



OS DESAFIOS DO PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE. UM BALANÇO DOS 10 ANOS DA ENTRADA EM VIGOR DO ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Sylvia Steiner

Juíza do Tribunal Penal Internacional, Presidente da Sala de Julgamento III¹

Ania Salinas Cerda

Assessora Legal da Sala de Julgamento III²

1. INTRODUÇÃO

Com o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional (“TPI” ou “Tribunal”), as alternativas disponíveis para os Estados no momento de decidir a forma de enfrentar as atrocidades cometidas por seus nacionais, ou em seus territórios, foram restringidas dramaticamente. Até o presente momento – e sempre sob a égide da proteção à soberania nacional – os Estados acostumaram-se a enfrentar as mais graves violações ao direito internacional humanitário, ou aos direitos humanos, das mais diversas formas, dependendo das considerações pragmáticas, normativas ou sociopolíticas que tenham feito.

1 As opiniões da autora não traduzem necessariamente a visão do Tribunal Penal Internacional.

2 As opiniões da autora não traduzem necessariamente a visão do Tribunal Penal Internacional.



Assim, diferentes concepções sobre a função da pena, determinadas políticas de persecução penal, considerações econômicas ou institucionais, lutas de poder ou relações internacionais – ou uma combinação de todas elas – definiam o modo com que cada Estado enfrentava esses abusos. De dez anos para cá, a partir da entrada em vigor do Estatuto de Roma (“Estatuto”)³, em 1º de julho de 2002, isso mudou radicalmente.

Com efeito, ao ratificarem o Estatuto e se tornarem parte do tratado⁴, os Estados delegam voluntariamente ao TPI – mas de maneira condicional e somente para o caso de inatividade, incapacidade ou falta de vontade por parte desses mesmos Estados – parte de seu poder soberano para processar e punir os “crimes de tal gravidade [que] constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade”⁵.

Ademais, em virtude do poder do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (“ONU”), ao qual, atuando de acordo com o disposto no capítulo VII da Carta da ONU⁶, é facultado remeter ao Tribunal as situações em que pareça ter havido o cometimento de um ou vários crimes sob sua jurisdição, sem qualquer limitação territorial ou pessoal, o Tribunal pode potencialmente intervir em assuntos relativos a Estados que não fazem parte do tratado, a partir da entrada em vigor do Estatuto⁷.

Por esse motivo, de acordo com o Estatuto, a relação entre o Tribunal e os Estados é baseada no princípio da complementaridade⁸. O caráter complementar do Tribunal tem sido reconhecido como o núcleo central e garantidor da permanência e do êxito do sistema criado na Conferência de Roma. O Estatuto reconhece que o direito e o dever de prevenir e reprimir os crimes internacionais correspondem, precípua e individualmente, a cada Estado. As jurisdições nacionais

3 Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. O texto do Estatuto de Roma foi distribuído como documento A/CONF.183/9, de 17 de julho de 1998, emendado pelos *procès-verbaux* de 10 de novembro de 1998, 12 de julho de 1999, 30 de novembro de 1999, 8 de maio de 2000, 17 de janeiro de 2001 e 16 de janeiro de 2002. O Estatuto entrou em vigor em 1º de julho de 2002. O texto completo do Estatuto, em português, encontra-se em anexo ao Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, que ratificou e promulgou esse instrumento internacional. O texto do Estatuto, no original em inglês, encontra-se disponível na página eletrônica do Tribunal em: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>

4 Conforme o artigo 126, o Estatuto entrou em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao sexagésimo dia a partir do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação (parágrafo 1). No que se refere aos Estados que ratificarem o Estatuto depois do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, o Estatuto entrará em vigor, em relação a tal Estado, no primeiro dia do mês seguinte ao sexagésimo dia a partir da data em que tenha sido depositado seu instrumento de ratificação. Para mais detalhes atualizados do *status* das ratificações, ver: <http://goo.gl/QfdF0> e <http://goo.gl/FjCA6>, que apresenta, ainda, detalhes das declarações feitas pelos Estados no momento de suas respectivas ratificações.

5 Parágrafo 3º do Preâmbulo do Estatuto de Roma.

6 O Capítulo VII da Carta da ONU (artigos 39 a 51) descreve os poderes do Conselho para atuar e tomar medidas em casos de ameaça à paz, ruptura da paz ou atos de agressão.

7 Ver artigo 13(b) em relação ao artigo 12(2) do Estatuto de Roma.

8 Parágrafo 10 do Preâmbulo: “*Sublinhando* que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais”; e Artigo 1º: “(...) O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais (...)”, Estatuto de Roma.

têm sempre competência prioritária para investigar e julgar todos aqueles crimes que, por sua extrema gravidade, são reconhecidos como transcendentais para a comunidade internacional como um todo.

Dessa forma, a complementaridade compreende, por um lado, o reconhecimento ao direito e ao dever de cada Estado de processar os crimes internacionais cometidos dentro de sua jurisdição e, por outro, o poder do Tribunal de intervir e complementar a ação dos Estados em caso de inércia, incapacidade ou inabilidade desses. Assim, o Tribunal está destinado a reforçar a obrigação primária dos Estados de prevenir e processar crimes internacionais.

É importante levar em consideração que, de acordo com o princípio da complementaridade, o Tribunal não está destinado a substituir as jurisdições nacionais. E, ainda, que tem como função preencher o vazio da impunidade que ocorre quando os Estados não investigam ou processam aqueles crimes que dizem respeito à comunidade internacional como um todo. De acordo com o disposto no Estatuto, a aspiração final é, sobretudo, que o sistema integrado de justiça internacional – formado pelo Tribunal e pelos Estados – ponha fim à impunidade, o que deve, por sua vez, conduzir à prevenção de novos crimes⁹.

Como veremos, particularmente em relação a esta dupla função punitiva-preventiva que foi confiada ao Tribunal, torna-se evidente que o complexo sistema de complementaridade criado pelo Estatuto aspira a ser muito mais que outra tentativa incompleta e fragmentada de resposta exclusivamente legal às atrocidades massivas. Desta forma, posto que o Tribunal tem, claramente, um mandato legal – é uma corte penal encarregada da função de julgar suspeitos do cometimento de crimes de lesa-humanidade, crimes de guerra e genocídio – seus criadores levaram em conta que o êxito do Tribunal depende diretamente de sua capacidade de enfrentar diversos desafios.

Por essa razão, e, particularmente, em relação ao princípio da complementaridade, os redatores do Estatuto conceberam, dentro do sistema, certa flexibilidade¹⁰. A partir da qual – embora sempre dentro do marco legal do Estatuto – existe uma margem de discricionariedade para que, principalmente o Procurador, mas também os Juízes, em certa medida, possam dirimir questões nas quais a análise objetiva da situação concreta mostra-se essencial.

Este artigo analisará os desafios que surgiram na aplicação prática do princípio da complementaridade durante os 10 primeiros anos de vigência do Estatuto e como tanto

9 Parágrafos 4-5 do Preâmbulo do Estatuto de Roma.

10 Holmes, J.T. (2002) "Complementarity: National Courts *versus* the ICC", en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Eds. Cassese A., Gaeta, P. and Jones, J. R. W. D. (Oxford, Great Britain), Oxford University Press, p. 685.

o Procurador como as Salas do Tribunal¹¹ têm respondido a algumas das questões que se apresentaram a exigir a interpretação e definição dos limites do princípio da complementaridade.

2. O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE

Muitos já se debruçaram sobre o princípio da complementaridade, sobre os detalhes das discussões teóricas ocorridas durante os trabalhos preparatórios e sobre as dúvidas que permearam a aplicação prática desse princípio¹². Por esse motivo, não dedicaremos nosso

11 Não obstante o Decreto nº 4.388/02 utilize Seção de Instrução, Seção de Julgamento em Primeira Instância e Seção de Recursos para denotar os diferentes órgãos do Tribunal, entendemos que a nomenclatura utilizada neste artigo (Sala Preliminar, Sala de Julgamento e Câmara de Recursos) é mais próxima àquela utilizada em nosso sistema judicial, e mais se aproxima da versão original em inglês do Estatuto (Preliminary Chamber, Trial Chamber, Appeals Chamber.).

12 Ver, por exemplo: Holmes, J. T. (2002), pp. 667-686; HOLMES, J. T. (1999) "The Principle of Complementarity", en *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute. Issues. Negotiations. Results*, Ed. Roy S. Lee, (The Hague, The Netherlands), Kluwer Law International, pp. 52-56; Williams S. A. y Schabas W. A., (2008) "Article 17, Issues of admissibility", en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ed. Triffterer O., (Munich, Germany), Verlag C.H.Beck oHG pp. 605-625; Fronza, E. (2010), Principio di Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno, en *Introduzione al Diritto Penale Internazionale, Seconda edizione*, Ed. Amati E. et al., (Milano, Italia) Giuffrè Editore, pp. 39-75; Arsanjani, M. H. (1999) "Reflections on the Jurisdiction and Trigger Mechanisms of the international Criminal Court", en *Reflections on the International Criminal Court*, Eds. von Hebel, H. et al., 57; Miskowiak, K. (2000), Complementarity between the International Criminal Court and national jurisdictions, en *The International Criminal Court: Consent, Complementarity and Cooperation* (Copenhagen, Denmark) Djof-Publishing, 45; Benzing, M., (2004) "The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice Between State Sovereignty and the Fight Against Impunity", 7 M.P.Y.B. UN L. 591; Lattanzi, F. (2006) "Il Principio de Complementarità", en *La Corte Penale Internazionale, Organi – Competenza – Reati – Processo*, Eds. Lattanzi, G. y Monetti, V. (Milano, Italia), Giuffrè Editore, S.p.A., pp. 179-214; Bleich, J. L. (1997), "Complementarity", 13 *Nouvelles Etudes Pénales*, 231; Burke-White, W. W. (2004), "Complementarity in Practice: The International Court as Part of System of Multilevel Global Governance in the Democratic Republic of the Congo", 18 *Leiden J. Int'l L.* 557; Flores Aguirre, J.A. (2004), La Responsabilidad Penal Internacional del individuo y su Complementariedad con la Tribunal Penal Internacional: Perspectivas desde el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, en *American University International Law Review*, Volume 20 n 1, (Washington D.C., United States of America), 205; Troncoso Repetto, C. (2000), La Tribunal Penal Internacional y el Principio de la Complementariedad, en *Ius et Praxis*, año/volumen 6, número 2, Universidad de Talca (Talca, Chile), pp. 407-417; Rojo, E. C. (2005) "The Role of Fair Trial Considerations in the Complementarity Regime of the International Criminal Court: From 'No Peace Without Justice' to 'No Peace with Victor's Justice'", 18 *Leiden J. Int'l L.* 829; Dugard, J., (2002), "Possible Conflicts of Jurisdictions with Truth Commissions", en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Eds. Cassese A., Gaeta, P. and Jones, J. R. W. D. (Oxford, Great Britain), Oxford University Press p. 693; Fairlie, M. A., (2005) "Establishing Admissibility at the International Criminal Court: Does the Buck Stop with the Prosecutor, Full Stop?" 39 *Int'l Lawyer* 817; Gioia, F., (2006) "State Sovereignty, Jurisdiction, and 'Modern' International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court", *Leiden J. Int'l L.* 1095; Gurulé, J. (2001-2) "United States Opposition to the Rome Statute Establishing an International Criminal Court: Is the Court's Jurisdiction Truly Complementary to National Criminal Jurisdictions?", 35 *Cornell Int'l L. J.* 1; Heller, K. J., "The Shadow Side of Complementarity: The Effect of Article 17 of the Rome Statute on National Due Process", 17 *Crim. L.F.* 255; Klip, A. (2004), "Complementarity and Concurrent Jurisdiction" 19 *Nouvelles Etudes Pénales* 173; Kress, K. (2004), "Self-Referrals' and 'Waivers of Complementarity': Some Considerations in Law and Policy", 2 *J. Int'l C. Just.* 944; Llewellyn, J. J. (2001), "A Comment on the Complementarity Jurisdiction of the International Criminal Court: Adding Insult to Injury in Transitional Contexts?", 24 *Dalhousie L. J.* 192; Razesberger, F. (2006) *The International Criminal Court, The Principle of complementarity*, Frankfurt am Main, Peter Lang GmbH Europäischer Verlag der Wissenschaften; Meyer, F. (2006), "Complementing Complementarity", 6 *Int'l C. L. Rev.* 549; Murphy, R. (2006), "Gravity Issues and the International Criminal Court", 17 *Crim. L.F.* 281; Newton, M. A. (2001), "Comparative Complementarity: Domestic Jurisdiction Consistent with the Rome Statute of the International Criminal Court", 167 *Mil. L. Rev.* 20; Olásolo, H. (2005), "The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Procedural Treatment of the Principle of Complementarity, and the Role of the Office of the Prosecutor", 5 *Int'l C. L. Rev.* 121; Phillips, R. B. (1999), "The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and Admissibility", 10 *Crim. L.F.* 61; Schabas, W. A. (2008), "Complementarity in Practice: Some Uncomplimentary Thoughts", Vol. 19, No. 1, *Crim. L.F.* pp. 5-33; M. P. (1999), "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", 32 *Cornell Int'l L. J.* 507; Stahn, C. (2005), "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court", 3 *J. Int'l C. Just.* 695; Stahn, C. (2008), "Complementarity: A Tale of Two Notions", Vol. 19, No. 1, *Crim. L.F.* pp. 87-113; Yang, L. (2005) "On the Principle of Complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court", 4 *Chinese J. Int'l L.* 121; El Zeidy, M. (2006), "Some Remarks on the Question of the Admissibility of a Case during Arrest Warrant Proceedings before the International Criminal Court", 19 *Leiden J. Int'l L.* 1; El Zeidy, M. (2002), "The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law", 23 *Mich. J. Int'l L.* 869; El Zeidy, M. (2008), "The Gravity Threshold Under the Statute of the International Criminal Court", Vol. 19, No. 1, *Crim. L.F.* pp. 35-57; Ryngaert C., (2008), "Applying The Rome Statutes Complementarity Principle: Drawing Lessons From The Prosecution of Core Crimes by States Acting Under the Universality Principle", Vol. 19, No. 1, *Crim. L.F.* pp. 153-180; White, W.W., (2008) "Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice", Vol. 19, No. 1 *Crim. L.F.* pp. 59-85; Pichon, J. (2008) "The Principle of Complementarity in the Cases of the Sudanese Nationals Ahmad Harun and Ali Kushayb before the International Criminal Court", *Int'l Crim. L. R. Vol. 8, N° 1*, pp. 185-228; Alford, S. (2008) "Some oughts on the Trial of Saddam Hussein: The Realities of the Complementarity Principle", *Int'l Crim. L. R. Vol. 8, N° 3*, pp. 185-228.

Em caso de desacordo, os Estados ou indivíduos afetados não podem, unilateralmente, ignorar a ação do Tribunal. Podem, contudo, impugnar sua competência.

breve estudo à repetição do que tantos já disseram anteriormente. Basta, por ora, ter em mente que, por meio do princípio da complementaridade, os redatores do Estatuto buscaram resguardar a faculdade punitiva soberana dos Estados, sem deixar de reconhecer, ao mesmo tempo, que, em determinadas circunstâncias, tal faculdade não pode ser exclusiva e excludente.

É igualmente necessária a existência de um órgão internacional – independente e permanente – com autoridade suficiente para intervir e, assim,

assegurar que crimes hediondos que comovem a consciência da humanidade sejam investigados e julgados, e seus atores sejam efetivamente submetidos à Justiça. Assim, a complementaridade foi estabelecida para representar, a um só tempo, “tanto um limite para o exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional como uma salvaguarda para a soberania estatal.”¹³.

É muito importante levar em consideração o fato de que, de acordo com os artigos 17(1), 19(1) e 119 do Estatuto, o próprio Tribunal – e não os Estados – tem competência para determinar sua própria jurisdição e a admissibilidade – ou, como veremos adiante, a inadmissibilidade – de situações e casos. Desta forma, o Tribunal é o árbitro final que decide sua própria competência¹⁴ e, conforme decidido pela Sala Preliminar II, uma vez determinada sua jurisdição, corresponde ao Tribunal, e não às autoridades nacionais, interpretar e aplicar as normas relativas ao regime da complementaridade¹⁵. Em caso de desacordo, os Estados ou indivíduos afetados não podem, unilateralmente, ignorar a ação do Tribunal. Podem, contudo, impugnar sua competência, mas será o próprio Tribunal que decidirá definitivamente se lhe cabe ou não intervir¹⁶.

Por esse motivo, a fim de determinar os limites concretos do princípio da complementaridade, a jurisprudência do Tribunal tem recorrido aos critérios de inadmissibilidade, porquanto são esses que ajudam a determinar, em cada caso, se corresponde à Justiça nacional ou ao

13 Flores Aguirre, J.A. (2004) “La Responsabilidad Penal Internacional del individuo y su Complementariedad con la Tribunal Penal Internacional: Perspectivas desde el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos”, en *American University International Law Review*. Volume 20, n° 1. (Washington DC, United States of America), p. 205.

14 Holmes J.T. (2002), p. 672; Neroni Slade, T. y Clark, R. S. (1999) “Preamble and Final Clauses”, en *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, Ed. Lee, R. S. (The Hague, The Netherlands), Kluwer Law International, p. 431.

15 *The Prosecutor v. Joseph Kony et al.*, ICC-02/04-01/05-377. “Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute.” (Sala Preliminar II, 10 de março de 2009), parágrafo 45.

16 Decision on the postponement of the execution of the request for surrender of Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to article 95 of the Rome Statute, 1° de junho de 2012, ICC-01/11-01/11-163, parágrafo 37.

Tribunal o processamento dos feitos. Nesse sentido, a Sala Preliminar II determinou que “a admissibilidade pode ser entendida como a ferramenta que permite a implementação do princípio da complementaridade em um determinado cenário.”¹⁷ Desta forma, o marco jurídico central que determina o modo pelo qual o Tribunal complementa as jurisdições nacionais é formado basicamente pelos artigos 17, 18, 19, 20 e 53 do Estatuto.

Sem avançar na análise das margens que definem a jurisdição do Tribunal¹⁸, basta levar em conta que, uma vez determinado que uma situação ou caso¹⁹ encontra-se dentro dos parâmetros materiais, temporais e territoriais ou pessoais que definem a competência do Tribunal, é necessário analisar se a situação ou caso também é admissível. Como já se pronunciou a Câmara de Recursos, as questões de admissibilidade advêm de certas “barreiras” ao exercício da jurisdição pelo Tribunal²⁰. Com efeito, as normas de admissibilidade estabelecem os requisitos para que uma situação de crise que, em princípio, é da jurisdição do Tribunal, seja definitivamente subtraída da jurisdição primária de um Estado e passe a ser da competência do TPI.

Por outro lado, a fim de tornar os conceitos mais precisos, é necessário ter em mente que as fontes de inadmissibilidade não têm sua origem exclusivamente no regime da complementaridade. Com

17 *The Prosecutor v. Joseph Kony et al*, ICC-02/04-01/05-377, “Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute” (Sala Preliminar II, 10 de março de 2009), parágrafo 34 [tradução do inglês realizada livremente pelas autoras].

18 Os parâmetros que definem se as situações de crise ou casos específicos são da jurisdição do Tribunal são os seguintes: (i) *ratione materiae*, determinada pelo artigo 5º do Estatuto, que especifica que o objeto material da jurisdição do Tribunal, vale dizer, os crimes sobre os quais o TPI tem jurisdição, são os crimes de genocídio, crimes de lesa-humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão. Os artigos 6º, 7º, 8º e 8º *bis* do Estatuto especificam as condutas que tipificam cada um dos crimes. A Assembleia dos Estados-Partes também definiu os elementos desses crimes por meio do documento denominado “Elementos dos Crimes” adotado em 9 de setembro de 2002; (ii) *ratione temporis*, definida no artigo 11 do Estatuto, que dispõe que o Tribunal tem jurisdição apenas para processar os crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto (1 de julho de 2002). Esta disposição deve ser analisada à luz dos artigos 13 e 24 e das limitações impostas pelos artigos 16 e 124 do Estatuto; (iii) os dois últimos parâmetros de jurisdição - pessoal e territorial - aplicam-se alternativamente. Vale dizer, basta que se cumpra um dos dois para que o TPI possa exercer sua jurisdição: (a) *ratione personae*, conforme os artigos 1º, 25 e 26 do Estatuto de Roma, segundo os quais o Tribunal tem jurisdição apenas sobre pessoas naturais. Ademais, de acordo com o parágrafo 2 letra b) do artigo 12, a competência pessoal do Tribunal é limitada ao exercício da jurisdição pessoal ativa, ou seja, quando a pessoa acusada seja nacional de um Estado-Parte ou nacional de um Estado que tenha aceitado a jurisdição do Tribunal segundo o parágrafo 3 do artigo 12. Isso não se aplica aos casos em que a situação tenha sido remetida ao Procurador pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, de acordo com o artigo 13 letra b); e (b) *ratione loci*, regulamentada pelo artigo 12 do Estatuto. Segundo o parágrafo 2 do artigo 12 do Estatuto, quando uma situação em que um ou mais crimes sob jurisdição do Tribunal tenha sido remetido ao Procurador por um Estado-Parte ou o Procurador tenha iniciado diretamente uma investigação nos termos do artigo 15, a jurisdição do Tribunal estará confinada aos crimes cometidos no território de um Estado-parte ou no território de um Estado que tenha aceitado a jurisdição do Tribunal de acordo com o parágrafo 3 do artigo 12 do Estatuto. Quando os crimes tenham sido cometidos a bordo de uma embarcação ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do veículo deve ser um Estado-Parte ou um Estado que tenha aceitado a jurisdição do Tribunal. O parágrafo 1 do artigo 12 prevê o efeito lógico de se transformar em um Estado-Parte do Estatuto: implica aceitar a jurisdição do Tribunal. Adicionalmente, segundo o parágrafo 3 do artigo 12, um Estado que não seja Parte do Estatuto pode aceitar voluntariamente a jurisdição do Tribunal. Como no caso anterior, o parágrafo 2 do artigo 12 não pode ser aplicado quando a situação de crise tenha sido remetida ao Procurador pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. Em tais situações, o Tribunal terá competência para processar qualquer crime sob sua jurisdição material, tenham ou não sido cometidos no território de um Estado-Parte, ou por nacionais de um Estado-Parte. A única limitação à jurisdição será a temporal, já que o Tribunal não pode conhecer de fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Estatuto de Roma.

19 Os conceitos de “situação” (também chamada de “situação de crise”) e “caso” distinguem-se claramente um do outro. Uma “situação” envolve eventos que ocorreram ou estão ocorrendo em um determinado território, durante um período de tempo específico, no qual é possível presumir que um ou mais crimes sob a jurisdição do Tribunal foram ou estão sendo cometidos. Um “caso”, por sua vez, compreende ações específicas que constituem um ou mais crimes sob a jurisdição do Tribunal, supostamente cometidos por um ou mais sujeitos já particularmente individualizados. Ver, a esse respeito, Salinas Cerda, Ania e Sloan, James (2012) “The impact of the Distinction Between Situations and Cases on the Participation of Victims in the International Criminal Court”. In: *The Public in Law, Representations of the Political in the Legal Discourse*, Michelon, C at al. (eds.), (Ashgate Publishing Limited), pp. 236-237.

20 *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-772, “Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision on the defence challenge to the jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006”, (Câmara de Recursos, 14 de dezembro de 2006), parágrafos 21-23.

efeito, podemos extrair das disposições relevantes que as normas relativas à complementaridade em sentido estrito encontram-se reguladas nos artigos 17(1)(a) e (b), (2) e (3), 18 e 19 do Estatuto.

Os demais impedimentos que retiram um caso ou situação da jurisdição do Tribunal – posto também sejam fontes de inadmissibilidade – não se referem exclusivamente ao regime da complementaridade em sentido estrito, mas também a questões cujas distinções são específicas. Com efeito, os artigos (17)(1)(c) e 20 do Estatuto traduzem o princípio do *ne bis in idem*; e, por sua vez, o artigo 17(1)(d) do Estatuto regulamenta o chamado “patamar de gravidade”.

A jurisprudência do Tribunal referiu-se à análise das fontes de inadmissibilidade em sua totalidade como um “teste de admissibilidade”, indicando que o teste é composto de duas partes. A primeira, que se refere a investigações e processos judiciais nacionais – incluindo, assim, tanto a complementaridade no sentido estrito como o princípio do *ne bis in idem* – e a segunda, que se refere patamar de gravidade²¹.

Existe, ainda, um teste adicional que permite afastar do conhecimento do Tribunal certas questões que, em princípio, estariam sob sua jurisdição e seriam admissíveis; trata-se do chamado teste do *interesse da justiça*, regulamentado no artigo 53(1)(c) e (2)(c) do Estatuto²². Sem ignorar a extrema importância desse tema, em razão da limitada extensão deste artigo, adiante serão feitas referências somente ao que identificamos como complementaridade em sentido estrito. Vale dizer, não nos referiremos aqui ao princípio do *ne bis in idem*, ao patamar de gravidade, nem ao teste do interesse da justiça.

Nessa linha, de acordo com o princípio da complementaridade disposto no Estatuto, a condição para que o Tribunal exerça sua jurisdição é a inércia, incapacidade ou falta de vontade dos Estados para levar a cabo, realmente - ou “genuinamente”, para utilizar a terminologia contida na versão oficial em inglês²³ - a investigação ou o processo dos crimes de competência do Tribunal. Desta forma, o ponto de partida é a admissibilidade.

Uma situação que se enquadre nos parâmetros pessoais, territoriais e temporais que determinam que uma situação de crise seja incluída nos limites da jurisdição potencial do Tribunal será, em

21 *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-8-Corr, “Decision on the Prosecutor’s Application for a warrant of arrest, Article 68” (Sala Preliminar I, 10 de fevereiro de 2006), parágrafo 29.

22 De acordo com a política da Procuradoria, “o teste dos interesses da justiça deve ser considerado apenas quando tenham sido feitos juízos positivos tanto em relação à jurisdição quanto à admissibilidade.” Ver: The Office of the Prosecutor. *Policy Paper on the Interests of Justice* [online]. Tribunal Penal Internacional, setembro de 2007, A Haia, acesso em: 10 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/ICC-OTP-InterestsOfJustice.pdf>, p.2.

23 Ver nota de rodapé nº 39.



princípio, de sua competência e, portanto, “será admissível até que se prove existir uma fonte de inadmissibilidade.”²⁴ A admissibilidade é, assim, a regra e não a exceção.

Somente em casos excepcionais, o Tribunal poderá determinar que certas situações ou casos são inadmissíveis. A seguir, analisaremos as fontes de inadmissibilidade de acordo com o regime de complementaridade disposto no artigo 19 do Estatuto, segundo o qual o Tribunal, além de dever se certificar se tem jurisdição sobre o caso, pode determinar sua admissibilidade de ofício.

3. FONTES DE INADMISSIBILIDADE ORIUNDAS DO REGIME DA COMPLEMENTARIDADE

De acordo com o artigo 17(1)(a) e (b) do Estatuto, uma situação ou caso que se enquadre dentro dos parâmetros materiais, temporais e territoriais ou pessoais que determinam a jurisdição do Tribunal será, de toda sorte, inadmissível quando:

- (a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer.
- (b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer.

3.1 INVESTIGAÇÃO OU PROCESSAMENTO ATUAL

Como dito anteriormente, e diferentemente do que ocorria, por exemplo, com os tribunais *ad hoc*, a prioridade no processamento dos crimes de competência do Tribunal é dos sistemas penais nacionais. Assim, se um Estado está investigando ou levando a cabo um processo judicial em relação a alguma das condutas sujeitas à competência do Tribunal, a jurisdição será exercida

24 Cardenas Aravena, C. (2006) “The admissibility test before the International Criminal Court under special consideration of amnesties and truth commissions”; In: *Complementary views on complementarity. Proceedings of the international roundtable on the complementarity nature of the international criminal court-Amsterdam, 25/26 June 2004*, Eds. Kleffner, J.K. & Kor, G. (The Hague, The Netherlands), T. M. C. Asser Press, p. 116.





PÚBLICO NA APRESENTAÇÃO DO ESPETÁCULO FILHA DA ANISTIA, TEATRO NACIONAL, BRASÍLIA/DF, 13 DE SETEMBRO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

pela corte nacional e o caso será inadmissível perante o TPI, a menos que se configurem as exceções que essa mesma norma contempla.

Consequentemente, os requisitos para que se opere essa hipótese, ficando o Tribunal impossibilitado de atuar, são: (i) a existência de uma investigação ou processo judicial; (ii) que tal investigação ou processo judicial tramite em um Estado que tenha jurisdição sobre o caso; e (iii) que não seja possível imputar ao Estado falta de vontade ou capacidade para levar a cabo a investigação ou processo judicial. A falta de vontade ou capacidade, por ser uma exceção comum às hipóteses das letras a) e b) do artigo 17 do Estatuto, será analisada mais adiante.

O primeiro requisito é, portanto, a existência de uma investigação ou processo judicial em curso na qual, como veremos a seguir com maiores detalhes, o Tribunal tem adotado, até agora, um *standard* de interpretação deveras restritivo, impondo a necessidade de que os procedimentos nacionais se refiram aos mesmos sujeitos e, de maneira específica, aos mesmos incidentes. Tal posicionamento exsurge particularmente a partir da decisão da Sala Preliminar I que, no caso *Lubanga*, indicou que “é *conditio sine qua non* para que um caso não seja admitido que

os procedimentos nacionais se refiram tanto ao mesmo agente quanto à mesma conduta sob exame pelo Tribunal.”²⁵.

Recentemente, nos casos do Quênia, a Câmara de Recursos indicou que o sentido das palavras “seja objeto de uma investigação” deve ser entendido no contexto no qual tal norma se aplica.²⁶ Quando da aplicação dos artigos 15 ou 53(1) do Estatuto aos procedimentos iniciais de investigação de uma situação de crise, ou do artigo 18 do Estatuto aos procedimentos preliminares de impugnação do exercício da jurisdição por parte do Tribunal, os limites dos casos posteriores ainda são desconhecidos.

Por outro lado, quando se trata de sua aplicação em relação à impugnação da admissibilidade de casos concretos (nos termos do artigo 19 do Estatuto), os limites dos casos já se encontram definidos quanto aos indivíduos e condutas imputadas. Portanto, “as investigações nacionais devem cobrir os mesmos indivíduos e substancialmente as mesmas condutas que aquelas imputadas nos procedimentos perante o Tribunal.”²⁷

Quanto ao segundo requisito, conforme o texto do Estatuto, as investigações ou processos iniciados por *qualquer Estado* que tenha jurisdição, seja ele parte ou não do Estatuto, a princípio, inibem a ativação e o exercício da jurisdição por parte do Tribunal²⁸.

Um ponto importante a ser destacado é que a norma somente indica que o respectivo Estado deve ter jurisdição sobre o caso de que se trata e não a limita especificamente pelo princípio da territorialidade nem pela personalidade, seja ela ativa ou passiva. A ausência de tal limitação, tanto no artigo 17(1)(a) e (b) como no artigo 18(1) e (2) do Estatuto, poderia ser interpretada como um reconhecimento de que o exercício da jurisdição universal por qualquer Estado inibiria a atuação do Tribunal.

Nesse particular, uma vez que nem o texto do Estatuto nem as Regras de Procedimento e de Prova (“Regras”) não acolhem nem rejeitam expressamente tal interpretação, há quem se

25 ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, parágrafo 31. Ver também: *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”)*, ICC-02/05-01/07-1 (27 de abril de 2007), ‘Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute, parágrafo 24; ICC-01/04-01/07-55 (05 de novembro de 2007), ‘Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga’, parágrafo 20.

26 *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11-274. “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled ‘Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute’ (Câmara de Recursos, 30 de agosto de 2011), parágrafo 38.

27 ICC-01/09-02/11-274, parágrafo 39.

28 A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale*. II. Diritto processuale (Società editrice il Mulino, Bologna 2006), p. 42.

pronuncie a favor²⁹ e quem, embora sem se declarar explicitamente contrário à prevalência do exercício da jurisdição universal, interprete o sistema de modo distinto. E entenda que o Estatuto, diversamente, estabelece uma subsidiariedade entre a atuação do Tribunal e o exercício da jurisdição universal, também chamada “complementaridade reversa.”³⁰

Não obstante o afirmado anteriormente, é fundamental compreender que os procedimentos devem ser levados a cabo pelos Estados o que implica dizer que as investigações ou processos judiciais conduzidos por outros sujeitos de direito internacional público, como as Nações Unidas ou organizações não governamentais de qualquer tipo, não podem ser reconhecidas como geradoras de inadmissibilidade³¹.

3.2 INVESTIGAÇÃO FINALIZADA COM A DECISÃO DE NÃO INICIAR A AÇÃO PENAL

A hipótese da letra b) do artigo 17 difere da anterior porque, neste caso, trata-se de uma investigação realizada antes do início dos procedimentos perante o Tribunal, por um Estado com jurisdição sobre a questão, e que decidiu por não inaugurar a respectiva ação penal contra o sujeito responsável.

Dessa forma, os requisitos para que se verifique esta hipótese de inadmissibilidade apresentam algumas nuances distintas da anterior. As condições são as seguintes: (i) a existência de uma investigação prévia ao início dos procedimentos perante o Tribunal; (ii) realizada por um Estado com jurisdição; (iii) que esse mesmo Estado tenha decidido não dar início à ação penal contra o sujeito responsável; e, (iv) que não seja possível reputar ao Estado falta de vontade ou incapacidade de levar adiante a investigação ou o processamento judicial. Em relação ao segundo requisito, fazemos menção ao que já foi dito previamente. Mas o quarto requisito será analisado adiante, conjuntamente para ambas as hipóteses.

No tocante à exigência da necessidade de uma investigação prévia, alguns crêem que ela seria cumprida apenas por meio de uma pesquisa sistemática, no interior do sistema de justiça penal

29 Ver, por exemplo, M Delmas-Marty (2006), *Interactions between national and international criminal law in the preliminary phase of trial at the ICC*, 4 *Journal of International Criminal Justice* 6; United Nations Secretary-General, ‘Report of the International Commission of inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General. Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004’ (United Nations Secretary-General, Geneva, 25 January 2005), parágrafo 610; International Criminal Court, ‘Informal Expert Paper: The principle of complementarity in practice’ (Tribunal Penal Internacional, Gabinete do Procurador, 2003), parágrafo 75.

30 E Malarino (2006), *Evaluación comparativa. Implementación y dificultades de implementación del Estatuto de Roma a la luz de la experiencia latinoamericana*, In: *Dificultades Jurídicas y Políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Tribunal Penal Internacional*, Ed. K Ambos, E Malarino y J Woischnik, (Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Montevideo), p. 489; F Razesberger (2006), *The International Criminal Court. The Principle of Complementarity* (Peter Lang GmbH Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main 2006), p. 38.

31 Cárdenas, *op. cit.*, p. 117.

do respectivo Estado, capaz de cobrir todas as circunstâncias que configurariam um fato típico de um crime internacional sob a jurisdição do TPI³². Embora o texto do artigo, nesta parte, não se refira a “inquéritos judiciais”³³, a norma deve ser interpretada de acordo com seu objeto e finalidade, em relação a seu contexto³⁴, observando-se o disposto nos números 2 e 3 do mesmo artigo 17, que regulamentam as exceções de falta de vontade e incapacidade especificamente no que se refere a processos judiciais e a condições dos sistemas de justiça nacional.

Além disso, há registros dos trabalhos preparatórios que indicam que “as disposições sobre complementaridade do Estatuto fazem referência a investigações criminais. Logo, quando tais investigações não existem, o Tribunal está livre para agir.”³⁵. Mas, ainda que se presuma que as investigações devem ser levadas a cabo dentro do sistema de justiça penal, surgem dúvidas sobre a suficiência da investigação realizada, por exemplo, somente pela polícia³⁶ ou se é necessário sempre intervenção judicial ou da Procuradoria do país³⁷. Outra parte da doutrina, minoritária, entende que uma investigação conduzida, por exemplo, por uma Comissão da Verdade poderia ser uma fonte suficiente de inadmissibilidade³⁸.

Em relação à necessidade de que, uma vez terminada a investigação, seja o próprio Estado que decida não iniciar a ação penal, existem importantes questões ainda sem resposta. Porquanto, até o presente momento, não foi submetida nenhuma situação em que o Tribunal tenha delimitado com precisão o verdadeiro alcance deste requisito. Entre outras, surge a dúvida se bastaria que a decisão de não iniciar a ação penal parta do poder executivo (no caso de anistia, por exemplo) ou se é sempre necessária uma decisão judicial ou aprovação do Parlamento.

Parece, em todo caso, importante salientar que a norma expressamente requer uma investigação prévia à decisão de não iniciar a ação penal. Como consequência, em princípio, um acordo de

32 A. Salinas (2009). «Principio de Complementariedad en la Política Persecutoria del Fiscal de la Tribunal Penal Internacional». In: *Rule of Law and Fundamental Rights of Citizens: The European and American Conventions on Human Rights*. European Law Series SCIII (Esperia Publications Ltd., Londres), p. 294.

33 O termo inquérito judicial é utilizado aqui sem a pretensão de definir sua natureza, sob a perspectiva da existência, na doutrina e no Supremo Tribunal Federal, de inquéritos de natureza criminal judiciais (conduzidos pelo magistrado) e policiais (conduzidos pela polícia e encaminhados ao Ministério Público). Exclui-se, por óbvio, o inquérito judicial falimentar e o trabalhista, previstos no Direito brasileiro.

34 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, art. 31.

35 Holmes, *op. cit.*, p. 77.

36 Na situação do Quênia, por exemplo, a fim de demonstrar que existiam investigações pendentes, o Estado apresentou, no procedimento de admissibilidade perante a Sala Preliminar II, uma carta que instruía a polícia a iniciar as investigações. A Sala não se manifestou sobre a validade de tais investigações, porquanto a carta foi enviada posteriormente ao início dos procedimentos de inadmissibilidade, mas, no futuro, tal situação pode ocorrer. Ver *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11-96. “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute” (Sala Preliminar II, 30 de maio de 2011), parágrafo 62.

37 Além da existência de algumas ações diretas de inconstitucionalidade tramitando junto ao Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida a repercussão geral no RE nº 593.727, em que se discute a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório de natureza penal pelo Ministério Público.

38 Ver, por exemplo, Cárdenas, *op. cit.*, p. 129.

paz, em que se outorguem anistias sem a existência de investigações, não cumpriria com os requisitos do artigo 17(1)(b) do Estatuto. E, portanto, não tornaria o caso inadmissível perante o Tribunal.

4. EXCEÇÕES ÀS FONTES DE INADMISSIBILIDADE

Como dito anteriormente, as duas fontes de inadmissibilidade oriundas do regime da complementaridade têm como exceção comum o “fato de esse Estado não ter vontade de dar início aos procedimentos criminais ou sua incapacidade real para o fazer”³⁹. Conciliando os diversos textos originais do Estatuto, levando-se em conta o objeto e a finalidade deste, diremos que as exceções se configuram quando o Estado *carece de vontade* ou *é incapaz* de levar adiante as investigações ou processos judiciais.

Veremos, a seguir, com maiores detalhes, cada um dos elementos que configuram estas exceções.

4.1 FALTA DE VONTADE

A determinação do conceito de ‘vontade’⁴⁰ do respectivo Estado, tal como expresso nesta exceção de inadmissibilidade, foi tida como complexa desde o início. Com efeito, em razão do forte conteúdo subjetivo que o conceito de ‘vontade’ encerra, as negociações durante a Conferência de Roma foram direcionadas em “dessubjetivar” a referida exceção. Entendia-se necessário reduzir ao máximo a discricionariedade do Tribunal para determinar a falta de vontade dos Estados e buscar critérios objetivos, nos quais o TPI pudesse fundamentar suas conclusões⁴¹.

39 Sem prejuízo do valor da interpretação dos textos originais em diversas línguas, especialmente neste ponto, é fundamental ter em mente o texto do Estatuto, ao menos em suas versões oficiais em inglês e em francês. O texto em inglês prescreve: ‘State is *unwilling or unable genuinely* to carry out the investigation or prosecution’; em seu turno, o texto em francês indica: ‘État n’ait pas la *volonté* ou soit dans l’*incapacité* de mener véritablement à bien l’enquête ou les poursuites’. O original em espanhol foi assim redigido: ‘Este [Estado] *no esté dispuesto* a llevar a cabo el enjuiciamiento o *no pueda realmente* hacerlo.’ Em português, no Brasil, ‘Estado não ter *vontade* de proceder criminalmente ou da sua *incapacidade real* para o fazer. Em português de Portugal: ‘Estado não ter *vontade* de proceder criminalmente ou da sua *incapacidade efectiva* para o fazer.’ O original em espanhol, assim como as versões em português, seja a brasileira (Decreto nº 4.388/02), seja a portuguesa (Decreto do Presidente da República nº 2/02), dão a entender que apenas a incapacidade de proceder com as investigações deve ser tida por real ou efetiva, e não a vontade. Fazendo o devido cotejo com os originais em inglês e francês, percebe-se que o legislador originário não diferenciou a efetividade ou a real aparência para os elementos de vontade ou de incapacidade, como será visto mais adiante.

40 O texto original em espanhol foi redigido com o termo ‘falta de disposición’, apesar de as demais traduções oficiais do Estatuto sempre apresentarem o equivalente, em português, à ‘falta de vontade’. A diferença entre esses termos, de acordo com o dicionário da Real Academia Española, reside no fato de que, apesar de denotarem uma relação de consequencialidade, a vontade é o elemento subjetivo anterior e necessário para que exista a disposição, que se traduz no ato por meio do qual se executa a vontade.

41 Holmes, *op. cit.*, pp. 52-56.

Assim, decidiu-se por estabelecer determinadas condições precisas e objetivas que observassem a necessidade de se ajustarem às ‘normas do devido processo legal reconhecidas pelo direito internacional’ como critério imparcial e orientador das definições de tais circunstâncias⁴². O parágrafo 2 do artigo 17 foi, portanto, redigido nos seguintes termos:

“2. A fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias:

a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5º;

b) Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça;

c) O processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça.

Entretanto, apesar dos esforços para evitar ao máximo a subjetividade, as referidas exceções ainda dão ensejo a diversas possibilidades de interpretação. Por exemplo, ainda pende de definição o verdadeiro alcance do termo “subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal”. Poder-se-ia, por exemplo, considerar que uma pena muito baixa implica subtrair a responsabilidade penal de um sujeito? A mesma situação ocorre com termos como “demora injustificada” e até que ponto tal demora pode ser tida como “incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça”. Da mesma forma, a determinação dos limites da “independência” e “imparcialidade” de um processo judicial pode ensejar diversas interpretações.

Além disso, há hipóteses que não foram contempladas no texto legal e que podem gerar dúvidas adicionais. Com efeito, pode-se apresentar como exemplo uma situação em que existam diferentes graus de vontade dentro de um mesmo Estado ou diferenças entre os Poderes de um Estado. Seria o caso hipotético em que o Poder Judiciário entende que o processo deve seguir adiante, frente a um Poder Executivo que determine o término dos procedimentos, nos casos

42 *Idem, ibidem.*

É importante salientar que, apesar de não ser diretamente rejeitada, tal interpretação não foi, até o presente momento, confirmada pela Câmara de Recursos, nem seguida por outras Salas do Tribunal.

em que o regime legal do Estado permita essa intervenção entre os dois Poderes.

Dessa forma, a falta de vontade em um dos poderes do Estado pode gerar “inabilidade” em outro, que pode estar promovendo esforços genuínos para investigar ou processar. Em todo caso, como sugerem alguns, a fim de alcançar a tão aspirada objetividade, a análise dos elementos de inadmissibilidade deve focar estritamente em questões procedimentais e institucionais, e não em resultados substantivos⁴³.

De acordo com o que ficou decidido pela Sala de Julgamento III, “a inabilidade ou falta de vontade que é relevante é aquela do Estado (em oposição aos juízes das cortes nacionais)”⁴⁴. Aqui, a melhor interpretação aponta para a conclusão de que “Estado” deve ser entendido como a autoridade nacional, única capaz de dialogar diretamente com o TPI, cujo papel é geralmente exercido pelo Poder Executivo. Cabe apontar que tal entendimento permanece, não tendo sido, ainda, reanalisado pelo Tribunal.

Em uma interessante interpretação das disposições mencionadas, a Sala de Julgamento II, no caso contra *Germain Katanga*, assinalou que a falta de vontade refere-se à “ausência de intenção por parte do respectivo Estado em trazer a pessoa em causa à justiça”⁴⁵. Ademais, a Sala indicou que a falta de vontade não se manifesta somente na disposição de obstruir o curso dos procedimentos a nível nacional, mas também existiria uma segunda falta de vontade, que não está expressamente disposta no artigo 17 do Estatuto. Trata-se da vontade de um Estado de que a pessoa seja posta à disposição da justiça perante suas cortes nacionais, mas que, ao mesmo tempo, permite e encoraja que seja julgada por outros tribunais.

Portanto, a Sala de Julgamento II indicou que “Um Estado que decide não investigar ou processar uma pessoa perante suas próprias cortes, mas que tem plena intenção de ver a justiça feita, deve ser considerado como carente de vontade nos termos do artigo 17.”⁴⁶. É importante salientar

⁴³ *Idem, ibidem*.

⁴⁴ *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-802, “Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges”, (Sala de Julgamento III, 24 de junho de 2010), parágrafo 246.

⁴⁵ *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1213, “Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute)”, (Sala de Julgamento II, 16 de junho de 2009), parágrafo 76.

⁴⁶ ICC-01/04-01/07-1213, parágrafo 77.

que, apesar de não ser diretamente rejeitada, tal interpretação não foi, até o presente momento, confirmada pela Câmara de Recursos, nem seguida por outras Salas do Tribunal.

4.2 INCAPACIDADE OU INABILIDADE

A incapacidade ou inabilidade de um Estado para, efetivamente, levar a cabo investigações e processos encontra-se delimitada no parágrafo 3 do artigo 17, que, a seguir, se transcreve:

A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade⁴⁷ desta, não estará em condições de fazer comparecer o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo.

Neste ponto, o Comitê de Assessores Especialistas da Procuradoria do TPI, em seu informativo do ano 2003, assinalou que, apesar da avaliação de inabilidade ser provavelmente menos complexa do que a determinação da falta de vontade, ela pode ser igualmente sensível caso as autoridades do respectivo Estado entendam ser capazes de levar a cabo os procedimentos e têm a vontade de fazê-lo⁴⁸.

O mesmo informativo sugere que o colapso – ou a falta de disponibilidade dos sistemas judiciais – deve ser entendido em sentido amplo, e também se configuraria naqueles casos em que o Estado não é capaz de fazer comparecer acusados e testemunhas, nem colher provas, ou ainda quando não está em condições de levar o processo adiante.

Fatos e evidências relevantes para determinar esse tipo de incapacidade podem ser, por exemplo, a falta de pessoal, de juízes, de investigadores ou de procuradores em quantidade suficiente; a falta de infraestrutura judicial; a falta de legislação penal material ou processual que implemente o Estatuto; a falta de acesso aos recursos legais; a obstrução da justiça por elementos alheios ao controle do Estado; e, a existência de anistias ou imunidades⁴⁹.

A Procuradoria, ademais, indicou, em seu informativo sobre política do ano de 2003, que “o que esta norma considera são casos de falta de governo central ou estado de caos devido aos

⁴⁷ Aqui também se pode ver o problema existente entre as diversas versões oficiais e traduções do Estatuto, já que, na opinião das autoras, “unavailability of national judicial system” refer-se mais à incapacidade do sistema judicial nacional em levar adiante uma ação penal do que à sua ‘indisponibilidade’, como consta da tradução para o português. É em razão da incapacidade em sentido estrito, e não de eventual colapso do sistema judicial ou sua indisponibilidade que a existência, por exemplo, de legislação de implementação dos crimes do Estatuto, ou a concessão de anistias, impediriam o sistema judicial nacional de atuar.

⁴⁸ Office of the Prosecutor. *The Principle of Complementarity in Practice*, p. 15.

⁴⁹ *Idem, ibidem*.

conflitos, crises ou desordem pública que leva ao colapso dos sistemas nacionais, o que impediria o Estado de se desincumbir de seus deveres de investigar e processar os crimes sob a jurisdição do Tribunal.”⁵⁰.

É assim importante levar em consideração que, de acordo com o texto do Estatuto, apesar de a capacidade do Estado relacionar-se precipuamente com a capacidade física ou *de facto*, pode existir, ainda, uma incapacidade jurídica ou *de iure* no caso de alguns Estados. Mais precisamente, no caso em que estes pertencerem a uma tradição que reconhece o princípio estrito da legalidade em matéria penal, poderiam se achar impedidos de atuar quando suas legislações internas não contemplem os tipos penais do Estatuto⁵¹.

Durante os dez primeiros anos de funcionamento do Tribunal, a incapacidade dos sistemas nacionais para lidar com crimes internacionais tem sido, sem dúvida, a principal fonte de ativação da jurisdição do Tribunal. Com efeito, a incapacidade foi a hipótese que os próprios Estados reiteradamente invocaram para remeterem ao Tribunal – em aplicação à norma do artigo 13(a) do Estatuto – situações em que se sabia que um ou mais crimes de competência do TPI tenham sido cometidos. Ainda que tais Estados contassem com sistemas judiciais em funcionamento, alegaram que se encontravam incapacitados de perseguir os responsáveis pelos crimes de competência do Tribunal.

Nesse sentido, na comunicação por meio da qual o Presidente da República Democrática do Congo, Joseph Kabila, remeteu ao Procurador a situação dos diversos crimes ocorridos em seu país desde julho de 2002, está assinalado que:

“Em razão da situação particular por que passa meu país, as autoridades competentes não estão, infelizmente, em condições de levar a cabo investigações sobre os crimes mencionados acima, nem de iniciar os procedimentos necessários sem o auxílio do Tribunal Penal Internacional.”⁵².

Do mesmo modo, na situação de Uganda, a Sala Preliminar II, ao exarar os mandados de prisão de Joseph Kony, Vincent Otti, Raska Lukwiya, Okot Odhiambo e Dominic Ongwen, cita diversos parágrafos de um documento trazido pela Procuradoria na solicitação da ordem, denominado:

50 Office of the Prosecutor. *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, p. 4.

51 Ver Fronza, *op. cit.*, p. 45. Ver tb. nota 47.

52 ICC-01/04-01/06-32-US-Exp-AnxA1 (3 de março de 2004). “Letter from Mr. Joseph Kabila”. Disponível em: <http://www2.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc191858.pdf>



“(...)’Carta de Jurisdição’ de data 28 de maio de 2004, por meio da qual ‘o governo de Uganda declarava que tinha sido incapaz de prender as pessoas que podiam ter a maior responsabilidade pelos crimes na situação referida’; que ‘o TPI era o foro mais apropriado e efetivo para a investigação e processamento daqueles considerados mais responsáveis’ por esses crimes; e que o governo de Uganda ‘não conduziu nem pretende conduzir procedimentos nacionais em relação às pessoas mais responsáveis’”⁵³.

Da mesma forma, no caso da República Centro-Africana, o Procurador, ao comunicar sua decisão de abrir investigações em 22 de maio de 2007, deixou expresso que, durante o extenso exame preliminar realizado pela Procuradoria – logo após a situação de crise ter sido remetida ao Tribunal pelo próprio governo do país em 22 de dezembro de 2004 – daria seguimento à investigação por parte do TPI, mesmo diante da existência de processos em curso perante os tribunais nacionais. Sua decisão foi fundamentada em uma declaração da Corte de Cassação do referido país, que afirmou que “as autoridades nacionais eram incapazes de levar adiante os procedimentos criminais necessários, especialmente em relação a coleta de provas e detenção do acusado.”⁵⁴.

Uma questão importante, que as Salas deverão definir no futuro, diz respeito à relação entre os conceitos de ‘capacidade’ e ‘vontade’ dos Estados. Com efeito, até agora a vontade de referir situações ao Tribunal tem sido aceita como hipótese suficiente para ativar sua jurisdição, não obstante a existência de dúvidas sobre a existência objetiva, a nível nacional, de capacidade para lidar com essas situações. Entretanto, no caso da Líbia, por exemplo, o cenário que se prevê é exatamente o oposto, ou seja, um Estado que demonstra sua vontade de exercer a jurisdição, mas cuja real capacidade de levar a cabo os procedimentos está por ser analisada.

Do mesmo modo, as Salas também deverão se posicionar quanto ao equilíbrio entre as determinações de capacidade e de vontade dos Estados e os direitos e interesses dos acusados e/ou suspeitos. É possível prever a possível ocorrência da situação de um Estado com capacidade e vontade de investigar ou processar determinado indivíduo, mas, que por razões alheias a tal capacidade ou vontade – risco de aplicação de pena de morte ou outras, por exemplo –, o acusado prefira optar por ser julgado perante o TPI.

53 *The Prosecutor v. Joseph Kony et al.*, ICC-02/04-01/05-53, “Warrant of Arrest for Joseph Kony Issued on 8 July 2005 as amended on 27th September 2005” (Sala Preliminar II, 27 de setembro de 2005), parágrafo 37; *The Prosecutor v. Joseph Kony et al.*, ICC-02/04-01/05-54, “Warrant of Arrest for Vincent Otti”, (Sala Preliminar II, 8 de julho de 2005), parágrafo 37; *The Prosecutor v. Joseph Kony et al.*, ICC-02/01-05-55, “Warrant of Arrest for Raska Lukwiya”, (Sala Preliminar II, 8 de julho de 2005), parágrafo 25; *The Prosecutor v. Joseph Kony et al.*, ICC-02/04-01/05-56, “Warrant of Arrest for Okot Odhiambo”, (Sala Preliminar II, 8 de julho de 2005), parágrafo 27; e *The Prosecutor v. Joseph Kony et al.*, ICC-02/04-01/05-57, “Warrant of Arrest for Dominic Ongwen”, (Sala Preliminar II, 8 de julho de 2005), parágrafo 25.

54 Office of the Prosecutor, Background Situation in the Central African Republic, ICC-OTP-BN-20070522-220-A_EN, de 22 de maio de 2007, disponível em: <http://goo.gl/L4wFX>.

Em sentido oposto, pode ocorrer a situação em que o Estado, tendo a capacidade para levar a cabo uma investigação ou processo, decide remeter a situação ao TPI. Mas o acusado, a fim de manter contato com sua família ou cultura, por exemplo, prefere ser julgado na esfera nacional por seu juiz natural. Novamente, as respostas a possíveis dilemas não se encontram no marco legal nem do Estatuto, nem das Regras. Serão, portanto, definidas pela jurisprudência do Tribunal.

4.3 ALCANCE DO CONCEITO “GENUINAMENTE”

Um ponto importante que merece o devido relevo trata das implicações que a incorporação do termo “*genuinely*” no original em inglês, “*véritablement*” no original em francês, “*realmente*” no original em espanhol e “*real*” ou “*efectiva*” nas versões em português do Brasil e de Portugal, respectivamente, traz sobre as exceções às hipóteses de inadmissibilidade. Em todos os textos referidos, o termo é mencionado logo após a referência à ‘capacidade’ ou à ‘habilidade’ do Estado de levar a cabo a investigação ou a ação penal⁵⁵. Apesar disso, o termo parece referir-se a ambas as hipóteses de inadmissibilidade, vale dizer, tanto à falta de vontade como à falta de capacidade.

A Procuradoria tem interpretado o conceito como uma forma de restringir as categorias de procedimentos nacionais que demandam deferência por parte da Corte. Assim, existiria uma exigência de qualidade objetiva para com os procedimentos nacionais, porquanto eles não poderiam ser considerados “genuínos” se tiverem sido feitos de maneira extremamente inadequada⁵⁶.

Para alguns autores, a inclusão do termo “genuinamente nesta norma implicaria que os Estados estariam compelidos a assegurar, a nível nacional, que se cumpram os *standards* mínimos de investigação e processamento requeridos pelo Estatuto, devendo incorporar em seu sistema interno normas e procedimentos consistentes com seus objetivos; do contrário, os Estados incorreriam em responsabilidade internacional.”⁵⁷ Para outros, o Estatuto não contém nenhuma obrigação precisa a esse respeito.

Os Estados não estão obrigados, mas apenas recebem um “incentivo” – a fim de manter sua competência para conhecer os crimes previstos no Estatuto – para ajustar suas legislações e procedimentos aos *standards* internacionais. Os Estados continuam sendo livres para decidir a oportunidade e forma como farão tal ajuste, sujeitos tão-somente ao risco de que a falta ou

55 Ver nota de rodapé 35.

56 Office of the Prosecutor. *The Principle of Complementarity in Practice*, p. 8.

57 Ver Jensen, R. “Complementarity, ‘Genuinely’ and article 17: assessing the boundaries of and effective ICC”. In: “*Complementary views on complementarity. Proceedings of the international roundtable on the complementarity nature of the International Criminal Court - Amsterdam, 25/26 June 2004*”, Jaan K. Kleffner & Gerben Kor (A Haia, Países Baixos), Asser Press, pp. 147-170.

insuficiência dessa adequação possa ser considerada inabilidade ou falta de vontade, privando-lhes, assim, de sua jurisdição primária para reprimir tais ilícitos⁵⁸.

Se, por outro lado, o advérbio “genuinamente” se refere também à hipótese de “falta de vontade de um Estado” em atuar genuinamente, há que levar-se em conta, também, se a investigação ou julgamento pelas instâncias nacionais atendem aos *standards* mínimos exigidos pela própria legislação nacional. Assim, se a investigação ou julgamento fogem às regras processuais vigentes; ou se o juízo encarregado do caso não é o juízo natural; ou se a demora no processamento é injustificada em face das circunstâncias; é possível concluir-se pela existência do denominado “sham trial”, ou julgamento de fachada, o qual se destina muito mais à subtrair o acusado de sua responsabilidade penal do que a levar a cabo uma investigação ou um processo penal justo. Portanto, confirma-se uma hipótese de falta de “vontade genuína” de atuar, mais detalhadamente explicitada no parágrafo 2 e alíneas do artigo 17.

5. APLICAÇÃO DAS REGRAS DE COMPLEMENTARIDADE DURANTE OS PRIMEIROS DEZ ANOS DE VIGÊNCIA DO ESTATUTO

Como se viu claramente na análise das normas referidas anteriormente, a complexidade do sistema de complementaridade estabelecido pelo Estatuto representa um enorme desafio para a sua aplicação prática. As dúvidas superam as certezas e caberá à jurisprudência do Tribunal determinar os parâmetros para a sua aplicação. A seguir, faremos um breve apanhado das diversas situações e casos – e das circunstâncias concretas de cada um deles – nas quais a regra da complementaridade tenha sido aplicada durante os dez primeiros anos de funcionamento do Tribunal.

Durante esse período, o Tribunal iniciou investigações em sete situações de crise: Uganda, República Democrática do Congo (RDC), Darfur-Sudão, República Centro-Africana (RCA), Quênia, Líbia e Costa do Marfim. Três destas situações (Uganda, RDC e RCA) são oriundas de auto-remessas feitas pelos próprios Estados afetados⁵⁹. Em relação a outras duas (Darfur - Sudão

⁵⁸ Salinas, *op. cit.*, p. 303.

⁵⁹ De acordo com os artigos 13(a) e 14 do Estatuto. Em relação à situação de Uganda, em dezembro de 2003, o Presidente de Uganda, Yoweri Museveni, remeteu ao Procurador do Tribunal “a situação relativa ao grupo rebelde *Lord’s Resistance Army* (LRA).” Em 29 de julho de 2004, o Procurador do Tribunal decidiu abrir uma investigação a respeito da “situação relativa a Uganda do Norte”; quer dizer, não somente em relação aos crimes cuja prática fora imputada ao LRA, mas também em relação a toda a situação de crise. ICC, Press Releases,

e Líbia), o Conselho de Segurança da ONU valeu-se de seu poder para remeter⁶⁰ ao Tribunal as situações em que crimes de sua competência foram alegadamente cometidos em – ou por nacionais de – Estados que não fazem parte do Estatuto⁶¹. Por último, o Procurador foi autorizado a abrir investigações *proprio motu* em relação a outras duas situações de crise (Quênia e Costa do Marfim)⁶².

Na situação de Uganda, em julho de 2005, a Sala Preliminar II emitiu cinco mandados de prisão contra os mais altos membros do grupo rebelde *Lord's Resistance Army* (LRA)⁶³, os quais ainda não foram cumpridos. Tendo em vista as notícias sobre a existência de negociações de paz entre

2004: *President of Uganda refers situation concerning the Lord's Resistance Army (LRA) to the ICC* [online], ICC-20040129-44 [acesso em 26 de agosto de 2012], disponível em: <http://goo.gl/YsdDH>; e *Prosecutor of the International Criminal Court opens an investigation into Northern Uganda* [online], ICC-OTP-20040729-65 [acesso em 26 de agosto de 2012], disponível em: <http://goo.gl/x6EdM>. Em relação à situação da República Democrática do Congo (RDC), datada de 3 de março de 2004, o Presidente da República, Joseph Kabila, remeteu «la situación qui se déroule dans mon pays depuis le 1er juillet 2002, dans laquelle il apparaît que des crimes relevant de la compétence de la Cour Pénale Internationale ont été commis», ver: ICC-01/04-01/06-32-Anx1. Em 23 de junho de 2004, o Procurador do Tribunal decidiu dar início à primeira investigação do Tribunal, em relação aos graves crimes supostamente cometidos no território da RDC desde 1º de julho de 2002. ICC, Press Releases, 2004: *The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court opens its first investigation*, ICC-OTP-20040623-59 [acesso em 29 de agosto de 2012], disponível em: <http://goo.gl/XrIRA>. Em relação à situação da República Centro-Africana (RCA), em 7 de janeiro de 2005, o Procurador do Tribunal acusou o recebimento de uma carta do governo da RCA remetendo ao Tribunal a situação dos crimes cometidos em qualquer lugar do território daquele país a partir de 1º de julho de 2002. ICC, Press Releases, 2005: *Prosecutor receives referral concerning Central African Republic*, ICC-OTP-20050107-86 [acesso em 29 de agosto de 2012], disponível em: <http://goo.gl/RjO6R>. Em 22 de maio de 2005, o Procurador do Tribunal decidiu uniciar uma investigação na RCA. ICC, Press Releases, 2005: *Prosecutor opens investigation in the Central African Republic*, ICC-OTP-20070522-220 [acesso em 29 de agosto de 2012], disponível em <http://goo.gl/mJBPO>.

60 Apesar de o Decreto n° 4.388/02 utilizar o verbo “denunciar” para denotar esse tipo de situação, preferimos utilizar o vocábulo “remeter” e suas variações, tendo em vista que não se trata de uma denúncia propriamente dita, no sentido técnico-jurídico do termo.

61 De acordo com o artigo 13(b) combinado com o artigo 12(2) do Estatuto. Em relação à situação no *Sudão*, por meio da Resolução n° 1593, de 31 de março de 2005, o Conselho de Segurança das Nações Unidas remeteu ao Procurador do Tribunal a situação em Darfur sobre eventos ocorridos a partir de 1º de julho de 2002. Ver documento disponível em: <http://goo.gl/cYV3H>. Em 6 de junho de 2005, o Procurador do Tribunal decidiu iniciar investigações sobre a situação em Darfur, Sudão. ICC, Press Releases, 2005: *The Prosecutor of the ICC opens investigation in Darfur*, ICC-OTP-0606-104 [acesso em 29 de agosto de 2012], disponível em: <http://goo.gl/kWRJy>. Em relação à situação na *Líbia*, por meio da Resolução n° 1970, de 26 de fevereiro de 2011, o Conselho de Segurança das Nações Unidas remeteu ao Procurador do Tribunal a situação na Líbia sobre eventos ocorridos a partir de 15 de fevereiro de 2011. Ver documento disponível em: <http://http://goo.gl/gYK4Z>. Em 3 de março de 2011, o Procurador do Tribunal anunciou a abertura de investigações na Líbia. ICC, Press Releases, 2011: *ICC Prosecutor to open an investigation in Libya* [acesso em 29 de agosto de 2012], disponível em: <http://goo.gl/njdNy>.

62 De acordo com os artigos 13(c) e 15 do Estatuto. Em relação à situação no *Quênia*, em 26 de novembro de 2009, pela primeira vez na história do Tribunal, o Procurador solicitou autorização da Sala Preliminar para iniciar uma “investigação sobre a situação da República do Quênia em relação à violência pós-eleitoral dos anos 2007-2008.” Ver: *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-3, “Request for authorization of an investigation pursuant to Article 15”, (Gabinete do Procurador, 26 de novembro de 2009). A Sala Preliminar II autorizou, em 31 de março de 2010, a abertura das investigações em relação aos crimes de lesa-humanidade sob a jurisdição do Tribunal cometidos entre 1º de junho de 2005 e 26 de novembro de 2009. Ver: *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya” (Sala Preliminar II, 31 de março de 2010). Em relação à situação da *Costa do Marfim*, em 18 de abril de 2003, o Ministro das Relações Exteriores, Mamadou Bamba, atuando em representação ao governo, aceitou a competência do Tribunal, nos termos do artigo 12(3) do Estatuto, ou seja, sem ser um Estado Parte, em relação aos crimes cometidos em seu território a partir de 19 de setembro de 2002. A aceitação foi feita com período indeterminado e com efeito imediato a partir do envio da correspondência. Ver documento disponível em: <http://goo.gl/mxcTM>. Da mesma forma, o novo governo da Costa do Marfim, em 14 de dezembro de 2010, confirmou a aceitação da competência do Tribunal e comprometeu-se a cooperar, em particular em relação aos crimes cometidos a partir de março de 2004. Ver documento disponível em: <http://goo.gl/lqhVS>. Em 23 de junho de 2011, o Procurador solicitou autorização da Sala Preliminar para iniciar uma “investigação sobre a situação da República da Costa do Marfim em relação à violência pós-eleitoral a partir de 28 de novembro de 2010.” Ver: *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, ICC-02/11-3, “Request for authorization of an investigation pursuant to Article 15”, (Gabinete do Procurador, 23 de junho de 2011). A Sala Preliminar II autorizou o início das investigações em 3 de outubro de 2011, em relação aos crimes sob a jurisdição do Tribunal cometidos a partir de 28 de novembro de 2010. Ver: *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, ICC-02/11-14, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire” (Sala Preliminar III, 3 de outubro de 2011). Posteriormente, e em consideração às informações adicionais trazidas pelo Procurador, a Sala Preliminar III ampliou o marco da autorização para compreender os crimes sob a jurisdição do Tribunal cometidos entre 19 de setembro de 2002 e 28 de novembro de 2010. Ver: *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, ICC-02/11-36, “Decision on the ‘Prosecution’s provision of further information regarding potentially relevant crimes committed between 2002 and 2010’” (Sala Preliminar III, 22 de fevereiro de 2012).

63 *Situation in Uganda*, ICC-02/04-01/05-1, “Decision on the Prosecutor’s Application for warrants of arrest under Article 58” (Sala Preliminar II, 8 de julho de 2005).



Não dispõe o Estado de faculdade para impor limitações ao Procurador no sentido de que este possa investigar somente certos crimes, ou crimes cometidos por determinadas pessoas ou, ainda, antes ou depois de determinada data [...].

o governo e os rebeldes, ao final do ano de 2008, a Sala Preliminar II deu início aos procedimentos para determinar a admissibilidade do caso contra os acusados⁶⁴.

Após a análise das informações relevantes, a Sala Preliminar II determinou que, à míngua de implementação concreta dos acordos de paz, a situação de “total inércia por parte das autoridades nacionais competentes” se mantinha. E, portanto, decidiu que não existiam razões para revisar o juízo positivo sobre a admissibilidade do caso, de acordo com o artigo 17 do Estatuto⁶⁵.

A Câmara de Recursos, no acórdão da apelação interposta contra esse julgamento, decidiu que não lhe competia interferir no exercício das faculdades discricionárias da Sala Preliminar para determinar a admissibilidade do caso conforme o artigo 19(1) do Estatuto. Neste ponto, a Câmara de Recursos apontou que somente poderia intervir no exercício dessas funções da Sala Preliminar “quando se houver demonstrado que a decisão contenha vício por erro de direito, erro de fato ou erro processual e, em tal caso, somente se o erro tiver afetado materialmente a decisão.”⁶⁶.

Na situação da RDC, até o momento, foram iniciados cinco casos contra seis acusados⁶⁷, dois dos quais (Bosco Ntaganda e Sylvestre Mudacumura) ainda não foram presos.

No caso contra Callixte Mbarushimana, a Sala Preliminar I determinou que não havia fundados motivos para crer que ele cometera os crimes que lhe foram imputados e decidiu não confirmar as acusações⁶⁸. Ainda assim, durante o procedimento preliminar, o réu impugnou a jurisdição do

64 *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/05-320, “Decision initiating proceedings under article 19, requesting observations and appointing counsel for the Defence” (Sala Preliminar II, 21 de outubro de 2008).

65 ICC-02/04-01/05-377, parágrafo 52.

66 *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/05-408, “Judgment on the appeal of the Defence against the ‘Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of 10 March 2009’” (Câmara de Recursos, 16 de setembro de 2009), parágrafo 80.

67 Thomas Lubanga Dyilo, Bosco Ntaganda, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo, Callixte Mbarushimana e Sylvestre Mudacumura.

68 *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red, “Decision on the confirmation of charges” (Sala Preliminar I, 16 de dezembro de 2011), parágrafo 340. Nota: nos termos do Estatuto, « decision on the confirmation of the charges » prevista no artigo 61(7) do Estatuto, traduzido para o português como “procedência da acusação”. Essa decisão equivale, de certa maneira, à decisão de pronúncia ou de impronúncia, exarada nos procedimentos de competência do Tribunal do Juri em nossa legislação, já que é a decisão pela qual se remete ou não um suspeito a julgamento.

Tribunal, alegando que não existia o nexo causal necessário entre as acusações e o marco da situação de crise pela qual a jurisdição havia sido ativada⁶⁹.

A Sala Preliminar refutou o argumento apresentado por Mbarushimana sustentando, para tanto, que a situação de crise pela qual se ativa a jurisdição do Tribunal inclui, não somente aqueles crimes cometidos anteriormente ou durante o momento da remessa da situação ao Tribunal, mas também aqueles crimes cometidos após tal evento desde que estes sejam, de qualquer maneira, ligados à situação de crise que se desenvolvia no momento da remessa⁷⁰.

Nesse sentido, a Sala especificou que o fator fundamental para se determinar se um crime faz parte, ou não, do contexto de uma situação de crise é a existência de um vínculo entre os respectivos crimes e a crise que desencadeou a jurisdição do Tribunal, no momento em que tais eventos tenham ocorrido⁷¹. Ademais, a Sala decidiu que, de acordo com os artigos 13 e 14 do Estatuto, um Estado Parte pode remeter ao Procurador apenas uma situação de crise em sua totalidade.

Não dispõe o Estado de faculdade para impor limitações ao Procurador no sentido de que este possa investigar somente certos crimes, ou crimes cometidos por determinadas pessoas ou, ainda, antes ou depois de determinada data, uma vez que “desde que crimes sejam cometidos dentro do contexto de uma situação de crise que ativou a jurisdição do Tribunal, as investigações e processos podem ser iniciados.”⁷².

Thomas Lubanga Dyilo, o primeiro indivíduo julgado e condenado – a 14 anos de prisão – pelo TPI⁷³, impugnou a jurisdição do Tribunal no ano de 2006, logo no início dos procedimentos. O recurso foi interposto nos termos do artigo 21(3) do Estatuto⁷⁴, fundamentado na teoria do abuso do processo, sob o argumento de que o Tribunal estaria obrigado a exercer sua jurisdição de maneira consistente com os princípios gerais de direitos humanos. E, portanto, em caso de

69 *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-290, “Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court” (Equipe da Defesa, 19 de julho de 2011), parágrafo 12.

70 *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-451, “Decision on the confirmation of charges” (Sala Preliminar I, 16 de dezembro de 2011), parágrafo 16.

71 ICC-01/04-01/10-451, parágrafo 41.

72 ICC-01/04-01/10-451, parágrafo 27.

73 Ver *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 14 de março de 2012, ICC-01/04-01/06-2842 e “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”, 10 de julho de 2012, ICC-01/04-01/06-2901, parágrafo 107.

74 Tal norma indica que “A aplicação e interpretação do direito de acordo com o presente artigo deverão ser compatíveis com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem qualquer distinção fundada em questões de gênero, definido parágrafo 3 do artigo 7, idade, raça, cor, idioma, religião ou credo, opinião pública ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, nascimento ou outra condição.”



EXPOSIÇÃO NA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL MEMÓRIA: AMÉRICA LATINA EM PERSPECTIVA INTERNACIONAL E COMPARADA, PUC/RJ RIO DE JANEIRO/RJ, 14 DE AGOSTO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

existência de sérias violações aos direitos humanos de um acusado, o exercício dessa mesma jurisdição configuraria abuso de processo⁷⁵.

A Sala Preliminar I decidiu que, de acordo com os paradigmas de direitos humanos, qualquer violação aos direitos humanos de um acusado em relação à sua detenção e cometido anteriormente à data de sua transferência para o Tribunal deveria ser examinada somente caso se comprove que houve uma ação concertada entre o próprio Tribunal ou seus agentes e as autoridades nacionais que cumpriram o mandado de prisão e entregaram o acusado⁷⁶.

Ademais, a Sala consignou que, posto não haja tal ação concertada, a teoria do abuso do processo outorga uma garantia adicional aos direitos do acusado no sentido de que o Tribunal declinará o exercício da jurisdição quando estiver demonstrado que o indivíduo tenha sido sujeito a tortura ou a sérios maus tratos durante o processo de detenção e de transferência.⁷⁷

A Câmara de Recursos, quando da confirmação da decisão da Sala Preliminar I, esclareceu que o abuso de processo por graves violações aos direitos humanos de um acusado não é uma das

75 *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-197 “Conclusions suite à l’ordonnance du 13 juillet 2006” (Equipe de Defesa, 17 de julho de 2006).

76 *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-512. “Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19(2)(a) of the Statute” (Sala Preliminar I, 3 de outubro de 2006), p. 9.

77 ICC-01/04-01/06-512, p. 10.



fontes de inadmissibilidade, pelas quais o Tribunal pode deixar de exercer jurisdição no caso concreto⁷⁸. Ao contrário, a Câmara de Recursos indicou que o conceito de “abuso do processo” é um princípio associado com a devida administração da justiça, que confere ao Tribunal a faculdade de suspender os procedimentos judiciais e de se negar a exercer a jurisdição no caso concreto, quando tal exercício implicasse um mau uso da administração da justiça e um desvio do propósito para o qual tenha sido estabelecida⁷⁹.

Germain Katanga, cujo processo encontra-se em vias de conclusão, impugnou a admissibilidade de seu caso em 2009 e, desta vez, fundado diretamente no princípio da complementaridade, nos termos do artigo 19(2)(a) do Estatuto. A impugnação, basicamente, discutia o teste de admissibilidade aplicado pelo Tribunal, a interpretação e a aplicação dos conceitos de “falta de vontade” e de “falta de capacidade” do artigo 17 do Estatuto. O argumento utilizado questionou se a determinação de admissibilidade de um caso deveria levar em consideração a situação no momento da expedição do mandado de prisão contra o acusado⁸⁰.

O acusado impugnou aquilo que identificou como “renúncia à complementaridade”, por meio da qual tinha sido convertido em espécie de “vítima” da divisão de funções entre a Procuradoria do Tribunal e o governo da RDC. Em acréscimo, ele sustentou, que o seu direito de desafiar a competência do Tribunal converteu-se em algo meramente teórico ou ilusório⁸¹. A Sala Preliminar II refutou os argumentos e considerou o caso admissível⁸².

De fundamental importância para a decisão, foi a postura do governo da RDC que, claramente, indicou não estar disposto a julgar Germain Katanga em seu próprio território⁸³. Tendo isto em mente, a Sala Preliminar aduziu que uma forma adicional – não contemplada no Estatuto – de “falta de vontade” pode ser aquela em que um Estado, apesar de não tentar obstruir o curso do processo, pretende e espera que a pessoa seja posta à disposição da justiça, mas

78 ICC-01/04-01/06-772, parágrafo 24.

79 ICC-01/04-01/10-772, parágrafos 26-27.

80 *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-949. “Motion challenging the Admissibility of the Case by the Defence of Germain Katanga, pursuant to Article 19(2)(a) of the Statute” (Equipe da Defesa, 10 de fevereiro de 2009), parágrafo 28.

81 *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01-04-01/07-1008. “Defence Reply to ‘Prosecution Response to Motion Challenging the Admissibility of the Case by the Defence of Germain Katanga, pursuant to Article 19(2)(a)’” (Equipe da Defesa, 30 de março de 2009), parágrafo 26.

82 *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1213-tENG. “Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute)” (Sala de Primeira Instância II, 16 de junho de 2009).

83 *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-T-65-ENG. “Hearing Open Session” (Sala Preliminar II, 1º de junho de 2009), página 90. Ver também *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-968». «Observations de la RDC sur l’exception d’irrecevabilité soulevée par la défense de Germain Katanga» (Equipe da Defesa, 14 de março de 2009).

não diante de seus tribunais nacionais⁸⁴. Dessa forma, logo após concluir que existia uma clara e explícita expressão da falta de vontade por parte do governo da RDC para levar a cabo o processamento do feito, decidiu que o caso era admissível perante o Tribunal. E rejeitou a impugnação da defesa⁸⁵.

A Câmara de Recursos confirmou a admissibilidade do caso, mas não a totalidade dos argumentos esposados pela Sala de Primeira Instância II.⁸⁶ Com efeito, o órgão indicou que a admissibilidade de um caso deveria ser determinada com base em fatos. Levando-se em consideração a forma como se apresentam quando do procedimento de impugnação, uma vez que a inadmissibilidade de um caso, nos termos do artigo 17 do Estatuto, depende das atividades investigativas e do processamento dos Estados com jurisdição, as quais podem variar no tempo.⁸⁷

Seguindo este raciocínio, e de acordo com a linguagem clara das letras “a” e “b” do parágrafo 1 do artigo 17 do Estatuto, a análise da vontade e da capacidade de um Estado somente se torna relevante quando, em razão de investigações ou de processamento – em curso, ou já concluídos – o caso parece ser inadmissível⁸⁸.

Dessa forma, quando houver inércia por parte dos Estados no momento dos procedimentos de impugnação, a pergunta sobre a vontade ou a capacidade dos Estados não deveria sequer surgir. Porquanto, a inércia transforma o caso em automaticamente admissível pelo Tribunal⁸⁹.

Ressalte-se o fato de a Câmara de Recursos ter deixado claro que o termo “decisão de não iniciar a ação penal” do artigo 17(1)(b) do Estatuto não compreende as decisões de um Estado de encerrar certos procedimentos judiciais contra um acusado, a fim de que este seja entregue para julgamento pelo TPI⁹⁰.

Na situação de Darfur-Sudão, foram expedidos, até o presente momento, mandados de prisão contra quatro acusados – Ahmad Harun, Ali Kushayb, Omar Al-Bashir e Abdel Hussein – e citações para comparecimento para outros três – Bahar Idriss Abu Garda, Abdallah Banda e Saleh Jerbo.

84 ICC-01/04-01/07-1213-tENG, parágrafo 77.

85 ICC-01/04-01/07-1213-tENG, parágrafo 95.

86 *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1497. “Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case” (Câmara de Recursos, 25 de setembro de 2009).

87 ICC-01/04-01/07-1497, parágrafo 56.

88 ICC-01/04-01/07-1497, parágrafo 75.

89 ICC-01/04-01/07-1497, parágrafo 78.

90 ICC-01/04-01/07-1497, parágrafo 83.

Nenhum dos mandados de prisão foi cumprido, mas todos os sujeitos citados para comparecer o fizeram voluntariamente.

No caso de Barhar Idriss Abu Garda, a Sala Preliminar I determinou que não existiam fundados motivos para crer que ele havia cometido os crimes que se lhe imputaram. E, assim, decidiu não confirmar as acusações contra ele⁹¹. A Sala rejeitou o pedido de autorização para recorrer, interposto pela Procuradoria⁹², e o processo, por ora, está arquivado⁹³.

No caso de Abdallah Banda e Saleh Jerbo, as acusações foram confirmadas e os acusados enviados a julgamento⁹⁴. Até o presente momento, nenhuma impugnação à jurisdição do Tribunal ou à admissibilidade dos casos foi apresentada em relação à situação no Sudão⁹⁵.

Na situação da República Centro-Africana (RCA), somente um caso foi aberto contra apenas um acusado, Jean-Pierre Bemba Gombo, o qual se encontra, atualmente, em julgamento. No começo da fase de julgamento, em fevereiro de 2010, antes do início da apresentação de provas por parte da Procuradoria, o acusado impugnou a admissibilidade do caso, nos termos dos artigos 17 e 19(2) do Estatuto, com fundamento no princípio da complementaridade, no princípio do *ne bis in idem* e na ausência da necessária gravidade do caso, bem como no fato de que existiria abuso do processo em seu desfavor⁹⁶.

91 *The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red."Decision on the Confirmation of Charges" (Sala Preliminar I, 8 de fevereiro de 2010).

92 *The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-267."Decision on the Prosecution's Application for Leave to Appeal the "Decision on the Confirmation of Charges"" (Sala Preliminar I, 23 de abril de 2010).

93 O caso poderá ser reanalisado se a Procuradoria trazer novas provas, de acordo com o artigo 61(8) do Estatuto.

94 *The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red."Corrigendum of the Decision on the Confirmation of Charges" (Sala Preliminar I, 7 de março de 2011).

95 Aqui é importante levar em consideração que, em relação à situação no Sudão, já atendidos os pedidos de cooperação para a expedição de mandados de prisão contra o presidente em exercício, Omar Al Bashir, existe uma forte oposição dos Estados Africanos e da União Africana a qualquer tipo de cooperação que possa resultar no cumprimento da ordem e na transferência do acusado. Ver: African Union, "Decision on the meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court", 3 de julho de 2009, Doc. Assembly/AU/13(XIII), Assembly/AU/DEC.245(XIII), parágrafo 10, no qual a União Africana instrui seus Estados-Partes a não cooperar com o TPI, de acordo com o artigo 98 do Estatuto, e deixar de proceder à prisão ou à transferência do Presidente Omar Al Bashir. Da mesma forma, logo após duas decisões da Sala Preliminar I, determinando que os Estados do Chade e Malaui haviam deixado de cumprir com suas obrigações de cooperação perante o Tribunal ao permitir que o Presidente do Sudão, Omar Al Bashir, viajasse a seus territórios e não fosse preso (*The Prosecutor vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-140, "Decision pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the refusal of the Republic of Chad to comply with the cooperation requests issued by the Court with respect to the arrest and surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir" (Pre-Trial Chamber I, 13 December 2011) and *The Prosecutor vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139-Corr, "Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir" (Pre-Trial Chamber I, 13 December 2011)). a União Africana novamente condenou a ação do Tribunal, indicando que, conforme sua interpretação, o Estatuto não é capaz de remover as imunidades outorgadas pelo direito internacional a autoridades que não fazem parte do Estatuto de Roma, porquanto Estados não podem ser privados dos direitos que ordinariamente possuem por meio de um tratado ao qual não aderiram. Ademais, o Chade e Malaui foram ordenados pela União Africana a não dar cumprimento aos mandados de prisão, e o artigo 23(2) do Ato Constitutivo da União Africana obriga seus Estados-Partes a cumprir as decisões e políticas do órgão. Ver: African Union, Press Release No. 002/2012, Addis Ababa, 9 de janeiro de 2012, "On the decision of Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court (ICC) pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the alleged failure by the Republic of Chad and the Republic of Malawi to comply with the cooperation requests issued by the Court with respect to the arrest and surrender of President Omar Hassan Al Bashir of the Republic of Sudan".

96 *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-704-Red-3. «Requête en vue de contester la recevabilité de l'Affaire conformément aux articles 17 et 19(2)(a) du Statut de Rome» (Equipe da Defesa, 25 de fevereiro de 2010), p. 3.

Em relação à complementaridade, o réu alegou que investigações e procedimentos efetivos sobre as mesmas acusações perante o TPI foram conduzidos junto à Justiça da RCA, a qual tinha jurisdição sobre a matéria. Ademais, o acusado aduziu que as autoridades da RCA sempre demonstraram irrefutável vontade e seus tribunais contavam com a habilidade requerida para levar os processos a cabo⁹⁷.

A defesa alegou que a razão pela qual os procedimentos em desfavor do acusado foram suspensos pela RCA era unicamente política. E não devido à inabilidade das autoridades judiciárias, uma vez que o processo foi arquivado a fim de evitar conflitos com a RDC⁹⁸. A Sala de Julgamento rejeitou a impugnação⁹⁹, seguindo a jurisprudência da Câmara de Recursos no caso *Katanga*, no sentido de que a decisão de que um caso deveria ser remetido ao TPI, ao invés de prosseguir perante as Cortes nacionais, não equivaleria a uma decisão de não iniciar uma ação penal¹⁰⁰.

A Câmara de Recursos confirmou a decisão da Sala de Julgamento III, sob o argumento de que a decisão do governo da RCA de encerrar a investigação, antes iniciada perante as autoridades locais a fim de transferir o caso contra o réu para o TPI, não pode ser considerada uma “decisão de não se iniciar a ação penal”, nos termos do artigo 17(1)(b) do Estatuto¹⁰¹. Do contrário, chegar-se-ia à absurda conclusão de que o encerramento das investigações – e a subsequente ausência de ação penal – a fim de remeter o caso para o TPI, tornaria este mesmo caso inadmissível¹⁰².

Na situação ocorrida no Quênia, foram emitidas seis citações para comparecimento contra seis indivíduos. E todos se apresentaram, voluntariamente, ao Tribunal. A Sala Preliminar II confirmou as acusações somente contra quatro deles – William Ruto, Joshua Sang, Francis Muthaura e Uhuru Kenyatta – e decidiu não receber a denúncia contra os outros dois: Henry Kosgey e Mohammed Hussein Ali¹⁰³.

No curso do procedimento de confirmação das acusações, pela primeira vez na história do Tribunal, um Estado impugnou a admissibilidade dos casos, alegando que estavam sendo investigados os

97 *Idem, ibidem*.

98 ICC-01/05-01/08-704-Red3-tENG, parágrafos 81-90.

99 ICC-01/05-01/08-802.

100 ICC-01/05-01/08-802, parágrafos 240-241.

101 *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-962. “Judgment on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Trial Chamber III of 24 June 2010 entitled ‘Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges’” (Câmara de Recursos, 19 de outubro de 2010), parágrafos 73-74.

102 *Idem, ibidem*.

103 *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-373, “Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute” (Sala Preliminar II, 23 de janeiro de 2012) e *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11-382-Red. “Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute” (Sala Preliminar II, 23 de janeiro de 2012).

Assim, deve o Estado prover as evidências com grau de especificidade e valor probatório suficientes para demonstrar que o caso encontra-se, efetivamente, sob investigação, sendo considerada insuficiente a mera afirmação de que há investigações em curso.

fatos relacionados à situação de crise que originou a ativação da jurisdição do TPI¹⁰⁴. A Sala Preliminar II rejeitou a impugnação, com base no teste “mesmo indivíduo – mesma conduta”, porquanto não se havia demonstrado, na impugnação, a existência de ações concretas que constituíssem “investigações pendentes” contra nenhum dos acusados¹⁰⁵.

Com efeito, tendo em vista que o Governo do Quênia se ofereceu para, futuramente, apresentar um informativo sobre o progresso das investigações e a forma pela qual estas seriam estendidas aos “mais

altos níveis”, de modo a “começar pela investigação e o processamento dos perpetradores de menor nível até chegar àqueles de mais alto nível que puderem ser responsabilizados”, a Sala considerou que existiam apenas propostas de reforma judicial e promessas de futuras investigações, mas nenhuma ação concreta em relação aos acusados e, portanto, a situação de inércia se mantinha¹⁰⁶.

A Câmara de Recursos confirmou tal decisão indicando que, como os casos encontravam-se claramente definidos nas citações de comparecimento, eles seriam inadmissíveis perante o TPI, apenas se ficasse demonstrado que os mesmos indivíduos estavam sendo investigados no Quênia. E, ainda, substancialmente, pelas mesmas condutas¹⁰⁷.

Nesse contexto, a Sala definiu que o termo “objeto de investigação” do artigo 17(1)(a) do Estatuto¹⁰⁸ implica que foram tomadas ações concretas direcionadas a determinar se os acusados foram, ou não, responsabilizados pelas condutas que se lhes imputam, nomeadamente, se foram realizados

¹⁰⁴ *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey, Joshua Arap Sang and The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-01/11-19 and ICC-01/09-02/11-26, “Application on behalf of the Government of the Republic of Kenya pursuant to Article 19 of the ICC Statute (Governo da República do Quênia, 31 de março de 2011).

¹⁰⁵ ICC-01/09-02/11-96, parágrafo 56 e *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey, Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-101, “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute” (Sala Preliminar II, 30 de maio de 2011), parágrafo 60.

¹⁰⁶ ICC-01/09-02/11-96, parágrafos 57-66 e ICC-01/09-01/11-101, parágrafos 61-70.

¹⁰⁷ *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey, Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-307. “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled ‘Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute’” (Câmara de Recursos, 30 de agosto de 2011) e *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11-274, parágrafo 40.

¹⁰⁸ “O caso for objeto de inquérito” na versão do Decreto n° 4.388/02.

interrogatórios com testemunhas ou com os próprios acusados, colhidas provas documentais ou feitas análises forenses.

Dessa forma, a simples preparação para levar adiante tais ações, ou a investigação de outros suspeitos, não se configura como um requisito suficiente. É que, somente se as investigações se referirem aos mesmos indivíduos, pode-se estimar que o “mesmo caso” está sendo investigado pelas cortes nacionais e pelo TPI; do contrário, não existe nenhum conflito de jurisdição¹⁰⁹.

Além disso, a Câmara de Recursos sublinhou que recai sobre o Estado, que impugna a admissibilidade de um caso, o ônus de demonstrar que o caso é, de fato, inadmissível. Assim, deve o Estado prover as evidências com grau de especificidade e valor probatório suficientes para demonstrar que o caso encontra-se, efetivamente, sob investigação sendo considerada insuficiente a mera afirmação de que há investigações em curso¹¹⁰.

Na situação da Líbia, em junho de ano 2011, a Sala Preliminar I expediu mandados de prisão contra três indivíduos: Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi e Abdullah Al-Senussi¹¹¹. Muammar Gaddafi foi assassinado e seu processo foi arquivado em novembro de 2011¹¹². De acordo com as informações disponíveis, os outros dois acusados estão atualmente detidos na Líbia.

O Estado líbio impugnou a admissibilidade do caso contra Saif Al-Islam Gaddafi¹¹³. E foi autorizado pela Sala Preliminar I a deferir o cumprimento do mandado de prisão emitido pelo TPI até que se decidisse referida impugnação, até hoje pendente¹¹⁴. A fim de autorizar a suspensão da execução do mandado de prisão, a Sala indicou que o artigo 95 do Estatuto era aplicável aos pedidos de cooperação para a prisão e entrega de presos para o Tribunal. O que significa que, enquanto estiver pendente uma impugnação à admissibilidade de uma causa junto ao TPI, a Sala que

109 ICC-01/09-01/11-307 e ICC-01/09-02/11-274.

110 ICC-01/09-02/11-274, parágrafo 61.

111 Ver *Situation in the Libyan Arab Jamahiriya* (atualmente *Situation in Libya*), ICC-01/11-01/11-1, “Decision on the “Prosecutor’s Application Pursuant to Article 59 as to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah AL-SENUSSI” (Sala Preliminar I, 27 de junho de 2011).

112 Ver *The Prosecutor v. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-28, “Decision to Terminate the Case Against Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi” (Sala Preliminar I, 22 de novembro de 2011).

113 *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-130-Red, “Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute” (The Government of Libya, 1 May 2012). É importante que se considere que, à data da impugnação, somente se havia confirmado a prisão contra Saif Al Islam Gaddafi, por parte das autoridades líbias (Abdalah Al-Senussi estava detido na Mauritània) e, por esse motivo, a impugnação referiu-se principalmente ao primeiro acusado, o que foi aceito pela Sala Preliminar I. Ver: Carta do Conselho de Transição da Líbia, de 23 de novembro de 2011, ICC-01/11-01/11-34; ICC-01/11-01/11-130-Red, parágrafo 73; e *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-134, “Decision on the Conduct of the Proceedings Following the “Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the Statute” (Sala Preliminar I, 4 de maio de 2012), parágrafo 8.

114 *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-163 “Decision on the postponement of the execution of the request for surrender of Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to article 95 of the Rome Statute” (Sala Preliminar I, 1º de junho de 2012).

emitiu a ordem de prisão tem autoridade para decidir se um Estado pode adiar a execução de tal mandado¹¹⁵.

Além disso, a Sala anotou que tal suspensão pode ser temporária. E estará em vigor até que se exare decisão sobre a impugnação da admissibilidade do caso. O mandado de prisão, portanto, permanece válido e o Estado deve assegurar que durante a suspensão sejam tomadas todas as medidas necessárias a fim de garantir a imediata execução do requerimento de transferência do indivíduo, quando da eventual decisão de admissibilidade do caso¹¹⁶.

Na impugnação da admissibilidade do caso, o governo da Líbia argumentou que estava investigando o custodiado, tanto por acusações de corrupção e outros crimes financeiros, como por crimes que, conforme as alegações, foram cometidos durante a revolução ocorrida a partir de 17 de fevereiro de 2011¹¹⁷.

Nos termos do afirmado na acusação, no curso de tais investigações, o Procurador-Geral da Líbia já havia começado a analisar provas, particularmente discursos e conversas telefônicas, e a entrevistar potenciais testemunhas com conhecimento direto dos crimes imputados¹¹⁸. Assim, a investigação abrangeria, não apenas os incidentes fáticos descritos no mandado de prisão emitido pelo TPI, mas também outras imputações por graves crimes¹¹⁹. Referindo-se, pois, ao “mesmo indivíduo” e cobrindo “substancialmente as mesmas condutas” que embasam o próprio mandado de prisão¹²⁰.

A Líbia, inclusive, sustenta dois importantes pontos que têm sido fonte de discussão doutrinária e que deverão ser assentados pela jurisprudência do Tribunal. Em primeiro lugar, a Líbia argumenta que, embora as investigações em andamento estejam baseadas na caracterização de condutas tipificadas como crimes ordinários e não internacionais, isto não seria determinante para a conclusão de admissibilidade do caso. Já que, para isso, bastaria reconhecer que a investigação refere-se “substancialmente à mesma conduta”, em termos de contexto e de gravidade. Nesse sentido, a qualificação legal de tais condutas seria irrelevante para a determinação da admissibilidade, porquanto esta seria uma questão de forma e não de direito¹²¹.

115 ICC-01/11-01/11-163, parágrafo 37.

116 ICC-01/11-01/11-163, parágrafo 40.

117 ICC-01/11-01/11-130-Red, parágrafos 42-44.

118 ICC-01/11-01/11-130-Red, parágrafo 44.

119 ICC-01/11-01/11-130-Red, parágrafo 46.

120 ICC-01/11-01/11-130-Red, parágrafos 83.

121 ICC-01/11-01/11-130-Red, parágrafos 84-86.



Em segundo lugar, o governo líbio alega que, apesar de o Estado que impugna a admissibilidade do caso sustentar o ônus da prova de demonstrar que não está inerte, não lhe cabe fornecer provas adicionais para demonstrar que o sistema de justiça nacional *não* carece de vontade. Nem, tampouco, que é incapaz de levar adiante investigações e processo, uma vez que o sistema da complementaridade estaria baseado na presunção de que os Estados agem de boa-fé¹²². A decisão à impugnação da admissibilidade está por ser proferida.

Na situação da Costa do Marfim, expediu-se um mandado de prisão contra o ex-Presidente Laurent Gbagbo¹²³, já detido e transferido ao Tribunal e, atualmente, sujeito aos procedimentos de confirmação das acusações. Em maio de 2012, a defesa de Gbagbo impugnou a jurisdição do Tribunal¹²⁴, sob o argumento de que a declaração de sua aceitação, feita pelo governo em 18 de abril de 2003, definiu a jurisdição do Tribunal. E, ainda, que as cartas posteriores de confirmação de tal competência não possuem nenhum valor jurídico¹²⁵.

A Sala Preliminar I indeferiu o pedido, fundamentando a decisão no fato de que, apesar de os Estados terem a opção de consentir, ou não, com o exercício de jurisdição do TPI, por meio de uma declaração feita nos termos do artigo 12(3) do Estatuto, o âmbito de aplicação de tal declaração é pré-determinado pelo marco legal do Tribunal¹²⁶.

Em razão disso, mesmo que os Estados possam delimitar as margens da aceitação da jurisdição, tal determinação não pode estabelecer parâmetros arbitrários à situação de crise, porquanto esta deve compreender todos os crimes que lhe são relevantes; caberá, ainda, em última análise, ao Tribunal definir se o âmbito fixado para a aceitação da jurisdição, na declaração do Estado, é ou não consistente com os parâmetros objetivos da situação sob exame¹²⁷.

Por último, de acordo as informações disponíveis até o momento, a Procuradoria está atualmente realizando investigações preliminares¹²⁸ no Afeganistão, na Geórgia, na Guiné,

¹²² ICC-01/11-01/11-130-Red, parágrafos 90-92.

¹²³ *Situation in the Republic of Côte D'Ivoire*, ICC-02/11-01/11-1, "Warrant of Arrest for Laurent Koudou Gbagbo" (Sala Preliminar II, 23 de novembro de 2011).

¹²⁴ *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-129-Corr-t-ENG, "Corrigendum of the challenge to the jurisdiction of the International Criminal Court on the basis of articles 12(3), 19(2), 21(3), 55 and 59 of the Rome Statute filed by the Defence for President Gbagbo" (Equipe da Defesa, 29 de maio de 2012).

¹²⁵ ICC-02/11-01/11-129-Corr-t-ENG, parágrafo 73.

¹²⁶ *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-212, "Decision on the "Corrigendum of the challenge to the jurisdiction of the International Criminal Court on the basis of articles 12(3), 19(2), 21(3), 55 and 59 of the Rome Statute filed by the Defence for President Gbagbo" (ICC-02/11-01/11-129)" (Sala Preliminar I, 15 de agosto de 2012), parágrafo 59.

¹²⁷ ICC-02/11-01/11-212, parágrafo 60.

¹²⁸ Investigações preliminares podem ser entendidas como uma etapa anterior à decisão do Procurador de abrir investigações nos termos do artigo 15 do Estatuto. Nesta fase, o Procurador deve analisar a validade das informações recebidas acerca de uma potencial situação de crise. Para tanto, poderá requerer informações dos Estados, organismos internacionais, entre outros, a fim de embasar o pedido

na Colômbia, em Honduras, na Coreia do Sul, na Nigéria¹²⁹ e em Mali¹³⁰. Além destes, já se decidiu não proceder com investigações em relação às situações comunicadas no Iraque, na Palestina e na Venezuela¹³¹.

6. OS DESAFIOS FUTUROS DO SISTEMA DE COMPLEMENTARIDADE DO TPI

Como visto ao longo deste breve estudo, em seus dez primeiros anos de exercício, o Tribunal enfrentou diversos desafios na interpretação e determinação dos limites de sua jurisdição e do princípio da complementaridade. Em resposta a uma série de questões não contempladas no Estatuto, nem nas Regras de Procedimento e Prova, os órgãos judiciais do Tribunal têm contribuído com a produção de importante jurisprudência sobre a matéria.

A seguir, faremos breve análise sobre alguns assuntos que, apesar de já contarem com pronunciamento judicial do Tribunal, e terem sido recentemente analisados, merecem atenção especial. Serão abordados aspectos particulares, nos quais as respostas originalmente oferecidas podem parecer insuficientes para os desafios que o Tribunal atualmente enfrenta.

6.1 A VALIDADE DO TESTE “MESMO INDIVÍDUO - MESMA CONDUTA”

Como indicado anteriormente, as normas de complementaridade do Estatuto pareciam indicar que, nos casos de total inércia por parte dos Estados, o Tribunal seria imediatamente competente. A jurisprudência tem assim interpretado, indicando que “a questão da falta de vontade ou inabilidade do Estado que tem jurisdição sobre o caso torna-se relevante apenas quando, em face de investigações ou processos passados ou atuais, o caso parece ser inadmissível.”¹³².

de abertura de uma investigação.

129 *The Office of the Prosecutor*, “Report on Preliminary Examinations activities”, 13 de dezembro de 2011, acesso em: 25 de outubro de 2012, disponível em: <http://goo.gl/A94cr>.

130 ICC, Press Release (18.07.2012) “ICC Prosecutor Fatou Bensouda on the Malian State referral of the situation in Mali since January 2012”, ICC-OTP-20120718-PR829, acesso em: 25 de outubro de 2012, disponível em: <http://goo.gl/P9Emr>

131 Ver página eletrônica do TPI, “Communications, Referrals and Preliminary Examinations”, acesso em: 25 de outubro de 2012, disponível em: <http://goo.gl/ibpRK>.

132 ICC-01/04-01/07-1497, parágrafo 75.



Assim, em casos de total inércia por parte dos Estados, não existiria nenhuma necessidade de que as Salas analisassem as questões de admissibilidade do artigo 17 do Estatuto¹³³. Com efeito, o Tribunal não atua somente em casos de falta de vontade ou incapacidade; ao contrário, não é sequer necessário provar a ocorrência de algum dos dois requisitos para que o TPI possa atuar em casos de total inércia. É facultado ao Tribunal exercer a jurisdição sempre e em qualquer caso em que exista inércia por parte dos Estados. Como indicado pela Câmara de Recursos, “em casos de inércia, a questão da falta de vontade ou inabilidade não se apresenta; inércia por parte do Estado que tem jurisdição [...] faz com que o caso seja admissível perante o Tribunal, sujeito ao artigo 17(1)(d) do Estatuto.”¹³⁴.

Mas o que se entende exatamente por inércia? No exercício do poder de definir os limites do direito aplicável, e, levando-se em consideração as circunstâncias concretas do caso, a Sala Preliminar I, no caso Lubanga, interpretou de maneira estrita o conceito de inércia, concebendo o teste conhecido como “mesmo indivíduo - mesma conduta”.

Segundo tal teste: “é uma *conditio sine qua non* para que um caso que surge de uma investigação seja inadmissível, que os procedimentos nacionais refiram-se tanto a um indivíduo como à conduta objeto do caso perante o Tribunal”¹³⁵. Como veremos adiante, o teste tem por objetivo demonstrar que apenas as ações do Estado voltadas à investigação ou persecução do mesmo acusado – e, substancialmente, pelas mesmas condutas perante o TPI – podem configurar fonte de inadmissibilidade como exposto até aqui.

Seguindo tal precedente, ao requerer os primeiros mandados de prisão na situação em Darfur, Sudão, o Procurador argumentou que a existência isolada de procedimentos em nível nacional não seria motivo suficiente para determinar a inadmissibilidade. Em particular, se os procedimentos nacionais não compreendem os mesmos incidentes ou abrangem um rol de condutas significativamente limitado, ainda que se refiram aos mesmos sujeitos, não haveria obstáculo para a admissibilidade perante o TPI¹³⁶.

Tal interpretação ainda pode dar margem à conclusão de que o Tribunal se reserva, em qualquer circunstância, o poder de julgar indivíduos por determinadas ações específicas, mesmo que existam processos, no nível nacional, contra esses mesmos indivíduos, mas por fatos distintos. Isso se torna mais relevante no caso em que as condutas específicas pelas quais

133 ICC-02/04-01/05-377, parágrafo 52.

134 ICC-02/04-01/05-377, parágrafo 78.

135 ICC-01/04-01/06-8-Corr, parágrafo 31.

136 *Situation in Darfur, Sudán*, ICC-02/05-56, ‘Prosecutor’s Application under Article 58 (7)’, (Gabinete do Procurador, 27 de fevereiro de 2007), parágrafos 253-267.

o Tribunal reclama seu poder punitivo poderiam ser objetivamente consideradas como menos relevantes, em termos da gravidade da conduta, nível de participação ou, inclusive, em relação às consequências provocadas.

No caso Lubanga, por exemplo, no momento em que o mandado de prisão foi expedido pelo Tribunal, o réu estava detido na República Democrática do Congo, em virtude de dois outros mandados de prisão, um por acusações de genocídio e crimes de lesa-humanidade, e, o outro, por crimes de homicídio, cárcere privado e tortura¹³⁷.

Ainda assim, como nenhuma das acusações referia-se diretamente ao recrutamento, alistamento ou utilização de menores de 15 anos para participar ativamente das hostilidades – a única acusação que a Procuradoria do Tribunal apresentou contra Thomas Lubanga – o caso foi considerado admissível¹³⁸.

Da mesma forma, no caso Katanga, quando da expedição do mandado de prisão em seu desfavor, o réu encontrava-se detido na RDC, em razão de um mandado expedido pelas autoridades congoleesas, datado de 19 de março de 2005, por acusações de crimes de lesa-humanidade¹³⁹. Apesar disso, como a informação provida pela Procuradoria dava conta de que tais acusações não incluíam o ataque à vila de Bogoro ocorrido em 24 de fevereiro de 2003 – único ataque pelo qual o réu está sendo processado – o caso também foi considerado admissível¹⁴⁰.

Essa interpretação restritiva tem sido seguida pela jurisprudência das demais Salas do Tribunal¹⁴¹, particularmente durante o período em que a Câmara de Recursos ainda não havia enfrentado a questão¹⁴². Nos acórdãos das apelações contra as impugnações à admissibilidade dos casos oriundos da situação no Quênia, a Câmara de Recursos pronunciou-se, pela primeira vez, a respeito do teste, indicando ser necessário levar-se em conta que o artigo 17 do Estatuto está destinado a resolver conflitos de jurisdição entre o Tribunal e os Estados.

Portanto, e particularmente em relação ao artigo 17(1)(a) do Estatuto, não se trata apenas de determinar se existem investigações – ou processos – em abstrato, mas se o mesmo caso está sendo investigado por ambos, Tribunal e jurisdição nacional¹⁴³.

137 ICC-02/05-56, parágrafo 33.

138 ICC-02/05-56, parágrafos 37-40.

139 ICC-01/04-01/07-55, parágrafo 18.

140 ICC-01/04-01/07-55, parágrafos 20-21.

141 ICC-01/09-02/11-96, parágrafo 51; ICC-01/09-01/11-101, parágrafo 55.

142 No caso Katanga, a Câmara de Recursos deixou claro que não estava se pronunciando sobre a validade do teste. Ver ICC-01/04-01/07-1497, parágrafo 81.

143 ICC-01/09/02/11-274, parágrafo 36.

É necessário, apesar disso, ter em mente que os parâmetros do artigo 17 aplicam-se não somente em relação a casos concretos. Mas também em relação a decisões de admissibilidade preliminares – como as dos artigos 15 e 53(1) do Estatuto – nas quais os contornos dos casos futuros ainda estão por ser definidos¹⁴⁴.

Dessa forma, e somente em relação à admissibilidade de casos concretos, nos quais o indivíduo e a conduta já estão definidos – seja pelo mandado de prisão ou pela citação de comparecimento emitidos pela Sala, seja pelas acusações trazidas pelo Procurador – as “investigações” nacionais a que se refere o artigo 17(1)(a) devem se referir concretamente “ao mesmo indivíduo e substancialmente à mesma conduta a que se referem os procedimentos perante o Tribunal.”¹⁴⁵.

Este sutil esclarecimento feito pela Câmara de Recursos – que as investigações devem se referir “substancialmente” à mesma conduta – permitirá, caso seja necessário, adotar, no futuro, uma interpretação menos restritiva do teste. Isto pode contribuir para um melhor enfrentamento das novas circunstâncias, diferentes daquelas existentes no início do funcionamento do Tribunal, nas quais suas atividades resultaram principalmente da auto-remessa de situações por parte dos próprios Estados afetados. E, ainda, com a cooperação destes, sobretudo em relação à detenção e entrega dos suspeitos ao Tribunal.

Com efeito, no cenário atual, no qual Estados como o Quênia e a Líbia impugnam a competência do Tribunal, os desafios que se apresentam são claramente distintos. Na situação no Quênia, apesar de esta ter sido considerada admissível pela Sala Preliminar II, apresentou-se o dilema conceitual sobre se o teste anteriormente referido deveria, ou não, ser aplicado de maneira igualmente estrita em relação a sistemas judiciais estáveis¹⁴⁶.

Na Líbia, a situação é ainda mais complexa. Em primeiro lugar, existe uma clara divergência entre as posturas da Procuradoria – que apoiou a moção da Líbia de levar adiante os processos diretamente no nível nacional – e da Sala Preliminar I – que até agora tem insistido na obrigação da Líbia de entregar os acusados.

Ademais, é necessário levar-se em consideração que ainda existe uma série de questões sem resposta no Estatuto e nas Regras para as quais uma interpretação estrita do teste “mesmo indivíduo-mesma conduta” possa resultar insuficiente. Em especial, podemos mencionar, por exemplo, o conflito entre a classificação legal das condutas como crimes ordinários no nível

144 ICC-01/09/02/11-274, parágrafo 38.

145 ICC-01/09/02/11-274, parágrafo 39.

146 Stahn, C. (2012) “Libya, the International Criminal Court and complementarity: a test for ‘shared responsibility’” en *Journal of International Criminal Justice*, 10(2), p. 338.

interno e não como crimes internacionais, como seria a hipótese de atuação do TPI. Outra questão diz respeito à real necessidade de que os elementos contextuais sejam incorporados como parte integrante da conduta em questão¹⁴⁷.

Em consequência disso, como destacado pela Sala Preliminar II nos casos do Quênia, ilustrando o que foi decidido pela Câmara de Recursos no caso Katanga, a Procuradoria e as Salas não devem perder de vista que “a *ratio* fundamental subjacente ao conceito de complementaridade visa a conseguir um equilíbrio entre a salvaguarda da primazia dos procedimentos nacionais *vis-à-vis* o Tribunal, de um lado, e o cumprimento do objetivo do Estatuto de Roma de ‘por fim à impunidade’, por outro lado.”¹⁴⁸.

6.2 MOMENTO DE APLICAÇÃO DO TESTE DE ADMISSIBILIDADE

Outro aspecto muito importante, que não está claramente definido no Estatuto ou nas Regras, e a respeito do qual a jurisprudência do Tribunal tem apontado, até o momento, para uma interpretação restritiva, é a determinação do momento no qual devem estar cumpridas as condições requeridas pelo teste de admissibilidade.

No caso Katanga, a defesa impugnou a admissibilidade do caso posteriormente à decisão de confirmação das acusações, alegando que, no momento da emissão do mandado de prisão, a Procuradoria não havia apresentado à Sala a informação que reconhecia que os crimes cometidos na vila de Bogoro (único ataque pelo qual se está processando o réu) faziam parte do processo que tramitava na RDC¹⁴⁹. De acordo com os argumentos da defesa, a determinação de admissibilidade do caso deveria dar-se no momento da expedição do mandado de prisão, e não no momento da impugnação da admissibilidade da causa¹⁵⁰.

A Câmara de Recursos indicou que a admissibilidade deve ser determinada com base nos fatos no momento do procedimento de impugnação da admissibilidade¹⁵¹. De igual modo, no caso de Uganda, a Sala Preliminar II ressaltou que a determinação de admissibilidade de um caso encontra-se sujeita a mudanças em razão das circunstâncias. E, portanto, o marco legal dos artigos 17, 18 e 19 do Estatuto pressupõe que a determinação de admissibilidade seja um

147 *Idem, ibidem*, pp. 338-340.

148 ICC-01/09-02-11-96, parágrafo 40; ICC-01/09-01/11-101, parágrafo 44 [livre tradução das autoras].

149 ICC-01/04-01/07-1213-ENG, parágrafo 16.

150 ICC-01/04-01/07-1213-ENG, parágrafo 9.

151 ICC-01/04-01/07-1497, parágrafo 56.

processo em desenvolvimento durante a fase preliminar, cujo resultado está sujeito à revisão dependendo da evolução fática do respectivo cenário¹⁵².

Tal interpretação, apesar de fundada no texto do Estatuto, foi seguida levando-se em conta as circunstâncias de cada caso no momento da impugnação¹⁵³. Dessa forma, adotando-se uma interpretação sistemática e teleológica do Estatuto, as Salas têm garantido o cumprimento do objetivo central desse texto: exercer sua jurisdição com o objetivo de pôr fim à impunidade e de assegurar que os crimes mais graves que afetam a comunidade internacional, em seu conjunto, não fiquem impunes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFORD, S., *Some oughts on the Trial of Saddam Hussein: The Realities of the Complementarity Principle*, Int'l Crim. L. R. Vol. 8, No. 3, 2008.

ARSANJANI, M. H. *Reflections on the Jurisdiction and Trigger Mechanisms of the international Criminal Court*, en *Reflections on the International Criminal Court*, Eds. von Hebel, H. et al., 1999.

BENZING, M., *The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice Between State Sovereignty and the Fight Against Impunity*, 7 M.P.Y.B. UN L, 2004.

BLEICH, J. L., *Complementarity*, 13 Nouvelles Etudes Pénales, 1997.

BURKE-WHITE, W. W. *Complementarity in Practice: The International Court as Part of System of Multilevel Global Governance in the Democratic Republic of the Congo*, 18 Leiden J. Int'l L..557, 2004.

CARDENAS ARAVENA, C., *The admissibility test before the International Criminal Court under special consideration of amnesties and truth commissions*, In: *Complementary views on complementarity. Proceedings of the international roundtable on the complementarity nature of the international criminal court-Amsterdam, 25/26 june 2004*, Eds. Kleffner, J.K. & Kor, G. (The Hague, The Netherlands), T. M. C. Asser Press, 2006.

DELMAS-MARTY, M., *Interactions between national and international criminal law in the preliminar phase of trial at the ICC*, 4 *Journal of International Criminal Justice* 6, 2006.

¹⁵² ICC-02/04-01/05-377, parágrafos 27-28.

¹⁵³ Ver, por exemplo: ICC-01/04-01/07-1497, parágrafo 82. No momento de transferir o Sr. Katanga para o Tribunal, a República Democrática do Congo deu por terminados os processos em tramitação contra o acusado.

DUGARD, J., *Possible Conflicts of Jurisdictions with Truth Commissions*, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Eds. Cassese A., Gaeta, P. and Jones, J. R. W. D. (Oxford, Great Britain), Oxford University Press, 2002.

EL ZEIDY, M., *Some Remarks on the Question of the Admissibility of a Case during Arrest Warrant Proceedings before the International Criminal Court*, 19 Leiden J. Int'l L. 1, 2006.

_____, *The Gravity Threshold Under the Statute of the International Criminal Court*, Vol. 19, No. 1, Crim. L.F., 2008.

_____, *The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law*, 23 Mich. J. Int'l L. 869, 2002.

FAIRLIE, M. A., *Establishing Admissibility at the International Criminal Court: Does the Buck Stop with the Prosecutor, Full Stop?* 39 Int'l Lawyer 817, 2005.

FLORESAGUIRRE, J.A., *La Responsabilidad Penal Internacional del individuo y su Complementariedad con la Tribunal Penal Internacional: Perspectivas desde el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*, en *American University International Law Review*, Volume 20 n 1, (Washington D.C., United States of America), 2004.

_____, *La Responsabilidad Penal Internacional del individuo y su Complementariedad con la Tribunal Penal Internacional: Perspectivas desde el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*, en *American University International Law Review*. Volume 20, n° 1. (Washington DC, United States of America), 2004.

FRONZA, E. *Principio di Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, en *Introduzione al Diritto Penale Internazionale, Seconda edizione*, Ed. Amati E. et al., (Milano, Italia) Giuffré Editore, 2010.

GIOIA, F., *State Sovereignty, Jurisdiction, and 'Modern' International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court*, Leiden J. Int'l L 1095, 2006.

GURULÉ, J. *United States Opposition to the Rome Statute Establishing an International Criminal Court: Is the Court's Jurisdiction Truly Complementary to National Criminal Jurisdictions*, 35 Cornell Int'l L. J. 1, 2001-2.

HELLER, K. J., *The Shadow Side of Complementarity: The Effect of Article 17 of the Rome Statute on National Due Process*, 17 Crim. L.F. 255.

HOLMES, J. T., *The Principle of Complementarity*, en *The International Criminal Court. The making of the Rome Statue. Issues. Negotiations. Results*, Ed. Roy S. Lee, (The Hague, The Netherlands), Kluwer Law International, 1999.

HOLMES, J.T., *Complementarity: National Courts versus the ICC*, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Eds. Cassese A., Gaeta, P. and Jones, J. R. W. D. (Oxford, Great Britain), Oxford University Press, 2002.

ICC, Press Release (18.07.2012), *ICC Prosecutor Fatou Bensouda on the Malian State referral of the situation in Mali since January 2012*, ICC-OTP-20120718-PR829, acesso em: 25 de outubro de 2012, disponível em: <http://goo.gl/P9Emr> .

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *Informal Expert Paper: The principle of complementarity in practice* (Tribunal Penal Internacional, Gabinete do Procurador, 2003).

JENSEN, R., *Complementarity, 'Genuinely' and article 17: assessing the boundaries of and effective ICC. In: Complementary views on complementarity. Proceedings of the international roundtable on the complementarity nature of the International Criminal Court - Amsterdam, 25/26 June 2004*, Jaan K. Kleffner & Gerben Kor (A Haia, Países Baixos), Asser Press.

KLIP, A., *Complementarity and Concurrent Jurisdiction*, 19 Nouvelles Etudes Pénales 173, 2004.

KRESS, K., *"Self-Referrals" and "Waivers of Complementarity": Some Considerations in Law and Policy*, 2 J. Int'l C. Just. 944, 2004.

LATTANZI, F., *Il Principio de Complementarità*, en *La Corte Penale Internazionale, Organi – Competenza – Reati – Processo*, Eds. Lattanzi, G. y Monetti, V. (Milano, Italia), Giuffrè Editore, S.p.A., 2006.

LLEWELLYN, J. J., *A Comment on the Complementary Jurisdiction of the International Criminal Court: Adding Insult to Injury in Transitional Contexts?*, 24 Dalhousie L. J. 192, 2001.

M. P., *The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court*, 32 Cornell Int'l L. J. 507, 1999.

MALARINO, E., *Evaluación comparativa. Implementación y dificultades de implementación del Estatuto de Roma a la luz de la experiencia latinoamericana*, In: *Dificultades Jurídicas y Políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Tribunal Penal Internacional*, Ed. K Ambos, E Malarino y J Woischnik, (Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Montevideo), 2006.

MEYER, F., *Complementing Complementarity*, 6 Int'l C. L. Rev. 549, 2006.

MISKOWIAK, K., *Complementarity between the International Criminal Court and national jurisdictions*, en *The International Criminal Court: Consent, Complementarity and Cooperation* (Copenhagen, Denmark) Djof-Publishing, 2000.

MURPHY, R., *Gravity Issues and the International Criminal Court*, 17 Crim. L.F. 281, 2006.

NERONI SLADE, T. y CLARK, R. S., *Preamble and Final Clauses*, en *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, Ed. Lee, R. S. (The Hague, The Netherlands), Kluwer Law International, 1999.

NEWTON, M. A., *Comparative Complementarity: Domestic Jurisdiction Consistent with the Rome Statute of the International Criminal Court*, 167 Mil. L. Rev. 20, 2001.

OFFICE OF THE PROSECUTOR, *Report on Preliminary Examinations activities*, 13 de dezembro de 2011, acesso em: 25 de outubro de 2012, disponível em: [http:// goo. gl/A94cr](http://goo.gl/A94cr).

_____. *The Principle of Complementarity in Practice*.

_____. *Policy Paper on the Interests of Justice* [online]. Tribunal Penal Internacional, setembro de 2007, A Haia, acesso em: 10 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/ICC-OTP-InterestsOfJustice.pdf>

OLÁSULO, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Procedural Treatment of the Principle of Complementarity, and the Role of the Office of the Prosecutor*, 5 Int'l C. L. Rev. 121, 2005.

PHILLIPS, R. B., *The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and Admissibility*, 10 Crim. L.F. 61, 1999.

PICHON, J., *The Principle of Complementarity in the Cases of the Sudanese Nationals Ahmad Harun and Ali Kushayb before the International Criminal Court*, Int'l Crim. L. R. Vol. 8, No. 1, 2008.

RAZESBERGER, F., *The International Criminal Court, The Principle of complementarity*, Frankfurt am Main, Peter Lang GmbH Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2006.

RAZESBERGER, F., *The International Criminal Court. The Principle of Complementarity* (Peter Lang GmbH Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main 2006), 2006.

ROJO, E. C., *The Role of Fair Trial Considerations in the Complementarity Regime of the International Criminal Court: From “No Peace Without Justice” to “No Peace with Victor’s Justice”*, 18 Leiden J. Int’l L. 829, 2005.

RYNGAERT C., *Applying The Rome Statutes Complementarity Principle: Drawing Lessons From The Prosecution of Core Crimes by States Acting Under the Universality Principle*, Vol. 19, No. 1, Crim. L.F., 2008.

SALINAS CERDA, Ania e SLOAN, James, *The impact of the Distinction Between Situations and Cases on the Participation of Victims in the International Criminal Court. In: The Public in Law, Representations of the Political in the Legal Discourse*, Michelon, C at al. (eds.), (Ashgate Publishing Limited), 2012.

SALINAS, A. *Principio de Complementariedad en la Política Persecutoria del Fiscal de la Tribunal Penal Internacional*. In: *Rule of Law and Fundamental Rights of Citizens: The European and American Conventions on Human Rights*. European Law Series SCIII (Esperia Publications Ltd., Londres), p. 294.

SCHABAS, W. A., *Complementarity in Practice: Some Uncomplimentary Thoughts*, Vol. 19, No. 1, Crim. L.F., 2008.

STAHN, C., *Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court*, 3 J Int’l C. Just. 695, 2005.

_____, *Complementarity: A Tale of Two Notions*, Vol. 19, No. 1, Crim. L.F., 2008.

_____, *Libya, the International Criminal Court and complementarity: a test for ‘shared responsibility’* en *Journal of International Criminal Justice*, 10(2), 2012.

TRONCOSO REPETTO, C., *La Tribunal Penal Internacional y el Principio de la Complementariedad*, en *Ius et Praxis*, año/volumen 6, número 2, Universidad de Talca (Talca, Chile), 2000.

UNITED NATIONS SECRETARY-GENERAL, *Report of the International Commission of inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General. Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004* (United Nations Secretary-General, Geneva, 25 January 2005), 2006.

WHITE, W. W., *Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice*, Vol. 19, No. 1 Crim. L.F., 2008.

WILLIAMS S. A., SCHABAS W. A., *Article 17, Issues of admissibility*, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ed. Triffterer O., (Munich, Germany), Verlag C.H.Beck oHG, 2008.

YANG, L., *On the Principle of Complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court*, 4 Chinese J. Int'l L. 121, 2005.

OS DESAFIOS DO PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE. UM BALANÇO DOS 10 ANOS DA ENTRADA EM VIGOR DO ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

SYLVIA STEINER

Juíza do Tribunal Penal Internacional desde 2003. Foi membro do Ministério Público Federal de 1982 a 1995, e Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª. Região de 1995 a 2003. Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Penal pela Universidade de Brasília (UNB). *Visiting Professor da Human Rights Academy da American University, Washington*. Membro da delegação brasileira na Comissão Preparatória do Tribunal Penal Internacional de 1999 a 2002. Associada fundadora do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) , e membro de sua primeira Diretoria. Membro da Associação Juízes para a Democracia (AJD). Membro da *International Association of Women Judges* (IAWJ).

ANIA SALINAS CERDA

Assessora Legal da Divisão de Salas Preliminares e da Sala de Julgamento III do Tribunal Penal Internacional. Mestre em Direito Público pela Universidade de Concepción, Chile. Doutoranda pela Universidade de Glasgow, Escócia. Mestre em Direito Público Europeu pela Academia de Direito Público Europeu, Atenas, Grécia. *Research Fellow* da Universidade de Trento, Itália. *Research Fellow da Queen's University*, Belfast, Irlanda. Membro do Grupo Europeu de Direito Público (EGPL).

TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.

