia, Reino Unido, França e China. Refere-se a um grande privilégio direcionado a um órgão em que três países deste grupo sequer ratificaram o Estatuto de Roma, o que inequivocavelmente também influi na atuação seletiva da Corte.

Isso fica demonstrado ao analisarmos as situações em que o Conselho de Segurança efetivamente indicou ao TPI - Darfur/Sudão e Líbia – quando foi omissivo quanto ao encaminhamento das situações em Israel, Iraque, Afeganistão, Somália, entre outros, onde também foram documentados crimes internacionais tipificados pela Corte⁹⁶.

Na situação de Darfur/Sudão, suscita-se, inclusive, um encaminhamento seletivo da situação ao Procurador, onde o Conselho aparentemente queria blindar nacionais dos Estados Unidos da jurisdição do Tribunal. Isto porque o artigo correspondente do Estatuto prevê que o Corte poderá exercer jurisdição se “O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes”, não havendo nenhuma disposição neste dispositivo legal que autorize a indicação parcial de uma situação ao excetuar uma certa categoria de pessoas.

Sobrevém que, todavia, a Resolução 1593 do Conselho de Segurança das Nações Unidas expressamente ressaltou que estariam imunes os indivíduos nacionais de Países não parte do Estatuto de Roma, nos seguintes termos:

6. Decide que agentes nacionais, antigos ou atuais, de um Estado contribuinte de fora do Sudão que não é parte do Estatuto de Roma deverão ser submetidos à jurisdição exclusiva deste Estado por todos os supostos atos ou omissões decorrentes ou relacionados às operações realizadas no Sudão que foram autorizadas pelo Conselho ou pela União Africana, a não ser que essa jurisdição exclusiva tenha sido renunciada por este Estado contribuinte;⁹⁷

⁹⁶ KÖCHLER. Hans. Global Justice or Global Revenge? The ICC and the Politicization of International Criminal Justice. **International Progress Organization Online Papers**, 2009. Disponível em: www.i-po.org/koechler-ICC-politicization. Acesso em: 4 de setembro de 2019. p. 4, tradução nossa.

⁹⁷ UN Security Council, Security Council resolution 1593 (2005) [on Violations of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Darfur, Sudan], 31 de março de 2005, S/RES/1593 (2005), tradução nossa. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/42bc16434.html>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

Observa-se que o trecho acima viola não só a letra da lei que estabelece o Tribunal, como também o espírito do Estatuto de Roma, além de diminuir a credibilidade e a legitimidade da Corte. Ao conceder imunidade da persecução penal do TPI aos nacionais de Estados não parte que estariam operando no Sudão em missões do Conselho de Segurança e da União Africana, o Conselho agiu em desserviço para a causa da justiça internacional criminal baseada na jurisdição universal⁹⁸.

É sabido que houve a preocupação de veto caso houvesse um dispositivo na resolução que prevesse que militares de países com vaga permanente no Conselho pudessem ser julgados em Haia. Caso a resolução 1593 previsse que todos, sem restrição de nacionalidade, pudessem ser levados ao TPI, é provável que ela não seria aprovada e o caso não seria remetido à Corte. Tal posição foi claramente colocada no voto dos Estados Unidos na ocasião⁹⁹, o que nos leva a compreender essa atitude como mais uma forma de tentar evadir-se perante a responsabilidade internacional, que foi autorizada pelos mecanismos políticos do sistema internacional penal.

Diante o exposto, fica evidente a operacionalidade invertida da Corte, ao compararmos a sua atuação, até a presente data, com o discurso jurídico penal através do qual esta se sustenta. Constata-se que o sistema internacional penal acaba por construir seletividade e estigmatização de um inimigo específico (nacionais de países historicamente colonizados) e reproduzir desigualdades sociais, reconhecidas as grandes e pertinentes inovações para a seara do direito internacional. A operacionalidade aqui exposta não pretende suscitar que o fim do Tribunal Penal Internacional, haja vista que também trouxe ganhos para o Direito Internacional, mas que a atuação desse deve ser questionada.

⁹⁸ KÖCHLER, Hans. **Double Standards in International Criminal Justice: The Case of Sudan**. [Statement by Dr. Hans Köchler, President of the International Progress Organization]. Vienna: International Progress Organization, 2 de abril de 2005, tradução nossa. Disponível em: <https://i-p-o.org/Koechler-Sudan-ICC.pdf>. Acesso em: 29 de setembro de 2019.

⁹⁹ ZEN, Cássio Eduardo. O relatório da comissão internacional de inquérito sobre a situação em Darfur - Sudão: da suspeita de crime de genocídio, da necessidade do julgamento no Tribunal Penal Internacional e das imunidades conferidas pela Resolução 1593 do Conselho de Segurança das Nações Unidas. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v.1, n.1, P. 225-250, jan./jun, 2005. P. 242

3. DA OMISSÃO DO TRIBUNAL FRENTE ÀS GRANDES POTÊNCIAS MUNDIAIS: A DECISÃO Nº ICC-02/17-33 DE 12 DE ABRIL DE 2019

3.1. O conflito entre o Estados Unidos e o “inimigo” Afeganistão

De maneira que possamos compreender o contexto que norteia a decisão sob a qual este capítulo se debruçará, é forçoso que entendamos como o governo norte-americano estabeleceu o Afeganistão como o “inimigo”, situação que autorizou a intervenção no território afegão e gerou os supostos crimes que foram denunciados ao TPI em 2017. Destaque-se que não se pretende exaurir todos as questões que envolvem o tema, já que versa sobre uma matéria de geopolítica bastante complexa que não é o ponto central deste trabalho.

Os Estados Unidos, no fim da Segunda Guerra Mundial, configuravam como líder militar e econômico do mundo, principalmente pela devastação das grandes potências que poderiam competir com esse país após as Grandes Guerras. Com a Guerra Fria, essa posição ficou ainda mais evidente, a julgar que, diante das tensões com a União Soviética, a “paz” foi mantida através das ameaças implícitas das armas nucleares, o que teve como consequência a ainda maior militarização da economia norte-americana¹⁰⁰. Nessa época, os EUA atuavam com a polarização do discurso entre o “bem” da democracia liberal e o “mal” comunista, padrão que foi reproduzido em outros momentos da história norte-americana, conforme veremos adiante.

Frise-se que o Oriente Médio, cujo território seria próximo da antiga União Soviética, ocupa uma posição importante na geopolítica do imperialismo. Dentre outros fatores, essa importância se dá pelo acesso ao petróleo relativamente barato, vital para a economia. Com isso, Amin afirma que o melhor meio de ter esse acesso garantido era assegurar o controle político da região¹⁰¹, o que poderia guiar certas escolhas de política externa.

Durante a Guerra Fria, alguns eventos contribuíram para que as relações entre os EUA e o Afeganistão se estreitassem. Em 1978, houve o golpe de Estado na capital Cabul e, em 1979, a queda da monarquia em Teerã. Em consequência, por esse país ter estado voltado para a União Soviética desde o fim da Segunda Guerra Mundial, temeu-se que um país sob o domínio soviético poderia levar outros na região a seguirem o exemplo. Desta maneira, os EUA tomaram medidas

¹⁰⁰ KARNAL, Leandro. et al. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. São Paulo: Contexto, 2007. P. 229

¹⁰¹ AMIN, Samir. Geopolítica del imperialismo contemporáneo. In: BORÓN, Atilio (Org.). **Nueva hegemonía mundial: alternativas de cambio y movimientos sociales**. Buenos Aires: Clacso, 2004. P. 45, tradução nossa.

com o intuito de “prevenir” essa possibilidade e autorizaram ajuda para a população afegã com apoio financeiro e, posteriormente, militar¹⁰².

Após uma década de apoio com envio de armas e dinheiro, contudo, os líderes dos EUA praticamente deixaram os afegãos de lado durante os anos 1990, a partir da retirada da União Soviética e o fim da Guerra Fria, pois a região parecia de pouca importância geoestratégica para o país¹⁰³.

Ocorre que, seguindo o colapso do Governo do Presidente Najibullah em 1992, uma Guerra Civil desencadeou no Afeganistão entre grupos *mujahideen* rivais. Entre 1992 e 1996 a capital afegã foi tomada por um violento conflito entre esses grupos, sendo cometidos ataques indiscriminados que mataram milhares de civis e destruíram partes da cidade.

Após o momento de saída dos EUA da região e o contexto de conflitos internos supramencionado, sucedeu a ascensão do Talibã e a aproximação deste grupo com a Al-Qaeda¹⁰⁴.

Neste momento histórico, os EUA não possuíam nenhuma “ameaça externa” concreta como nos anos anteriores. Ainda assim, o presidente da época, Bill Clinton, assume o poder ressaltando a responsabilidade dos Estados Unidos perante o mundo por ainda serem “tempos perigosos e incertos”, de maneira que o país teria como obrigação moral e prática espalhar seus valores. Diversos conflitos não internacionais assolam o mundo neste momento da história, inclusive no Oriente Médio (não especificamente no Afeganistão), o que levou Clinton a se ocupar cada vez mais dos assuntos externos. A política externa deste, apesar disso, privilegiava as soluções multilaterais dos conflitos e priorizou a dimensão econômica¹⁰⁵.

Quando George W. Bush assumiu, todavia, mesmo que permanecesse ausente tal “grande ameaça” ao país, sua postura foi oposta a do presidente anterior. O primeiro assumiu a presidência anunciando que não haveria contínuo engajamento dos Estados Unidos no processo de paz do

¹⁰² ALARCON, Danillo. **Os meandros da política externa dos Estados Unidos para o Afeganistão: o 11 de setembro e a Operação Liberdade Duradoura**. Brasília, 2012. Dissertação (Mestrado) – UnB. P. 86. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/11331>. Acesso em 20 de outubro de 2019.

¹⁰³ Idem, p. 99.

¹⁰⁴ Idem, p. 97.

¹⁰⁵ SANTOS, Maria Helena de Castro. O papel dos Estados Unidos na Nova Ordem Internacional e as intervenções militares americanas no pós-Guerra Fria: que lugar ocupa aí a democracia?. **Meridiano** 47, v. 11, n. 117, p. 18-23, 2010. P. 18-19

Orientes Médio e que a atuação norte-americana seria moldada apenas com base nos interesses nacionais¹⁰⁶.

Tal postura, no entanto, mudaria completamente após os eventos de 11 de setembro de 2001.

Chomsky¹⁰⁷ menciona que os atentados terroristas de 11 de setembro geraram uma reação catastrófica principalmente pelo fato de que, desde 1814 (quando os britânicos incendiaram Washington), ainda que os EUA tenham se envolvido em diversos tipos de conflito, todos esses teriam ocorrido em outras localidades. Assim, desde a data mencionada, não havia tido nenhum ataque ao território nacional norte-americano de fato.

Nesse interím, após a consequente atribuição da autoria dos ataques ao grupo Al-Qaeda, a intervenção no Afeganistão é colocada como questão de segurança nacional, questão-chave na chamada “guerra ao terror”. No discurso após os atentados terroristas, o presidente Bush procura ressaltar os valores do país em oposição aos atributos negativos dos inimigos terroristas¹⁰⁸, tática de discurso do “bem” e o “mal” semelhantemente aplicada na Guerra Fria.

A operação no Afeganistão contou, inclusive, com um amplo apoio da comunidade internacional, em razão da magnitude dos ataques realizados.

Nesse contexto, o maniqueísmo do bem e do mal é caracterizado também como a dinâmica do cidadão e do inimigo, de forma que seriam aliados aqueles que compartilham dos valores norte-americanos e compreendem a necessidade de intervenção para garantir um “mundo melhor”¹⁰⁹.

A política externa norte-americana, a partir destes fatos, adotaria a prática de atuar contra um inimigo antes que esse tivesse a possibilidade de realizar qualquer ataque, na “guerra preventiva”. É perceptível que tal política foi utilizada como justificativa para diversas intervenções dos EUA em países do Oriente Médio, como no Iraque.

Essa práxis pode ter relação direta com a teoria do inimigo do Direito Penal já abordada neste trabalho. Zaffaroni¹¹⁰ elenca que, após os fatos do 11 de setembro, o sistema penal encontrou

¹⁰⁶ Idem. Ibidem.

¹⁰⁷ CHOMSKY, Noam. A nova guerra contra o terror. **Estudos Avançados**, v. 16, n. 44, p. 5-33, 2002. P. 9.

¹⁰⁸ LEITE, Lucas Amaral Batista. George W. Bush e a construção do inimigo na guerra ao terror. **Fronteira: revista de iniciação científica em Relações Internacionais**, v. 8, n. 16, p. 27-59, 2009. P. 42.

¹⁰⁹ Idem, p. 43.

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 65.

um inimigo chamado terrorismo. Desta forma, a política externa dos EUA teria tomado a prevenção do discurso penal legitimante e a utilizado para apresentar a guerra contra o Iraque como preventiva. O autor expõe que demonstra-se uma tentativa de encontrar um inimigo que preenchesse o local deixado pela União Soviética.

Assim, em 7 de outubro de 2001, os Estados Unidos lançaram uma operação militar chamada “Operação Liberdade Duradoura” (OLD) no Afeganistão com o objetivo de lutar contra o Governo do Talibã, que teria abrigado o grupo Al Qaeda e seus líderes. A intervenção norte-americana no território afegão, juntamente aos conflitos internos, teria contribuído para que diversos crimes dentro da jurisdição do TPI fossem cometidos e reportados à Corte em 2017, conforme será analisado adiante.

3.2. A (ausente) responsabilização de crimes cometidos pelos Estados Unidos no Afeganistão e o “Interest of Justice”

Compreendidas as hostilidades entre os Estados Unidos e o Afeganistão, neste tópico pretende-se analisar a decisão proferida em 12 de abril de 2019 pela II Câmara de Pré-Julgamento do TPI¹¹¹, oportunidade em que os juízes decidiram que o pedido de investigação realizado pela Promotora não seria deferido em razão do interesse da justiça. Necessário destacar que não se pretende realizar um juízo de certeza sobre a responsabilidade dos crimes cometidos, tendo em vista que não há como conceber qualquer sistema penal sem o princípio da presunção de inocência. Além disso, tampouco se pretende argumentar no sentido de que uma maior incidência do sistema penal é a resposta correta diante desta situação conflituosa. Desta forma, a análise se dá sobre o posicionamento da Corte diante a mera possibilidade de implicar nacionais dos Estados Unidos, sem a tentativa de considerá-los culpados.

Em 13 de outubro de 2017, a Promotora do TPI, Fatou Bensouda, informou à presidência do TPI a decisão de solicitar autorização judicial para investigar a situação no Afeganistão¹¹² com relação aos crimes supostamente cometidos desde 1 de maio de 2003 e aos crimes que teriam

¹¹¹ Pre-Trial Chamber II. **Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan**. 12 de abril de 2019, ICC-02/17-33. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-33>. Acesso em: 8 de outubro de 2019.

¹¹² Office of the Prosecutor. **Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15**. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. 20 de novembro de 2017, ICC-02/17-7-Red. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-7-Red>. Acesso em 8 de outubro de 2019.

conexão com o conflito afegão ocorridos no território de outros Estados Parte desde 1 de julho de 2002. Através da legitimidade ativa consagrada pelo art. 15 (3) do Estatuto de Roma, que já foi comentado neste trabalho, a Promotora submeteu o pedido ao juízo internacional, por crer que haveria fundamentos razoáveis para prosseguir com a investigação.

A interação entre a Promotoria e a Câmara de Pré-Julgamento em momento tão inicial do procedimento – que não é processo, mas sim possível investigação – constitui exemplo marcante das peculiaridades do direito processual do TPI¹¹³. Um dos artigos que dispõe sobre esse momento processual é o art. 53 do Estatuto, que será melhor comentado adiante.

A acusação, em seu pedido de investigação, destaca a existência de crimes supostamente cometidos pelo Talibã, pelas forças armadas afegãs, por algumas forças armadas internacionais e, principalmente, pelas forças armadas norte-americanas e a CIA (Agência Central de Inteligência).

Contudo, haja vista que suscita-se a hipótese da omissão da Corte perante nacionais de uma grande potência mundial, iremos nos ater aos crimes que supostamente teriam sido cometidos pelas forças do exército norte-americano e a CIA.

Quanto a esses últimos, o pedido da acusação contém informações de que: a) vários indivíduos foram capturados, detidos e transferidos pelas forças armadas norte-americanas para instalações deste país em outras bases aéreas próximas, sob a suspeita de serem membros, terem cooperado com a Al-Qaeda e/ou possuírem informações sobre possíveis ataques; b) vários indivíduos foram capturados e semelhantemente maltratados e violentados dentro ou fora do Afeganistão pela CIA, com o intuito de obter confissões, informações e até mesmo como retaliação pelos fatos ocorridos do 11 de setembro de 2001 nos EUA. *In verbis*:

187. As informações disponíveis fornecem uma base razoável para acreditar que, a partir de 1 de maio de 2003, membros das forças armadas dos EUA cometeram crimes de guerra de tortura, tratamento cruel, violações à dignidade da pessoa, estupro e outras formas de violência sexual. Esses crimes foram cometidos no contexto de um conflito não internacional armado. As informações disponíveis fornecem fundadas razões para crermos que, desde 1 de julho de 2002, membros da CIA cometeram crimes de guerra de tortura, tratamento cruel, violações à dignidade da pessoa, estupro e outras formas de violência sexual. Esses crimes foram cometidos no contexto de um conflito não internacional armado, tanto no território do Afeganistão como no território de outros Estados Parte do Estatuto¹¹⁴.

¹¹³ STEGMILLER, Ignaz. **The pre-investigation stage of the ICC: Criteria for situation selection**. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. P. 21

¹¹⁴ Office of the Prosecutor. **Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15**. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. 20 de novembro de 2017, ICC-02/17-7-Red, parágrafo 187, tradução nossa. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-7-Red>. Acesso em 8 de outubro de 2019.

A materialidade dessas ocorrências seria constatada pelas fontes seguras apresentadas, tais quais: relatórios do *US Senate Select Committee on Intelligence* e do *US Senate Armed Services Committee*¹¹⁵, além dos relatos apresentados por diversas vítimas. O número total de vítimas é uma estimativa, mas a Promotora assevera que foram pelo menos 54 pessoas detidas pelas forças armadas norte-americanas e 24 pessoas detidas pela CIA. Nestes números, a acusação ressalta que só se contabilizou os crimes que teriam sido cometidos no contexto do Afeganistão e com esse relacionado.

Dentre as violações, frisam-se as torturas perpetradas com o objetivo de obter informações, como i) o confinamento prolongado; ii) privação de sentidos (constantes imposições de escuridão e luz, bloqueadores de som, vedação dos olhos); iii) exposição a calor, frio e sons extremos; iv) submissão a posições desconfortáveis para gerar “estresse muscular”; v) privação de sono e de alimentação; vi) lesões graves como forma de ameaça; vii) violência sexual através das técnicas conhecidas como “*rectal rehydration*” ou “*rectal feeding*” aplicadas com força excessiva; viii) técnicas de afogamento; entre outras condutas que, sem dúvidas, causaram dores físicas e mentais para tais vítimas¹¹⁶.

O juízo decisório, entretanto, decidiu por não autorizar a investigação da situação mencionada, pelos fundamentos que serão expostos a seguir.

Em primeiro lugar, ao analisar o elemento jurisdicional da *ratione loci* – art. 12 2 (a) do Estatuto de Roma – a Câmara acertadamente reconhece a alternatividade das opções consagradas nos arts. 12 2 (a) e 12 2 (b), concluindo que, para o exercício da jurisdição, deve estar presente apenas uma das duas previsões. Tendo em vista que os crimes cometidos teriam ocorrido no território do Afeganistão e o Estado ratificou o Estatuto em fevereiro de 2003, pouco importaria a nacionalidade dos eventuais acusados.

A Corte não considera dentro da jurisdição do TPI, porém, os crimes que teriam ocorrido fora do território de um Estado parte, ainda que a vítima tenha sido capturada dentro deste. Frisa que o nexo suscitado pela acusação só estaria presente se pelo menos uma parte dos crimes tivesse

¹¹⁵ Pre-Trial Chamber II. **Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan**. 12 de abril de 2019, ICC-02/17-33, parágrafo 47, tradução nossa. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-33>. Acesso em: 8 de outubro de 2019.

¹¹⁶ Office of the Prosecutor. **Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15**. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. 20 de novembro de 2017, ICC-02/17-7-Red, parágrafo 193, tradução nossa. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-7-Red>. Acesso em 8 de outubro de 2019.

ocorrido dentro das fronteiras do país. Para a Câmara, portanto, estariam de fora da jurisdição do Tribunal aqueles delitos que a Promotoria teria sugerido que apenas a captura teria ocorrido dentro do país, como também aqueles que nem mesmo a captura teria ocorrido no Afeganistão (mas de acordo com o órgão acusador teriam conexão com o conflito em questão).

Essa compreensão tem um impacto direto em alguns dos crimes atribuídos à CIA, constantes no “*Annex 2C*”¹¹⁷, que se enquadrariam nas condições mencionadas acima. No entanto, é perceptível que estas características não se aplicam a todas as supostas condutas que foram denunciadas pelo Ministério Público.

Desta maneira, o rol de crimes a ser apurado na futura investigação poderia ser reduzido, mas ainda haveria fundamentos suficientes para a manutenção do exercício da jurisdição quanto às demais condutas denunciadas (dentre as quais também persistiriam aquelas que seriam atribuídas a nacionais dos EUA).

Presente, assim, o requisito da competência territorial, *ratione loci*, sem prejuízo da possível nacionalidade dos acusados – circunstância que a Câmara assevera que não precisa ser assinalada para o juízo que se pretende realizar neste momento pré-investigatório do processo¹¹⁸. Questiona-se, todavia, se essa informação de fato não influenciou na decisão final da Corte, pelas razões já desenvolvidas neste trabalho.

Nos termos da decisão:

58. O fato de que a maioria das supostas condutas delituosas ocorreram dentro do território do Afeganistão, um Estado parte, torna desnecessário, nesta etapa, se aprofundar na questão da responsabilidade individual dos crimes com vista a determinar se há indícios razoáveis para crer que os supostos autores, conforme identificado pela Promotoria, são nacionais de um Estado parte¹¹⁹.

Quanto ao próximo critério para o exercício da jurisdição, temos a *ratione materiae*, correspondente à competência material do TPI. Trata-se de aferir se os crimes suscitados no pedido de investigação se enquadram no rol de condutas tipificado pelo Estatuto de Roma. Os crimes compreendidos na legislação, *lato-sensu*, são: genocídio, crimes de guerra, crimes contra a

¹¹⁷ O mencionado anexo do pedido de investigação é dotado de confidencialidade e não está disponível ao público no site do TPI.

¹¹⁸ Pre-Trial Chamber II. **Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan**. 12 de abril de 2019, ICC-02/17-33, parágrafo 57, tradução nossa. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-33>. Acesso em: 8 de outubro de 2019.

¹¹⁹ Idem, parágrafo 58, tradução nossa.

humanidade e crimes de agressão. Dentro dessas categorias enquadram-se diversas condutas que indubitavelmente correspondem aos crimes denunciados pelo órgão acusador.

Nesse sentido concluiu a Câmara, ao expor que “existe uma base razoável para acreditar que os incidentes constantes no Pedido ocorreram e que configuram crimes dentro da jurisdição da Corte”.

As ações denunciadas (não restringindo-se àquelas que teriam sido cometidas por nacionais dos EUA) enquadrariam-se no rol de condutas que corresponde à categoria de crimes contra a humanidade, tendo em vista que há indícios de que foram cometidos: assassinato, prisão ou outras formas severas de privação de liberdade e perseguição de um grupo ou de uma coletividade por razões políticas ou de gênero.

Além dos citados, verifica-se a incidência de crimes de guerra, a julgar que há fundadas razões para acreditar que foram cometidos: assassinato, tratamento cruel ou tortura, afrontas à dignidade pessoal (particularmente o tratamento humilhante e degradante), direcionamento de ataques contra civis, direcionamento de ataques contra pessoas ou objetos que são de assistência humanitária e missão de paz, direcionamento de ataques contra objetos protegidos, estupro e outras formas de violência sexual, usar, recrutar ou alistar crianças com menos de 15 anos e matar ou lesionar de forma traçozeira um adversário combatente¹²⁰.

Ainda que não tenhamos acesso ao documento anexo ao processo que possui a descrição das condutas que merecem ser investigadas, não há dúvidas sobre a competência material do TPI ao nos debruçarmos sobre os trechos expostos pela acusação. A título de exemplo:

197. Indivíduos detidos pela CIA, no centro de detenção “Cobalt” localizado no Afeganistão, por exemplo, eram forçados a “andar pelo local despidos ou eram amarrados com suas mãos acima da cabeça por longos períodos” e “eram submetidos a o que era descrito como “derrubada bruta”, quando cinco oficiais da CIA gritavam com o detido, o arrastavam para fora de sua cela, tiravam suas roupas e o prendiam com fita adesiva. O detido era encapuzado e arrastado por um longo corredor enquanto era estapeado e esmurrado”¹²¹

A terceira e última condição para que o requisito da jurisdição esteja completo é o *ratione temporis* (art. 11 do Estatuto de Roma), questão que a Corte sequer discorre separadamente, haja

¹²⁰ Office of the Prosecutor. **Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15.** Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. 20 de novembro de 2017, ICC-02/17-7-Red, parágrafo 42, tradução nossa. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-7-Red>. Acesso em 8 de outubro de 2019.

¹²¹ Idem, parágrafo 197, tradução nossa.

vista ficar demonstrado que os supostos crimes teriam ocorrido após 10 de fevereiro de 2003, data em que o Afeganistão aderiu ao Estatuto.

Desta maneira, a Câmara de Pré-Julgamento entendeu que estavam atendidos todos os requisitos da jurisdição.

Sucessivamente, os juízes realizam uma análise sobre os requisitos de admissibilidade do caso. O juízo de admissibilidade encontra-se positivado no art. 17 do Estatuto de Roma e corresponde a dois elementos, os quais já foram comentados neste trabalho: a complementariedade e gravidade.

A complementariedade consiste em verificar se a jurisdição do Estado em que ocorreu a situação denunciada está investigando/processando tais crimes ou falhou em fazê-lo. Trata-se de um aspecto que costuma refrear a atuação da Corte, conforme demonstra a Tabela 1 constante no segundo capítulo deste trabalho¹²², pois a atuação do TPI só pode ocorrer de forma subsidiária à jurisdição interna.

No caso do Afeganistão, não há nenhuma investigação ou persecução penal que foi conduzida ou está sendo em desfavor dos possíveis responsáveis. Não há, também, nenhum indício de possíveis persecuções realizadas pelos EUA referente a esses crimes supostamente cometidos por seus nacionais.

O nível de gravidade dos crimes cometidos está presente, de acordo com os juízes, ao se analisar o nível de responsabilidade dos potenciais criminosos, a quantidade e a seriedade dos crimes supostamente cometidos, além do evidente impacto nas vítimas.

O crime de tortura atende a gravidade necessária por ser radicalmente rechaçado pelo Direito Internacional e, neste caso, principalmente porque teriam sido cometidos por funcionários públicos através de suas funções. Tal conduta foi explicitamente refutada pelo artigo V da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e definida juridicamente na Convenção Internacional contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes aprovada em 1984.

Atendidos os requisitos de jurisdição e admissibilidade, por conseguinte, passa-se a analisar a última pedênci para a autorização ser deferida no pré-julgamento: o interesse da justiça.

¹²² Quatro situações em exame preliminar no TPI estão “pendentes” pelo fato de que as jurisdições internas estão atuando na apuração dos crimes. Desta maneira, está ausente o requisito da admissibilidade.

É ponto bastante controverso, através do qual, *in casu*, os juízes justificaram a impossibilidade de investigar os crimes cometidos no Afeganistão.

A redação do art. 53 (1) (c) informa que, para que o inquérito seja instaurado, deve ser averiguado se a investigação em questão atende aos interesses da justiça. É um instituto que surgiu com o intuito de refrear o poder da acusação com o consequente controle judicial (afinal, estamos diante da legitimidade ativa *proprio motu* da Promotoria iniciar uma investigação), mas esse foi concretizado de forma bastante nebulosa. A nebulosidade também foi bastante criticada em razão da situação oposta: a Promotoria poderia alegar a não investigação de um crime em razão do mesmo instituto, o que demonstra que é um conceito complexo.

O dispositivo expõe que “c) Tendo em consideração a gravidade do crime e os interesses das vítimas, não existirão, contudo, razões substanciais para crer que o inquérito não serve os interesses da justiça”, ou seja, com exceção da gravidade do crime, os interesses das vítimas e os aspectos que envolvem a identidade do suposto autor - que serão comentados adiante - não há mais disposições no Estatuto que determinem quais os critérios que devem ser utilizados para realizar este juízo.

No caso em análise, a Câmara primeiramente assevera que a apreciação do interesse da justiça, tendo em vista a ausência de definição legal, deve considerar os objetivos do Estatuto: a efetiva persecução penal dos crimes internacionais mais sérios, a luta contra a impunidade e a prevenção de grandes atrocidades.

Nesse sentido, a Corte informa que essa apreciação deve levar em conta a possibilidade da investigação conseguir atender os mencionados objetivos. Afirma que o TPI não possui a intenção de atender a todo e qualquer caso, mas sim aqueles em que crimes internacionais foram cometidos e há a possibilidade da investigação ser bem sucedida. Desta maneira, no caso do Afeganistão, os juízes justificaram a ausência de interesse da justiça pela suposta probabilidade de que as investigações não seriam exitosas.

Tal ausência de êxito se daria pelos seguintes motivos: a) o tempo significativo entre os crimes cometidos e o pedido de investigação e a consequente ausência de evidências; b) a cooperação escassa obtida pela acusação, como resultado do contexto político do país; c) a possibilidade das evidências e potenciais suspeitos não estarem ao alcance dos esforços investigativos da Promotora; e, por último d) os altos custos que essa investigação demandaria, que

supostamente seriam incompatíveis com o orçamento dos próximos anos da Corte e poderiam prejudicar outros casos com maior chance de sucesso.

Diferente do restante dos critérios estabelecidos no art. 53 do Estatuto de Roma, o interesse da justiça é distintivo porque qualquer decisão que o utilize como base será totalmente discricionária¹²³. Alguns nortes são indicados pelo texto estatutário, dentre eles há a gravidade do crime, os interesses das vítimas e, também, a idade ou o estado de saúde do presumível autor e o grau de participação no alegado crime (art. 53 (2) (c)).

As justificativas apresentadas pela Câmara, no entanto, nada dispõem sobre os critérios acima. Ainda que sejam questões pertinentes, estas divergem bastante do que a letra da lei indica como possíveis fundamentos para conferir se há – ou não – interesse da justiça para prosseguir com uma eventual investigação. A indeterminação do termo, contudo, acaba possibilitando que qualquer argumento seja utilizado como fundamento.

Quando analisamos a redação do Estatuto é possível depreender que há uma duplicação do requisito da “gravidade do crime”. Isto porque a (in) suficiência da gravidade dos supostos delitos também está no requisito de admissibilidade (art. 17 (1) (d)) – que foi constatada no caso em tela, conforme já discurremos supra – e deve ser considerada quando da análise do interesse da justiça, vide a redação dos arts. 53 (1) (c) e 53 (2) (c). Webb¹²⁴ suscita que a repetição pode ser vista como um reflexo da preocupação das delegações presentes no Comitê Preparatório da Conferência de Roma de que os interesses intrínsecos ao princípio da complementariedade “protegessem” os Estados.

Para determinar a gravidade do crime, enquanto critério de admissibilidade, a situação deve atingir, além da inerente ao rol de crimes tipificados, gravidade suficiente para justificar o prosseguimento da ação. Por essa razão, o Ministério Público, em documento publicado pelo próprio órgão¹²⁵, expõe que, quando da análise do interesse da justiça, a situação já vai ter atendido ao elemento da admissibilidade para persecução internacional, o que demonstra uma presunção em favor de iniciar uma investigação onde o patamar da gravidade para prosseguir estiver configurado.

¹²³ WEBB, Philippa. The ICC Prosecutor's Discretion Not to Proceed in the Interests of Justice. **Criminal Law Quarterly**, v. 50, p. 305-348, 2005. P. 320, tradução nossa.

¹²⁴ Idem, p. 327, tradução nossa.

¹²⁵ Office of the Prosecutor. **Policy paper on the interests of justice**, tradução nossa. Disponível em: <https://www.iccpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9F54D4321BF0973422BB23528/143640/ICCOTPInterestsOfJustice.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

Não obstante, o órgão alega que, no “segundo” juízo de gravidade do crime, costuma-se considerar a escala, a natureza, a maneira que os crimes foram cometidos e seu impacto social.

Webb ressalta que a prática do Tribunal Penal Internacional para Antiga Iugoslávia e do Tribunal Penal Internacional para Ruanda são bons precedentes a serem utilizados como parâmetro pelo TPI nesse aspecto. Na atuação do TPII, o Promotor procurou por casos que tivessem particular “repercussão histórica”, seja pela magnitude de vítimas ou pelas atrocidades cometidas. Quanto a ambas as Cortes *ad hoc*, foram considerados graves, também, aqueles crimes que envolveriam violência sexual, gerando os primeiros vereditos que consideraram o estupro como um crime de guerra. A autora assevera que, uma vez que o Estatuto do TPI abarca diversos crimes de cunho sexual, a presença de qualquer tipo de violência sexual poderia ser considerada ao realizar o juízo de gravidade do crime inserido nos interesses da justiça¹²⁶.

Nesse sentido, Rashid¹²⁷ declara que todos os crimes dentro da jurisdição do TPI são suficientemente sérios, mas crimes como genocídio e crimes relacionados com violência sexual devem ser sempre considerados como graves o suficiente para atrair a atenção da Corte.

Considerando os parâmetros sugeridos acima, é perceptível que a situação do Afeganistão atenderia a todos eles, haja vista que a gravidade dos crimes resta evidente, mesmo que excluíssemos os crimes atribuídos aos EUA. Foram relatados crimes sexuais e, sem dúvidas, trata-se de uma situação que atrai repercussão histórica.

O segundo aspecto expressamente legal para a configuração do interesse da justiça são os interesses das vítimas. O Estatuto do TPI possui a característica marcante de atribuir um maior protagonismo às vítimas no processo, sendo um pertinente avanço para o Direito Internacional Penal. Essa situação é ilustrada no art. 68 (3) da lei estatutária, o qual autoriza que as vítimas apresentem e tenham suas opiniões consideradas quando seus interesses pessoais se virem afetados por determinada atuação do Tribunal¹²⁸. Além do próprio art. 15 (3), que autoriza que as vítimas sejam representadas sobre a possibilidade ou não de iniciar uma investigação quando da iniciativa

¹²⁶ WEBB, Philippa. The ICC Prosecutor's Discretion Not to Proceed in the Interests of Justice. **Criminal Law Quarterly**, v. 50, p. 305-348, 2005. P. 327-328, tradução nossa.

¹²⁷ RASHID, Farid Mohammed. “The Interests of Justice” under the ICC Prosecutor Power: Escaping Forward. P. 53-68, 2013. P. 57, tradução nossa. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.426.2971&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 17 de outubro de 2019.

¹²⁸ VEGA GONZALEZ, Paulina. O papel das vítimas nos procedimentos perante o Tribunal Penal Internacional: seus direitos e as primeiras decisões do tribunal. **Sur, Rev. int. direitos human.**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 18-41, 2006. P. 23. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v3n5/v3n5a02.pdf>. Acesso em 19 de outubro de 2019.

proprio motu da Promotoria. Desta forma, não é surpreendente que o Estatuto coloque o interesse das vítimas como requisito para atingir o interesse da justiça necessário.

Assim, embora o significado de “interesses das vítimas” seja claro, há uma certa ambiguidade sobre se estes interesses necessariamente seriam direcionados a um processo penal. Enquanto em uma situação algumas vítimas poderiam querer a justiça feita, outras poderiam preferir que acontecimentos caíssem em esquecimento¹²⁹. Ainda que haja o senso comum de que as vítimas sempre buscam a persecução penal dos acusados, deve-se analisar as circunstâncias do caso a caso para adequar-se às demandas das vítimas.

Na situação do Afeganistão, a decisão expõe que as representações suplementam e complementam as alegações do órgão acusador. Quanto aos números específicos das representações das vítimas, dispõe (não se restringindo às vítimas de delitos supostamente realizados por nacionais dos EUA):

No geral, a Corte recebeu um total de 794 representações em Dari e Pachtó, como também em Árabe, Inglês e Alemão, das quais 699 foram transmitidas para a Câmara de Pré-Julgamento em nome das seguintes vítimas: 668 representações em nome de 6.220 indivíduos; 17 representações em nome e 1.690 famílias; 13 representações em nome de milhões de vítimas, incluindo 26 vilarejos; e 1 representação em nome de uma instituição¹³⁰.

No caso em análise, o pronunciamento das vítimas foi direcionado em favor da investigação, conforme demonstram os dados acima retratados pelos próprios juízes.

Quanto aos demais critérios legais dos dispositivos estatutários, tem-se a idade ou o estado de saúde do presumível autor e o grau de participação no alegado crime, expostos no art. 53 (2) (c) do Estatuto. Tratam-se de critérios objetivos que não abrem margem para maiores interpretações, quando um eventual acusado está velho demais, com a saúde prejudicada para responder um processo criminal ou quando teria participação mínima no delito.

Neste caso, entende-se que é um critério a ser aferido apenas em momento processual, tendo em vista que, na fase de investigação não é comum que se saiba quem foi o indivíduo

¹²⁹ RASHID, Farid Mohammed. “**The Interests of Justice**” under the ICC Prosecutor Power: Escaping Forward. P. 53-68, 2013. P. 57, tradução nossa. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.426.2971&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 17 de outubro de 2019.

¹³⁰ Pre-Trial Chamber II. **Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan**. 12 de abril de 2019, ICC-02/17-33, parágrafo 27, tradução nossa. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-33>. Acesso em: 8 de outubro de 2019.

responsável pelo cometimento dos crimes e qual o seu exato envolvimento¹³¹. Assim, é um critério que não poderia ter sido utilizado na decisão sob análise.

Findados os critérios para o interesse da justiça positivados no Estatuto, iremos nos debruçar sobre alguns pontos extralegais que são dipostos pela doutrina selecionada para, juntamente aos normatizados, configurarem como fundamento para o interesse da justiça.

Philippa Webb¹³² acredita que critérios prévios para interpretar o interesse da justiça iriam aumentar a legitimidade das decisões do Promotor (quando decidir por não investigar) e, em consequência, as decisões da Câmara de Pré-Julgamento. Lista como possíveis critérios, além dos já mencionados: a) questões de paz e segurança internacional; b) questões de justiça de transição; e c) recursos.

Quanto às questões de paz e segurança internacional, a autora afirma que deve-se averiguar se o início de uma investigação não iria aumentar ou desestabilizar uma situação de conflito, isto é, se uma investigação poderia prejudicar uma situação política delicada, ou interferir em um processo de negociação. Ignorar esse fato, segundo Webb, poderia prejudicar as vítimas e suscitaria questionamentos a respeito da Promotoria estar agindo por razões políticas.

Já quanto às questões de justiça de transição, a autora alega que deve ser verificado se mecanismos de justiça de transição alternativos já não estão tratando da questão. Em outras palavras, seria cabível ver se outras formas de resolução de conflitos, como anistias, comissões da verdade, reparações financeiras e compensações estão sendo aplicadas na situação passível de investigação pelo TPI.

Por último, quanto aos recursos, a autora alega que a possível duração e os gastos com um processo específico é um aspecto pragmático, quando em comparação com os demais, mas seria relevante ao levar em conta os recursos limitados do TPI.

Alisson Danner¹³³ sugere que alguns pontos sejam levados em conta, os quais se assemelham aos trazidos por Webb: a) o impacto da investigação no local do crime; b) a existência de modelos de resolução de conflitos alternativos; c) o risco de desestabilizar uma situação política; d) conflito em andamento; e e) gastos e duração do julgamento.

¹³¹ WEBB, Philippa. The ICC Prosecutor's Discretion Not to Proceed in the Interests of Justice. **Criminal Law Quarterly**, v. 50, p. 305-348, 2005. P. 330, tradução nossa.

¹³² Idem, p. 346, tradução nossa.

¹³³ DANNER, Allison Marston. Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court. **American Journal of International Law**, p. 510-552, 2003. P. 544-545, tradução nossa.

Nota-se que, dos critérios extralegais sugeridos acima, apenas um deles chega a ser utilizado como fundamento pela II Câmara de Pré-Julgamento: os recursos limitados. Certamente negar a investigação de um caso complexo pode possibilitar que o Tribunal atue sobre mais casos, mas, por outro lado, a complexidade do julgamento pode aumentar em razão da posição hierárquica do acusado¹³⁴. Considerando que a atuação da Corte acaba sendo voltada para indivíduos que ocupam grandes cargos, tal complexidade não surgiria de toda forma?

Isto posto, para dispor sobre essa questão, Webb ressalta o voto de uma juíza que opinou em um caso julgado no TPII:

Qualquer decisão baseada em “economia judiciária” inevitavelmente reflete a visão dos juízes sobre quais casos “valem a pena” e quais não. Esse, no entanto, é o papel do Promotor, que deve equilibrar considerações legais e políticas ao escolher como utilizar os recursos limitados. Reconhecer um papel paralelo dos juízes em aceitar ou rejeitar casos com base em critérios extralegais desafia suas imparcialidades enquanto aplicadores da lei¹³⁵

Ainda, o trecho citado acima possibilita que estendamos tal lógica para o refutar o outro argumento utilizado na decisão (de que a investigação estaria “fadada ao fracasso” pelos motivos que já foram mencionados, como a ausência de cooperação e de evidências pelo curso do tempo), pois a Corte faz um juízo de probabilidade de êxito que não pode ser afirmada com certeza e acaba escolhendo o presente caso como não digno da atuação do Tribunal.

Ainda que a decisão cite a situação política do Afeganistão, critério sugerido por ambas as autoras, não o utiliza como fundamento da negativa, mas sim como justificativa para a conclusão de que a Promotoria não terá cooperação do país e terá dificuldades para obter provas.

As justificativas utilizadas como base da decisão em análise não deixam de ser questões extremamente pertinentes, contudo, divergem bastante do que a redação do Estatuto e a doutrina expõem como diretriz para aferir o requisito do interesse da justiça.

Não obstante, outra questão que é suscitada sobre esta matéria é a de que os alicerces históricos do estabelecimento da Corte, já citados neste trabalho, devem ter influência significativa quando da interpretação do termo interesse da justiça. A ascensão do movimento de Direitos Humanos e o clamor pelo fim da impunidade contribuíram diretamente para o estabelecimento da

¹³⁴ WEBB, Philippa. The ICC Prosecutor's Discretion Not to Proceed in the Interests of Justice. **Criminal Law Quarterly**, v. 50, p. 305-348, 2005. P. 340-341, tradução nossa.

¹³⁵ Idem, ibidem.

Corte e não devem ser vistos apenas como base das previsões do Estatuto, mas também como influência para a interpretação deste¹³⁶.

Esse fato é, inclusive, reconhecido pelos juízes, os quais citam o documento da Promotoria que coloca como guia para o exercício da função discricionária no interesse da justiça “os objetos e propósitos do Estatuto”. Na decisão, entretanto, utilizam de tais objetivos para alegar que a Corte deve prosseguir apenas com casos que sejam efetivos.

Considerando que, da sua criação até a sua efetivação o discurso do TPI foi no sentido de acabar com a impunidade e prevenir esses crimes, a interpretação mencionada não nos parece de acordo com o “espírito da lei” do Estatuto. Lembremos o seguinte trecho do Preâmbulo do Estatuto:

[...] Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional, decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes [...]

A importância da definição do que concerne o interesse da justiça e como ele é fundamentado ocorre, também, por ser um argumento que pode ser utilizado pela acusação no futuro como motivo para investigar ou não uma situação, já que esse juízo também deve ser realizado pelo Promotor antes de submeter uma situação para autorização da Corte. Mesmo que nenhuma situação tenha, até a presente data, sido rejeitada pela Promotoria por essa razão.

Não podemos negar que aspectos práticos também possam ser considerados no juízo a ser realizado pela Corte. Entretanto, embora válidos, os argumentos utilizados são baseados em um juízo de dúvida sobre a efetividade de uma investigação que possui diversas variáveis, não havendo como termos certeza do seu fracasso.

A análise desta decisão nos faz questionar se outros fatores poderiam ter influenciado o veredito ora em discussão, pelas questões teóricas sobre a seletividade penal já discutidas neste trabalho. Nos parece que, diferente dos africanos, os norte-americanos encontram-se no grupo de cidadãos que não merecem a interferência da Corte.

Obviamente, tais fatos não comprovam inequivocamente a hipótese ora suscitada, porém foi possível constatar que ameaças públicas foram realizadas pelo presidente dos EUA, Donald

¹³⁶ GALLAVIN, Chris. Article 53 of the Rome Statute of the International Criminal Court: In the Interests of Justice? **King's Law Journal**, 14:2, p. 179-198, 2003. P. 184 Disponível em: <https://doi.org/10.1080/09615768.2003.11423624>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

Trump, à atuação do TPI¹³⁷ em setembro do ano de 2018. Dentre as ameaças, incluíam-se a revogação de vistos norte-americanos e até mesmo sanções econômicas¹³⁸.

Tais ameaças, inclusive, chegaram às vias de fato quando, antes do proferimento da decisão em análise, a Promotora do TPI teve seu visto norte-americano revogado após ter reiterado sua decisão de investigar os possíveis crimes por soldados americanos na guerra do Afeganistão¹³⁹. Ainda que este fato não tenha tido maiores consequências práticas, não deixa de ser uma retaliação do presidente.

Pertinente salientar que nenhuma investigação havia sido rejeitada anteriormente com base no argumento do interesse da justiça. Isso nos deixa sem maiores bases para comparação com outros casos de atuação da Corte e, desta maneira, outros fundamentos utilizados pela Câmara de Pré-Julgamento.

Diante disso, a decisão em questão deixa fortes indícios de que o sistema penal não é inerte ao jogo de forças global, considerando sua omissão mediante a mera possibilidade de julgar nacionais de grandes potências mundiais. Resta saber se a decisão será reformada em fase de apelação, cuja audiência para alegações orais está marcada para Dezembro de 2019¹⁴⁰.

¹³⁷ “Governo Trump ameaça Tribunal Penal Internacional caso investigue supostos crimes de guerra no Afeganistão”. **G1**, 11 de setembro de 2018. Disponível em <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/09/11/governo-trump-ameaca-tribunal-penal-internacional-caso-investigue-supostos-crimes-de-guerra-no-afeganistao.ghtml>. Acesso em 19 de outubro de 2019.

¹³⁸ “US to deny visas for ICC members investigating alleged war crimes”. **The Guardian**, 15 de março de 2019. Disponível em <https://www.theguardian.com/us-news/2019/mar/15/mike-pompeo-us-war-crimes-investigation-international-criminal-court>. Acesso em 19 de outubro de 2019.

¹³⁹ “EUA revogam visto de procuradora-geral do Tribunal Penal Internacional”. **Revista Veja**, 5 de abril de 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/eua-revogam-visto-de-procuradora-geral-do-tribunal-penal-internacional/>. Acesso em 19 de outubro de 2019.

¹⁴⁰ “Afghanistan: ICC Appeals Chamber schedules a hearing on 4-6 December 2019 to hear oral arguments”. **ICC**, 27 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=ma244>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de pesquisa buscou demonstrar divergências na operacionalidade pretendida e a operacionalidade real do Tribunal Penal Internacional, sob a ótica da criminologia crítica. Isto porque, em análise do exercício do poder punitivo, é perceptível que o controle penal sempre reconheceu um “inimigo”, ao qual se dirigiu de forma diferente dos demais.

O sistema penal, ao ter a completa legitimidade de agir diante o delito, adquiriu uma enorme capacidade decisória e, em consequência, de discricionariedades. A seleção dos indivíduos estigmatizados, embora não seja parte de um grande plano maligno, é comprovada ao verificarmos a atuação de qualquer sistema punitivo e se dá através de um conjunto das agências que formam o sistema penal.

Já que as condutas são cometidas pela maioria da população, é inegável que há alguns critérios que selecionam a minoria estigmatizada, dentre estes as questões sociais, econômicas e raciais. Assim, a evidente seleção na atuação do sistema penal demonstraria a falsidade do discurso jurídico da suposta defesa de todos os bens jurídicos, pois comprovadamente só interfere em algumas das diversas violações.

Essa característica, portanto, se estende ao sistema penal internacional.

A Corte Penal Internacional surgiu em um contexto pós-guerra de indignação da comunidade internacional, situação que contribuiu para que fosse consagrado, sobretudo, o discurso legitimador da prevenção e do fim da impunidade. A *razão de ser* do tribunal, contudo, é posta em questionamento quando nos deparamos com a sua operacionalidade, até a presente data, e, principalmente, a decisão deste ano que impede a investigação de crimes cometidos no Afeganistão pelo “interesse da justiça”.

Ao analisarmos a atuação do TPI, fica evidente que a divergência entre o discurso e a atuação é uma característica também do sistema penal internacional, já que das vinte e uma situações sob a tutela do TPI, apenas uma é na Europa e treze se passam na África. O mesmo se verifica no restringíssimo rol de condenados, formado por quatro homens negros nacionais do continente africano. Não nos parece verossímil que, de cento e vinte três países que ratificaram o Estatuto de Roma, apenas esses guardem os únicos crimes de tutela internacional e, em consequência, “os inimigos da humanidade”.

A mencionada seletividade também fica demonstrada quando, na oportunidade da mera investigação de crimes que poderiam ser atribuídos a nacionais dos EUA, a Câmara de Pré-Julgamento não permite que os crimes cometidos no Afeganistão sejam investigados. A análise de todos esses fatos nos leva a concluir que as instituições penais internacionais, assim como as nacionais, são influenciadas por fatores político-econômicos.

Desta maneira, ainda que o TPI tenha constatado a gravidade dos crimes cometidos na situação, a adequação aos crimes tutelados no Estatuto de Roma e entendido que os demais juízos de jurisdição e admissibilidade estavam presentes, rejeitou a investigação com base no requisito estatutário do “interesse da justiça”. Ainda que a Corte se utilize de fundamentos válidos, questionamos se não divergem bastante do que o Estatuto usa como guia para valorar esse conceito indeterminado.

Assim, nota-se que o Tribunal Penal Internacional acaba contribuindo para a manutenção do sistema de poder político que vigora internacionalmente, atuando sobre um certo grupo de “inimigos” e sendo omissos perante os “cidadãos”.

REFERÊNCIAS

ALARCON, Danillo. **Os meandros da política externa dos Estados Unidos para o Afeganistão: o 11 de setembro e a Operação Liberdade Duradoura**. Brasília, 2012. Dissertação (Mestrado) – UnB. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/11331>. Acesso em 20 de outubro de 2019.

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan; (Org.) **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social: Mudança e Permanência de Paradigmas Criminológicos na Ciência e no Senso Comum**. Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis: UFSC, 1995.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal**. 6ª ed. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2011.

BAZELAIRE, Jean-Paul. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia**. Barueri, SP: Manole, 2004.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Tribunal Penal Internacional e o princípio da complementariedade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 234, 27 fev. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4865>. Acesso em: 14 de setembro de 2019.

BIKUNDO, Edwin. The international criminal court and Africa: exemplary justice. **Law and Critique**, v. 23, n. 1, P. 21-41, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10072/43945>. Acesso em 4 de setembro de 2019.

BORÓN, Atilio (Org.). **Nueva hegemonía mundial: alternativas de cambio y movimientos sociales**. Buenos Aires: Clacso, 2004.

CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional : conceitos, realidades e implicações para o Brasil**. Brasília: FUNAG, 2012.

CARVALHO, Salo de. Os fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua incorporação no direito interno brasileiro. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 53, nº 337, P. 77-92, novembro/2005.

CASSESE, Antonio. **International criminal law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

CHOMSKY, Noam. A nova guerra contra o terror. **Estudos Avançados**, v. 16, n. 44, p. 5-33, 2002.

CHOMSKY, Noam. **Uma nova geração define o limite**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

Coalition for the International Criminal Court. **The road to Rome and beyond: key moments in the establishment of the International Criminal Court a timeline of the establishment and work of the International Criminal Court**. Disponível em: <http://www.coalitionfortheicc.org>. Acesso em 3 de junho de 2019.

DA SILVA, Tainara Colombo Simão; DE SOUZA, Mariana Saroa. Antecedentes históricos do Tribunal Penal Internacional e seus reflexos para a construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos. **REGRAD-Revista Eletrônica de Graduação do UNIVEM-ISSN 1984-7866**, v. 10, n. 01, p. 147-162, 2017.

DANNER, Allison Marston. Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court. **American Journal of International Law**, p. 510-552, 2003. P. 544-545.

DE PAULA, Luiz Augusto. **Genocídio e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda**. 2011, 272 f. Tese (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DEGUZMAN, Margaret M. Gravity and the legitimacy of the International Criminal Court. **Fordham Int'l LJ**, v. 32, P. 1400-1465, 2008.

FERNANDES, D. A. O Tribunal Penal Internacional: A Concretização de um Sonho. **Revista DIREITO & PAZ - UNISAL** - Lorena/SP, Ano XV, N.º 29, P. 301-334, 2013.

FLAUZINA, A. L. As fronteiras raciais do genocídio. **Direito UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, n. 1, p. 119-146, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 42ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GALLAVIN, Chris. Article 53 of the Rome Statute of the International Criminal Court: In the Interests of Justice? **King's Law Journal**, 14:2, p. 179-198, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/09615768.2003.11423624>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

HOBBSBAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

KARNAL, Leandro. et al. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. São Paulo: Contexto, 2007.

KÖCHLER, Hans. **Double Standards in International Criminal Justice: The Case of Sudan**. [Statement by Dr. Hans Köchler, President of the International Progress Organization]. Vienna: International Progress Organization, 2 de abril de 2005, tradução nossa. Disponível em: <https://i-p-o.org/Koechler-Sudan-ICC.pdf>. Acesso em: 29 de setembro de 2019.

KÖCHLER, Hans. Global Justice or Global Revenge? The ICC and the Politicization of International Criminal Justice. **International Progress Organization Online Papers**, 2009. Disponível em: www.i-po.org/koechler-ICC-politicization. Acesso em: 4 de setembro de 2019.

LEITE, Lucas Amaral Batista. George W. Bush e a construção do inimigo na guerra ao terror. **Fronteira: revista de iniciação científica em Relações Internacionais**, v. 8, n. 16, p. 27-59, 2009.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Estudos avançados**, v. 16, n. 45, P. 187-197, 2002.

LOPES, M. K. S. **Tribunal Penal Internacional: a Seletividade do Sistema Penal para além das Jurisdições Internas**. 2015, P. 15. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/marelen_lopes.pdf. Acesso em 23 de julho de 2019.

MAGNOLI, Demétrio (Org.). **História das Guerras**. São Paulo/SP: Ed. Contexto, 5ª ed., 2011.

MASI, C. V; MORAES, V. L. Globalização e o Direito Penal. **Revista Liberdades**, v. 18, p. 16-43, 2015.

MÉGRET, Frédéric. Practices of stigmatization. **Law & Contemp. Probs.** v. 76, p. 287-318, 2013. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol76/iss3/9>. Acesso em 30 de julho de 2019.

NASCIMENTO, João Luiz Rocha. *É O Direito Penal do Inimigo um Inimigo do Direito?* In: **CONPEDI**; UFSC. (Org.). 23ª ed. Florianópolis/SC, p. 122-149, 2014. P. 128 Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8810db09a185af4c>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

Office of the Prosecutor. **Policy paper on the interests of justice**. Disponível em: <https://www.icccpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9F54D4321BF0973422BB23528/143640/ICCOTPInterestsOfJustice.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

Office of the Prosecutor. **Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15**. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. 20 de novembro de 2017, ICC-02/17-7-Red. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-7-Red>. Acesso em 8 de outubro de 2019.

PAIVA, Caio. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PECEGUEIRO, Carolina Guimarães. **Uma falácia chamada Tribunal Penal Internacional: das promessas descumpridas à reprodução de desigualdades**. Florianópolis, 2007. Dissertação (mestrado) – UFSC/CCJ.. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/90676>. Acesso em: 31 de julho de 2019

PERRONE-MOISÉS, C. Antecedentes históricos do estabelecimento do Tribunal Penal Internacional. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 98, 573-579, 2003. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67603>. Acesso em 15 de setembro de 2019.

Pre-Trial Chamber II. **Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan**. 12 de abril de 2019, ICC-02/17-33. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-33>. Acesso em: 8 de outubro de 2019.

RASHID, Farid Mohammed. **“The Interests of Justice” under the ICC Prosecutor Power: Escaping Forward.** P. 53-68, 2013. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.426.2971&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 17 de outubro de 2019.

SABOIA, GILBERTO VERGNE. A criação do Tribunal Penal Internacional. **Revista CEJ**, v. 4, n. 11, maio/agosto 2000. Disponível em: http://www.iccnw.org/documents/Vergne_Saboia.pdf. Acesso em 14 de setembro de 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical.** 3ª ed. Curitiba: ICPC: Lúmen Júris, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual.** Disponível em: <http://icpc.org.br/artigos/>. Acesso em 15 de agosto de 2019.

SANTOS, Maria Helena de Castro. O papel dos Estados Unidos na Nova Ordem Internacional e as intervenções militares americanas no pós-Guerra Fria: que lugar ocupa aí a democracia?. **Meridiano 47**, v. 11, n. 117, p. 18-23, 2010.

SEIDI, Mamadu. **Os tribunais penais internacionais de quarta geração: soluções possíveis à resistência Africana ao Tribunal Penal Internacional.** João Pessoa, 2018. Dissertação (Mestrado) – UFPB/CCJ.

Situations and cases. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx>. Acesso em 15 de setembro de 2019.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina.** 1. ed. – Brasília, DF: UnB, P. 181-184, 2015.

SOUSA NETO, C. A. O Tribunal Penal Internacional: uma abordagem crítica quanto à sua efetividade na tutela dos direitos humanos. **Revista Transgressões: Ciências Criminais em Debate**, v. 4, p. 90-115, 2016.

STEGMILLER, Ignaz. **The pre-investigation stage of the ICC: Criteria for situation selection**. Berlin: Duncker & Humblot, 2011.

TOFAN, C. **The Long and Winding Road To... Rome: A Brief History of the ICC**. International Courts Association, 2011.

UN Security Council, Security Council resolution 1593 (2005) [on Violations of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Darfur, Sudan], 31 de março de 2005, S/RES/1593 (2005). Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/42bc16434.html>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

VEGA GONZALEZ, Paulina. O papel das vítimas nos procedimentos perante o Tribunal Penal Internacional: seus direitos e as primeiras decisões do tribunal. **Sur, Rev. int. direitos human.**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 18-41, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v3n5/v3n5a02.pdf>. Acesso em 19 de outubro de 2019.

WEBB, Philippa. The ICC Prosecutor's Discretion Not to Proceed in the Interests of Justice. **Criminal Law Quarterly**, v. 50, p. 305-348, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Crímenes de masa**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo. 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología - Aproximación Desde Un Margen**. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. et. al. **Direito Penal Brasileiro I**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZEN, Cássio Eduardo. O relatório da comissão internacional de inquérito sobre a situação em Darfur - Sudão: da suspeita de crime de genocídio, da necessidade do julgamento no Tribunal Penal Internacional e das imunidades conferidas pela Resolução 1593 do Conselho de Segurança das Nações Unidas. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v.1, n.1, P. 225-250, jan./jun, 2005.

“Afghanistan: ICC Appeals Chamber schedules a hearing on 4-6 December 2019 to hear oral arguments”. **ICC**, 27 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=ma244>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

“EUA revogam visto de procuradora-geral do Tribunal Penal Internacional”. **Revista Veja**, 5 de abril de 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/eua-revogam-visto-de-procuradora-geral-do-tribunal-penal-internacional/>. Acesso em 19 de outubro de 2019.

“Governo Trump ameaça Tribunal Penal Internacional caso investigue supostos crimes de guerra no Afeganistão”. **G1**, 11 de setembro de 2018. Disponível em <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/09/11/governo-trump-ameaca-tribunal-penal-internacional-caso-investigue-supostos-crimes-de-guerra-no-afeganistao.ghtml>. Acesso em 19 de outubro de 2019.

“US to deny visas for ICC members investigating alleged war crimes”. **The Guardian**, 15 de março de 2019. Disponível em <https://www.theguardian.com/us-news/2019/mar/15/mike-pompeo-us-war-crimes-investigation-international-criminal-court>. Acesso em 19 de outubro de 2019.