

## **O CASO AFGANISTÃO NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: como a “síndrome de Nuremberg” contaminou a corte**

Bryan Bueno Lechenakoski<sup>1</sup>  
Rui Carlo Dissenha<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho discute criticamente a decisão do Tribunal Penal Internacional, no caso Afeganistão, que negou à Procuradoria a autorização para investigação dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra cometidos naquele país. Inicialmente o artigo analisa o pedido feito pela Procuradoria e discute as fundamentações que sustentam o pedido de investigação, para o que precisa discutir o contexto fático da situação e dos crimes cometidos. Em seguida, o texto passa a analisar o conteúdo da decisão que negou a abertura da investigação ao mesmo tempo em que reconheceu a jurisdição da Corte no caso do Afeganistão, ainda que de forma cuidadosa e aparentemente seletiva. Por fim, o artigo discute a posição da Corte pelo reconhecimento de inexistência de interesse de justiça no caso, feita ao arpejo do Estatuto, especialmente à luz da doutrina crítica que não reconhece esse espaço para a decisão da Pre-Trial Chamber. Seguem as conclusões do texto indicando que a jurisprudência da Corte, mantida essa decisão, aproxima-se perigosamente da terrível seletividade dos tribunais militares do pós-guerra, algo que a comunidade internacional, em geral, não esperava que acontecesse.

**PALAVRAS-CHAVE:** Síndrome de Nuremberg; Tribunal Penal Internacional; Seletividade Penal; Caso Afeganistão.

**ABSTRACT:** This paper critically discusses the decision of the International Criminal Court, in the Afghanistan case, that denied the Prosecutor the authorization to start an investigation on crimes against humanity and war crimes committed in that country. Initially the article analyzes the request made by the Office of the Prosecutor and discusses the grounds that support this request, also discussing the factual context of the situation and the crimes committed. The text then proceeds to analyze the content of the decision that recognizes the court's jurisdiction in the Afghanistan case, although denying the opening of the investigation under a very selective wording. Finally, the article discusses the Court's position on the acknowledgment that there is no legal interest in the case, made contrary to the Statute, especially in light of the critical doctrine that does not recognize this space for the Pre-Trial Chamber's decision. The conclusions of the text indicate that the Court's jurisprudence, upheld this ruling, is dangerously close to the terrible selectivity of the postwar military courts, something that the international community in general did not expect to happen.

**KEY-WORDS:** Nuremberg Syndrome; International Criminal Court; Criminal selectivity; Afghanistan case

### **INTRODUÇÃO**

O presente artigo pretende discutir a muito criticada decisão<sup>3</sup> da *Pre-Trial Chamber II* (a Câmara de Instrução II – doravante referida como PTC-II) do Tribunal

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito – Mestrado Acadêmico do Centro Universitário Internacional – UNINTER, E-mail: lechenakoski.adv@gmail.com

<sup>2</sup> Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo (2013). E-mail: rui@dissenha.adv.br.

<sup>3</sup> ICC. Pre-Trial Chamber II. **Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan.** Documento n. ICC-02/17. Decisão de 12 de Abril de 2019. Documento disponível em: <https://www.icc->

Penal Internacional (doravante, TPI) que negou à Procuradoria daquele Tribunal a autorização para iniciar uma investigação sobre a prática de crimes contra a humanidade e crimes de guerra na situação do Afeganistão. Embora ainda recente, essa decisão foi objeto de amplas críticas na doutrina especializada no mundo todo tanto pela inadequação de seu conteúdo jurídico quanto pela carga política que arrastou consigo em um momento particularmente delicado para o TPI, em que a corte é objeto de profundas críticas por focar sua atuação apenas em países africanos.

Ao mesmo tempo, o precedente criado pela decisão não é apontado como bem-vindo por impedir a investigação de graves atrocidades cometidas naquele país que há mais de quinze anos tem passado por um conflito armado grave e internacionalmente delicado. De fato, a complexa configuração de forças envolvidas no conflito produziu um sem-número de acusações de crimes universais de competência do TPI cometidos por vários agentes: as milícias Talibã e outras similares que se opõem ao governo, por crimes contra a humanidade e crimes de guerra; as Forças Armadas afegãs, por perseguições e crimes de guerra, especialmente o tratamento desumano e cruel das vítimas; e as Forças Armadas estadunidenses, inclusive a *Central Intelligence Agency* (CIA), por crimes de guerra em que a tortura contra suspeitos de terrorismo é o objeto especial de atenção. A negativa de investigação, assim, revestiu a decisão de um reforço à impunidade por graves crimes internacionais especialmente quando praticados por agentes internacionalmente potentes, como as autoridades dos Estados Unidos.

Nesse contexto, e deixando de lado a exploração dos detalhes do conflito em si, o presente artigo apresenta, inicialmente, o pedido *ex officio* feito pela Procuradoria para a abertura de uma investigação, com fundamento no artigo 15 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (doravante, ETPI). Depois, apresenta os termos da decisão objeto da discussão, contextualizando-a criticamente com os apontamentos doutrinários pertinentes. Finalmente, o trabalho caminha para uma porção mais analítica da decisão do ponto de vista de um Direito Penal democrático e da seletividade que sustenta a justiça penal em geral. A conclusão do texto não poderia ser outra senão aquela de que a seletividade que se investe no conteúdo da decisão atacada é responsável pelo que parece ser a contaminação

---

[epi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-33](http://epi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-33), visitado em 11/06/2019. O artigo se refere a essa decisão simplesmente como “a decisão”.

do TPI pela figura que CASSESE chamou de “síndrome de Nuremberg<sup>4</sup>”: sem descurar do fato de que os vencidos cometeram graves crimes universais e mereceriam repressão, a justiça penal internacional atua seletivamente sobre eles ao mesmo tempo em que ignora sumariamente os graves delitos cometidos pelas autoridades vencedoras.

A discussão que ora se apresenta sobre a decisão é ainda um primeiro esboço crítico e merece ser aprofundada. A doutrina consultada ainda é muito rarefeita ao analisar a questão e se constitui especialmente em opiniões de autoridades jurídicas apresentadas em variadas fontes eletrônicas, especialmente em *blogs* e plataformas similares. Inobstante, parece certo que essa é uma tendência da ciência jurídica contemporânea, especialmente nesse campo, que, a despeito de muito mais ágil, tem se mostrado certa na análise das questões propostas. Embora o artigo opte por traduzir livremente para o vernáculo os trechos de língua estrangeira que são citados diretamente, também se entendeu pertinente manter as citações da decisão na língua original (inglês) na medida em que não há tradução oficial para o português<sup>5</sup> - o que garante a fidedignidade do texto. Finalmente, impera ainda esclarecer que o presente texto não segue no sentido de apoiar um avanço punitivo por parte do Tribunal Penal Internacional que não se sustente de forma adequada nas regras claras do jogo do processo penal. Não se pretende, portanto, defender uma ampliação da atuação dessa excepcionalíssima Corte justamente porque se compreende que essa excepcionalidade é amplamente nociva à gestão democrática do poder punitivo. A atuação do TPI deve ser feita *cum grano salis* e apenas entendendo-o como um sistema de garantias contra o abuso do poder de punir que, também na esfera internacional, é inevitável<sup>6</sup>. O que se pretende, entretanto, é discutir como o exercício jurisdicional realizado pela Corte nessa decisão que é objeto do estudo é representativa de uma atuação negativamente seletiva do poder punitivo, tendente a submeter o TPI, infelizmente, e cada vez mais, à clássica crítica de que é mais um instrumento político a serviço da manutenção do *status quo* internacional e menos um garantidor dos direitos humanos materialmente entendidos.

---

<sup>4</sup> CASSESE, Antonio. Il Processo a Sadam e i Nobili Fini della Giustizia. **La Repubblica**, 19 de outubro de 2005, p. 23. Disponível em: <<http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2005/10/19/il-processo-saddam-nobili-fini-della-giustizia.html>>. Acesso em: 09/06/2019.

<sup>5</sup> As citações dos trechos da decisão, na medida em que não estão traduzidos para o português, foram mantidos na língua original. Já os trechos do Estatuto de Roma, porque traduzidos oficialmente, estão apresentados no vernáculo segundo o texto do Decreto n. 4.388 de 25 de setembro de 2002.

<sup>6</sup> Nesse sentido, ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010.

## O CASO AFGANISTÃO JUNTO AO TPI: INVESTIGAÇÃO *PROPRIO MOTU* DA PROCURADORA E AS RAZÕES DO PEDIDO DE ABERTURA DE INVESTIGAÇÃO.

Segundo o artigo 13 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI), há três formas de se iniciar uma investigação no tribunal<sup>7</sup>: (i) quando um caso é submetido à Procuradoria por um Estado parte do estatuto (art. 13, “a”, cumulado com o art. 14); (ii) quando um caso é submetido à Procuradoria pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, seguindo a sua atuação com base no capítulo VII da Carta da ONU (art. 13, “b”); e (iii), *proprio motu* por parte da Procuradoria (art. 13, “c”, cumulado com o artigo 15 do ETPI), quando este órgão recebe informações de fontes importantes e, após uma triagem inicial, entende que há elementos para se iniciar uma investigação. Apenas neste caso, entretanto, a Procuradoria precisa requerer uma autorização da Câmara de Instrução para iniciar a investigação de uma situação<sup>8</sup>.

A necessidade de autorização pela Câmara de Instrução não se dá sem razão: a pretensão é criar um meio de controle da atuação da Procuradoria, pois é notório que investigações criminais produzem efeitos potencialmente gravosos sobre os suspeitos e, no caso de crimes universais, esses efeitos podem ter consequências políticas desastrosas para todos os envolvidos. Como essa foi uma preocupação que assolou os Estados quando da Convenção de Plenipotenciários de Roma onde o ETPI foi construído, esse mecanismo de controle da acusação foi desenhado de forma a garantir uma maior aceitação da corte pela comunidade internacional<sup>9</sup>. De fato, não é de hoje que se discutem os riscos da ampla liberdade da Acusação em tribunais internacionais na escolha de seus casos e muita tinta já foi gasta com críticas à atuação da Acusação nos tribunais penais internacionais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda<sup>10</sup>, condição que já era conhecida quando os

---

<sup>7</sup>Desde a alteração feita pela *Resolution RC/Res.6* de 11 June 2010, há especificidades no que tange ao crime de agressão. Entretanto, não sendo o caso que se tem em mesa agora, não se discutem essas questões.

<sup>8</sup> Segundo a forma adotada pelo Estatuto de Roma, uma situação é um contexto maior em que há ocorrência de crimes universais e, em geral, dentro de cada situação, pode haver vários casos apresentados, então, contra pessoas físicas às quais se imputa a responsabilidade criminal.

<sup>9</sup> KIRSCH, Philippe; QC, ROBINSON, Darryl. Initiation of Proceedings by the Prosecutor. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 657-664, p. 663.

<sup>10</sup> Ver, por exemplo: CÔTÉ, Luc. Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law. In: **Journal of International Criminal Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2005, n. 3 (p. 162-186); REYDAMS, Luc. The ICTR Ten Years On: Back to the Nuremberg Paradigm? In: **Journal of International Criminal Justice**, n. 3. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 977-988.

Plenipotenciários se reuniram em Roma, em 1998. Daí a necessidade da autorização pela Câmara de Instrução para a investigação pela Acusação, estampada no artigo 15 do ETPI, que é desnecessária, todavia, nos demais casos de proposições de investigações porque quando da submissão de casos por Estados Parte ou pelo Conselho de Segurança, a avaliação da conveniência política já foi feita previamente no órgão de origem e, portanto, não é mais necessário que seja feita pela Corte.

Convencida da *seriedade* dos elementos que chegam ao seu conhecimento (art. 15, (2) e de existência de uma base razoável (art. 15, (3) para dar início a uma investigação, a Procuradoria solicita, então, o aval de uma das Câmaras de Instrução para iniciar uma investigação definitiva. Essa decisão da Corte (nos termos do artigo 15, (4) deve levar em conta (i) se existe mesmo uma base razoável (*reasonable basis*) para dar prosseguimento a uma investigação e (ii) se o caso, a princípio, recai dentro da jurisdição da corte, especialmente no que tange à sua competência territorial, pessoal e material<sup>11</sup>. Essa decisão é sempre, é claro, provisória<sup>12</sup> e, portanto, permanece passível de revisão durante o processo. Consequentemente, as atribuições da Câmara de Instrução nessa decisão não são aquelas de definir a existência ou não do cometimento de crimes ou individualizar responsabilidades criminais pessoais, mas apenas de avaliar se o caso atende às normas previstas no artigo 15 do Estatuto de Roma. Como controle da discricionariedade da acusação que é<sup>13</sup>, a decisão verifica apenas questões preliminares essenciais e por isso mesmo se sustenta em um nível de comprovação de fatos muito mais baixo (“*reasonable basis to proceed*”), já que, como mera *notitia criminis*, pode-se basear em meras informações (“*information*”), não em provas (“*evidences*”). Ainda assim, entretanto, a autorização determinada da Corte de certa forma vincula a Acusação no seu exercício investigativo, tendo havido discussão, no caso, sobre qual o limite dessa vinculação: enquanto a Procuradoria pretender mais espaço para a sua investigação, a Corte parece ter adotado uma posição muito mais conservadora quanto a esses contornos<sup>14</sup>.

Enfim, no caso que se discute, o requerimento de autorização para investigação realizado pela Procuradoria referia-se à situação ocorrida no Afeganistão, solicitando-se a

---

<sup>11</sup> Diz o referido artigo: “*Se, após examinar o pedido e a documentação que o acompanha, o Juízo de Instrução considerar que há fundamento suficiente para abrir um Inquérito e que o caso parece caber na jurisdição do Tribunal, autorizará a abertura do inquérito, sem prejuízo das decisões que o Tribunal vier a tomar posteriormente em matéria de competência e de admissibilidade*”.

<sup>12</sup> Da decisão da PTC-II, parágrafo 45.

<sup>13</sup> Da decisão da PTC-II, parágrafo 32.

<sup>14</sup> Da decisão da PTC-II, parágrafos 40 e 41.

autorização para abertura de investigação sobre os supostos crimes cometidos no território afegão desde 1º de maio de 2003, bem como os supostos crimes que teriam conexão com o conflito armado na região que foram cometidos em outros Estados partes desde 01 de julho de 2002<sup>15</sup>.

O requerimento, apresentado na data de 20 de novembro de 2017<sup>16</sup>, contém detalhamento de um grande número de fatos potencialmente criminosos e alcançados pela competência do TPI. São 181 páginas de alegações graves, além de anexos contendo o que a Procuradoria acredita serem informações aptas a gerar uma base razoável para autorização de investigação pela Câmara de Instrução, especialmente constantes em fontes ditas “confiáveis” (e assim mesmo reconhecidas pela própria PTC-II<sup>17</sup>), tais como relatórios e documentações de organizações tais como a *United Nations Assistance Mission in Afghanistan* (UNAMA) e *Afghanistan Independent Human Rights Commission* (AIHRC) e, inclusive, no que tange à responsabilidade de agentes estadunidenses (Forças Armadas dos Estados Unidos e CIA), relatórios da própria *US Senate Select Committee on Intelligence* e do *US Senate Armed Services Committee*, órgãos governamentais dos Estados Unidos. Segundo a Procuradoria, embora os cidadãos afegãos tenham sofrido durante as últimas quatro décadas com confrontos armados e crises na segurança, o caso que se pretendia investigar centrava-se na violência ocorrida a partir do início de 2003, quando instalou-se na região um conflito entre a guerrilha e o governo, mas com envolvimento direto de forças internacionais, especialmente estadunidenses. Referida guerra culminou na morte de milhares de civis, além de muitos outros atos de violência extrema vivenciada por toda a população em todos os estratos sociais e que poderiam constituir crimes de competência do TPI.

De acordo com a Procuradoria, deveriam ser investigadas condutas praticadas por agentes que se dividiam em basicamente três grupos: o Grupo Talibã e outros grupos armados antigoverno; membros das forças Afegãs, aqui inclusas a Força de Segurança Nacional Afegã, Exército Nacional Afegão, a Polícia Nacional Afegã, a Polícia Local Afegã, a Polícia Nacional de Fronteiras Afegã e a Direção Nacional de Segurança; e as Forças

---

<sup>15</sup> De decisão da PTC, parágrafo 05.

<sup>16</sup> ICC. Office of the Prosecutor. **Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp**. Documento n. ICC-02/17-7-Red. Documento de 20 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-7-Red>>, visitado em 09/06/2019. Doravante referida como “o pedido”.

<sup>17</sup> Da decisão da PTC-II, parágrafo 47.

Militares dos Estados Unidos da América, estando incluso em tal grupo as Forças Armadas dos EUA e a Agência Central de Inteligência (CIA)<sup>18</sup>.

Os supostos crimes cometidos são ataques de atiradores, bombas e homens-bomba em locais públicos e privados como hospitais, escolas entre outros, até mesmo prisões ilegais de pessoas que não faziam parte do grupo da guerrilha, tortura, confissões obtidas por meio da força, tratamento desumano ou degradante, chegando até casos de violação sexual das vítimas<sup>19</sup>. Além da manifestação da Procuradoria, houve diversas representações de vítimas e seus representantes: foram 794 representações em Dari e Pashto, bem como em árabe, inglês e alemão, das quais 699 foram transmitidas à Câmara de Instrução compondo 686 representações em nome de 6.220 indivíduos; 17 representações em nome de 1.690 famílias; 12 representações em nome de 1.163.950 de vítimas e 26 aldeias; e uma representação apresentada por uma instituição em nome de aproximadamente 7 a 9 milhões de pessoas<sup>20</sup>.

Além de afirmar a competência material e territorial do TPI, a Procuradoria ainda defendeu que a atuação da Corte seria necessária nos parâmetros da subsidiariedade, pois não houve investigações pelos Estados com jurisdição para tanto. Isso seria especialmente sensível dada a gravidade dos fatos delituosos noticiados, mormente no que tange à prática de tortura institucional, universalmente rejeitada pela comunidade internacional e que teria *status* de *jus cogens*. Em relação ao interesse da justiça, a Procuradoria realizou estudos prévios desde o ano de 2005 dando conta de um importante apoio nacional da população para que o caso fosse levado à justiça criminal. Só assim, então, seria possível garantir a segurança no país, prevenir futuros crimes dessa espécie – tais como assassinatos por vingança –, e trazer alguma dignidade às vítimas e seus familiares<sup>21</sup>. Especial importância está no fato, indicado pela Procuradoria, de que o próprio Parlamento Afegão, ao contrário de adotar o Plano de Ação de Paz, Reconciliação e Justiça<sup>22</sup>, aprovou uma lei de anistia aos crimes de guerra cometidos no período<sup>23</sup>. Tudo

---

<sup>18</sup> Do pedido da Procuradoria, parágrafos 68 a 71.

<sup>19</sup> Do pedido da Procuradoria, parágrafos 72 a 260.

<sup>20</sup> ICC. Annex I Public redacted. Documento n. ICC-02/17-29-AnxI-Red. Disponível em: <[https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2018\\_01452.PDF](https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2018_01452.PDF)> visto em 11/06/2019.

<sup>21</sup> AIHRC. Afghanistan Independent Human Rights Commission. **Call for Justice**, p. 13 a 17. Disponível em: <<https://www.refworld.org/pdfid/47fdfad50.pdf>> visto em 09 de junho de 2019.

<sup>22</sup> AIHRC. Afghanistan Independent Human Rights Commission. **Peace, Reconciliation and Justice in Afghanistan - Action Plan of the Government of the Islamic Republic of Afghanistan**. Disponível em: <[https://www.aihrc.org.af/media/files/Reports/Thematic%20reports/Action\\_Pln\\_Gov\\_Af.pdf](https://www.aihrc.org.af/media/files/Reports/Thematic%20reports/Action_Pln_Gov_Af.pdf)> visto em 09 de junho de 2019.

<sup>23</sup> Do pedido da Procuradoria, parágrafo 369.

isso daria conta de estar presente o interesse da justiça na abertura de uma investigação sobre tais crimes.

Contudo, apesar dessas alegações e de um robusto grupo de anexos com informações provenientes de importantes fontes dando conta da materialidade e autoria de crimes graves, na data de 12 de abril de 2019, a Câmara de Instrução (especialmente a *Pre-Trial Chamber II* – doravante “PTC-II”) do Tribunal Penal Internacional rejeitou o pedido da Procuradoria para autorização de investigação no caso da República Islâmica do Afeganistão. Analisa-se, agora, ainda que rapidamente, essa importante decisão, alguns de seus fundamentos e apontam-se certas consequências delicadas dela provenientes.

### **A NEGATIVA DE INVESTIGAÇÃO PELA PRE-TRIAL CHAMBER: INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DE JUSTIÇA.**

É nessa toada que a PTC-II precisou analisar o pedido de investigação feito pela Procuradoria. Assim, como se disse, e nos estritos termos do artigo 15, 4, do ETPI, a Câmara precisava analisar, provisoriamente, se havia base razoável para uma investigação e se a situação estaria dentro da jurisdição da corte. Ao fazê-lo, a Corte entendeu que não havia espaço para a investigação da situação e, portanto, coibiu a Procuradoria de seguir adiante com o caso. O que causou incômodo internacional, entretanto, não foi sequer a negativa determinada pela PTC-II. A dificuldade central da decisão é que nos argumentos usados como razões de decidir a Corte, além de criar jurisprudência limitando exageradamente a atuação da Procuradoria, contrariou alguns conceitos já bem estabelecidos no Direito Penal Internacional e no Direito Internacional Humanitário e andou bastante além dos limites que lhe eram estabelecidos no ETPI.

Inicialmente, convém mencionar o que não ensejou grandes debates na decisão e confirmou o que se esperava da Corte diante das informações oferecidas pela Procuradoria: em geral, o caso seria admissível diante do TPI, com base nas disposições do artigo 53, (1), “b” do ETPI. Segundo defende a PTC-II, dois pontos precisavam ser avaliados nesse contexto: primeiro, a questão da subsidiariedade da Corte, ou seja, se os Estados envolvidos estão realizando justiça no caso ou não, situação em que o TPI poderia atuar; segundo, e apenas se a primeira resposta for negativa, se os crimes atingem o *gravity threshold* exigido para procedimentos no TPI (que, como se sabe, preocupa-se apenas com os casos mais graves).



O conteúdo da decisão nessa porção não surpreende porque realiza a jurisprudência do TPI em todos os seus termos ao tratar da complementaridade da Corte e da gravidade dos crimes. De fato, afirmando a complementaridade do TPI com o apoio da sua própria jurisprudência<sup>24</sup>, a PTC-II indica possível um caso no TPI apenas depois de duas verificações terem sido feitas: primeiro, se há investigações domésticas sobre o caso ou se ele foi arquivado; depois, se as respostas a essas verificações tiverem sido afirmativas, se há “*unwillingness*” ou “*inability*” de se realizar justiça – ou seja, se o Estado se furta a realizar justiça no caso concreto, quando o TPI poderia avocar o caso para si. Nessa avaliação, a PTC-II reconheceu a inexistência de investigações ou procedimentos contra os acusados dos graves crimes cometidos no Afeganistão – seja por parte das milícias talibãs ou das Forças Nacionais. No primeiro caso, o Parlamento Afegão editou uma lei de anistia geral no ano de 2007 que deixaria clara a pretensão de que ninguém dos grupos opositores seja processado ou punido por tais ocorrências.

No caso das Forças Nacionais, os relatórios dos órgãos internacionais demonstram que poucos casos foram investigados ou processados, sendo todos de curtíssimo alcance. No plano das acusações contra estadunidenses, em especial da CIA, a PTC-II também reconheceu que não houve grande pretensão de fazer justiça, pois houve poucos casos de responsabilização criminal pelas condutas praticadas no Afeganistão e todos em baixo nível hierárquico. Nesse contexto, portanto, seria admissível o caso no TPI. Finalmente, ao avaliar a gravidade das condutas praticadas, a PTC-II também reconhece a admissibilidade de todos os casos. Afinal, há evidências claras do cometimento de crimes em larga escala e por longos períodos de tempo contra todos os estratos sociais da população afegã, levados a cabo por altas autoridades nacionais e internacionais, que justificariam a atuação do TPI. Aliás, tanto porque alguns dos agentes praticaram crimes violentos e pretendendo causar temor na população quanto porque outros perpetradores seriam acusados de crime de tortura (que tem sua gravidade incontestemente internacionalmente), o requisito de gravidade estava presente. Os problemas da decisão se tornam sensíveis, entretanto, quando outros elementos são analisados pela PTC-II.

---

<sup>24</sup> Da decisão da PTC-II, parágrafos 72 e 73.

## JURISDIÇÃO DA CORTE *RATIONE LOCI* E *RATIONE MATERIAE*: OU O IMPÉRIO DA SELETIVIDADE PENAL

Inicialmente, a decisão deixa claro que a competência territorial estaria evidenciada, pois (segundo o artigo 12 do ETPI) crimes que são cometidos, mesmo que apenas em parte (tendo sido iniciados ou que tenham produzido seus efeitos), dentro do território de um Estado-parte<sup>25</sup>, entram na competência do TPI. Nesse ponto, portanto, não há problemas ou dúvidas no tocante às condutas das milícias Talibãs e das Forças Armadas afegãs. A questão se torna mais delicada, entretanto, no que se refere às acusações de tortura praticadas pelas Forças Armadas estadunidenses e pela CIA. Segundo a PTC-II, as condutas indicadas estariam ligadas com a questão do Afeganistão apenas de forma accidental, pois embora as prisões e as abduções das vítimas se tenham dado dentro do território do Afeganistão, os atos de tortura praticados pelos agentes estadunidenses o foram fora do território de um Estado-parte. E, surpreendentemente, para a PTC-II, essa ligação não é suficiente para suscitar a competência do TPI. Nas palavras da decisão:

“Otherwise stated, for the Court to have jurisdiction on the crime of torture, it is necessary that the alleged conduct of 'inflicting severe physical or mental pain' - not its mere antecedents (ie, the fact of having been captured and abducted) - takes place at least in part in the territory of a State Party; provided that the victims were captured in Afghanistan<sup>26</sup>”.

Para além da razão óbvia do problema nesse *ruling*, que cria uma jurisprudência protetiva de torturadores, fazendo com que futuros criminosos se garantam contra o TPI levando suas vítimas para “zonas neutras” e apenas ali praticando os atos de violência (o que poderia ser estendido para outros crimes, tais como o genocídio...), a decisão ainda parece adotar uma posição claramente equivocada, já que limitadora do Direito Internacional Humanitário. Afinal, como bem lembrado por RONA, ao reconhecer que a extensão das proteções de regras humanitárias para além do território do Afeganistão, local do conflito armado não internacional, não encontrariam suporte doutrinário<sup>27</sup>, a Corte deixa de considerar até mesmo a posição da Suprema Corte dos Estados Unidos, que

<sup>25</sup> O Afeganistão é parte do Estatuto de Roma desde fevereiro de 2013.

<sup>26</sup> Da decisão da PTC-II, parágrafo 54.

<sup>27</sup> “...the Chamber finds that the extension of the scope of international humanitarian law beyond the territory of Afghanistan, where a non-international armed conflict was occurring at the time of the relevant conducts, as advocated by the Prosecutor, does not find adequate support in the relevant texts”. De decisão da PTC-II, parágrafo 55.

teria rejeitado uma discussão semelhante nesse sentido, feita pela administração Bush<sup>28</sup>. Ademais, não parece razoável que uma interpretação do TPI, especialmente à luz dos princípios que o orientam, possa ser no sentido de *restringir* a proteção humanitária das vítimas contra a tortura, mesmo porque “as proteções do Artigo 3º Comum se aplicam aos detentos de Guantánamo e na Polônia tanto quando aqueles no Afeganistão – e movê-los até Guantánamo ou a Polônia não lhes retira tais proteções<sup>29</sup>”.

Fato é que, na decisão, essa opção da PTC-II tem implicações diretas no reconhecimento dos fatos que seriam objeto da investigação da Procuradoria, pois excluiriam do conteúdo da decisão tudo o que tocava à responsabilidade dos Estados Unidos na questão. Conforme inclusive reconhecido no texto da decisão da PTC-II<sup>30</sup>, a Procuradoria havia feito referência a três grupos de crimes, em geral: crimes contra a humanidade e crimes de guerra cometidos pelas forças do Talibã e por outros grupos armados antigoverno<sup>31</sup>; crimes de guerra cometidos pelas Forças Armadas afegãs<sup>32</sup>; e crimes de guerra cometidos pelas Forças Armadas norte-americanas e por agentes da CIA<sup>33</sup>. A leitura do documento da Procuradoria aponta como crimes cometidos pelos dois últimos grupos acusados especialmente a generalizada prática de tortura, embora outros graves atos tenham sido também mencionados, mormente o estupro e outros crimes sexuais. No caso das forças estadunidenses, especialmente a abdução de pessoas no território do Afeganistão e o envio dessas vítimas para “*black sites*”, centros de detenção secretos geridos pelas autoridades dos Estados Unidos, onde eram torturadas em busca de informações na conhecida “guerra ao terror”, eram fatos centrais da acusação. Assim, ao determinar a competência territorial da Corte apenas aos fatos cometidos dentro do Afeganistão e ao aplicar sua visão extremamente restritiva do Direito Internacional Humanitário, a PTC-II parece ter criado uma escusa para não ter que tratar dos crimes cometidos pelas forças estadunidenses.

---

<sup>28</sup> RONA, Gabor. **More on What’s Wrong with the ICC’s Decision on Afghanistan**. Disponível em: <<http://opiniojuris.org/2019/04/15/more-on-whats-wrong-with-the-iccs-decision-on-afghanistan/>>, visitado em 09/06/2019.

<sup>29</sup> RONA, Gabor. **More on What’s Wrong with the ICC’s Decision on Afghanistan**. Disponível em: <<http://opiniojuris.org/2019/04/15/more-on-whats-wrong-with-the-iccs-decision-on-afghanistan/>>, visitado em 09/06/2019.

<sup>30</sup> Da decisão da PTC-II, parágrafos 18 a 26.

<sup>31</sup> Da decisão da PTC-II, parágrafos 18 a 20.

<sup>32</sup> Da decisão da PTC-II, parágrafos 21 e 22.

<sup>33</sup> Da decisão da PTC-II, parágrafos 23 e 24.

Ao analisar a competência material sobre os fatos, a PTC-II reconhece a existência tanto de crimes contra a humanidade quando de crimes de guerra, diante da análise da ocorrência – inclusive atual – de um conflito armado de caráter não-internacional. Portanto, assevera possível o exercício jurisdicional do TPI nesse tocante. Mas causa espécie que, dos três grupos mencionados pela Acusação no seu pedido, apenas as milícias Talibã e grupos similares sejam referenciados expressamente pela decisão na indicação das condutas criminosas. A leitura dos parágrafos 60 a 66 da decisão demonstra que os atos apontados como exemplos dos crimes são apenas aqueles cometidos pelas forças Talibã, mormente no seu parágrafo 64<sup>34</sup>. Fatos caracterizáveis como tortura não são mencionados em momento algum, embora tenham sido extensamente referenciados no pedido da Procuradoria tanto no que tange à conduta das Forças Armadas dos Estados Unidos e a CIA<sup>35</sup> quando nas condutas dos agentes das Forças Afegãs<sup>36</sup>.

A porção ainda mais seletiva da decisão nessa porção, entretanto, é aquela que consta especialmente nos seus parágrafos 67 a 69. Nessa parte, a PTC-II esclarece que, embora a Procuradoria tenha imputado a outros agentes (no caso, especialmente, “membros das forças armadas internacionais presentes no Afeganistão<sup>37</sup>”) “outros atos”, acreditando que, estando eles ligados à situação objeto da autorização, poderia investigá-los, isso não seria possível. A decisão da PTC-II impressiona ao dizer que, nesse tocante, a Procuradoria estaria impedida de investigar tais atos por conta das determinações do artigo 15 do ETPI que implicariam limites muito estreitos ao poder de investigação, delineados, segundo a Corte, estritamente no limite do objeto da autorização – que, é claro, na sua opinião, é determinado justamente pela PTC-II<sup>38</sup>. Nesse ponto, a decisão retoma a posição claramente castradora da atuação da Procuradoria e cria uma jurisprudência que impede a discricionariedade dos investigadores que, ao encontrarem fatos que ensejem crimes universais no decorrer de uma investigação já instalada, não poderão seguir adiante

---

<sup>34</sup> “The Chamber is satisfied that there is a reasonable basis to believe, on the basis of the available information, **that the Taliban and other anti-governmental armed groups** have pursued a plan of deliberate attacks against civilians believed to oppose their rule and ideology, or considered to support either the Afghan government or foreign entities” (grifou-se). Da decisão da PTC-II, parágrafo 64.

<sup>35</sup> Do pedido da Procuradoria, parágrafos 191 a 203.

<sup>36</sup> Do pedido da Procuradoria, parágrafos 163 a 173.

<sup>37</sup> Da decisão da PTC-II, parágrafo 67, o texto expressamente indica “As regards the ‘other acts’ that might have been committed by members of international armed forces stationed in Afghanistan”.

<sup>38</sup> Nos termos da decisão: “Accordingly, any and all conducts for which no authorisation to investigate is specifically requested fall outside the scope of the Chamber’s judicial scrutiny, which is and should remain confined to the incidents for which the judicial authorisation is explicitly sought in the Request. Otherwise stated, the scope of the authorised probe cannot be extended proprio motu by the Office of the Prosecutor”. Da decisão, par. 68.

com o seu escrutínio se eles estiverem eventualmente fora dos estritos limites materiais, territoriais e temporais determinados pela Câmara de Instrução. Nesse sentido, a PTC já havia dito que os fatos a serem investigados são aqueles ***diretamente ligados*** aos fatos narrados no pedido, não ***suficientemente ligados*** a tais fatos (como requerido no pedido)<sup>39</sup> – tudo sob a escusa de que a autorização para uma investigação não se pode converter em um “cheque em branco” em favor da Procuradoria<sup>40</sup>.

Conjugando-se, portanto, as várias porções da decisão que tocam à questão, parece configurar-se a ideia, na Corte, de que apenas os crimes cometidos pelo Talibã – e, na dúvida, pelas Forças Armadas afegãs, mas sequer isso está claro no *decisum* – seriam passíveis de investigação diante do TPI<sup>41</sup>. É verdade que nem isso foi autorizado, mas ao menos as condutas dessa parte mais fraca do conflito restam reconhecidas como aparentemente criminosas, de competência do TPI e sob sua jurisdição. O mesmo não se pode dizer das condutas praticadas pelas Forças Armadas dos Estados Unidos e pela sua CIA. Trata-se, evidentemente, de uma grave seletividade política.

### **A QUESTÃO DO INTERESSE DA JUSTIÇA: O PRECEDENTE MAIS PERIGOSO DA DECISÃO;**

É ao analisar, entretanto, a existência ou não de interesse da justiça na investigação do caso do Afeganistão que a Corte se torna um alvo de críticas contundentes, primeiro por ir além dos limites determinados pelo ETPI e, depois, por conta das próprias razões materiais do seu *decisum*. A decisão passa a encontrar para si um papel de filtragem dos casos mais extenso do que determinado pelo ETPI, buscando analisar se, de fato, há interesse de justiça no caso, como reconhecido pela Procuradoria, para que se evitem investigações provavelmente inconclusivas<sup>42</sup> e que pudessem colocar em risco “mais do que a credibilidade da Corte, o seu funcionamento e legitimidade”. Seriam, evitadas, assim, investigações “frívolas, sem fundamento ou de qualquer modo previsivelmente

---

<sup>39</sup> Da decisão da PTC-II, parágrafos 41.

<sup>40</sup> Da decisão da PTC-II, parágrafos 42.

<sup>41</sup> A corte ainda específica: “*Accordingly, the scope of the scrutiny could not encompass incidents and groups of offenders other than those for which the authorisation was specifically requested*”. Da decisão, par. 69.

<sup>42</sup> De decisão da PTC-II, parágrafo 33.

inconclusivas que poderiam violar direitos fundamentais sem servir aos interesses da justiça<sup>43</sup>”.

O primeiro problema da decisão nesse ponto, e que parece ser o mais criticável, é o fato de que a ela foi lançada de forma *ultra vires* (ou seja, extrapolando os poderes da Corte)<sup>44</sup>. A PTC-II defendeu, especialmente nos parágrafos 87 a 90 da decisão, que poderia reavaliar a existência de interesse da justiça na investigação do caso pelo TPI. Entretanto, embora alguma doutrina pareça entender o contrário<sup>45</sup>, da leitura do EPTI definitivamente não há espaço normativo a justificar essa avaliação pela PTC-II, pois se trata de uma competência exclusiva da Procuradoria, não submetida a revisão pela Câmara. Isso parece ser o caso, na medida em que o artigo 53, (1), e suas letras, deixa claro que a existência ou não de interesse da justiça no caso é uma avaliação a ser feita pela Procuradoria, não pelas Câmaras. Consta do texto expressamente que: “**O Procurador**, após examinar a informação de que dispõe, abrirá um inquérito, a menos que considere que, nos termos do presente Estatuto, não existe fundamento razoável para proceder ao mesmo. Na sua decisão, **o Procurador** terá em conta se...” (grifou-se). O texto é claro, portanto, ao indicar que esse é trabalho da Procuradoria, não da Câmara. Essa condição, aliás, é reafirmada no texto do ETPI no seu artigo 53, (3), “b” em que está expresso que a revisão da existência ou não de interesse da justiça é feita pela Câmara de Instrução apenas no caso em que a Procuradoria entenda pertinente *não* iniciar uma investigação – e não o contrário. Leia-se:

“Além disso, **o Juízo de Instrução poderá, oficiosamente, examinar a decisão do Procurador de não proceder criminalmente**, se essa decisão se basear unicamente no disposto no parágrafo 10, alínea c), e no parágrafo 20, alínea c). Nesse caso, a decisão do Procurador só produzirá efeitos se confirmada pelo Juízo de Instrução” (grifou-se)

Ou seja, a decisão amplia substancialmente o poder da Câmara de Instrução ao mesmo tempo em que restringe de forma ilegal a discricionariedade da Procuradoria. A decisão, aliás, provavelmente surpreendeu também a própria Procuradoria que, conforme

<sup>43</sup> De decisão da PTC-II, parágrafo 34.

<sup>44</sup> JAKOBS, Dov. **ICC Pre-Trial Chamber rejects OTP request to open an investigation in Afghanistan: some preliminary thoughts on an ultra vires decision**. Disponível em <<https://dovjacobs.com/2019/04/12/icc-pre-trial-chamber-rejects-otp-request-to-open-an-investigation-in-afghanistan-some-preliminary-thoughts-on-an-ultra-vires-decision/>>, visitado em 08/06/2019.

<sup>45</sup> WHITING, Alex. **The ICC’s Afghanistan Decision: Bending to U.S. or Focusing Court on Successful Investigations?**. Disponível em: <<https://www.justsecurity.org/63613/the-iccs-afghanistan-decision-bending-to-u-s-or-focusing-court-on-successful-investigations/>>, visitado em 09/06/2019.

reconhecido na decisão, não teceu maiores considerações no seu pedido sobre o interesse da justiça no caso. É por isso que parece até desleal a aparente crítica da PTC-II à Procuradoria por não ter detalhado de forma mais precisa as razões pelas quais não entendeu que a investigação, como requerida, seria contrária aos interesses da justiça<sup>46</sup>. Ora, não era de se esperar que o fizesse, pois as determinações do artigo 53 não permitem que a PTC-II reavalie uma verificação positiva nesse sentido, como constante no artigo 53, (3), “b”. Em suma, segundo as regras do jogo como postas pelo *due process*, isso não deveria ter sido feito pela PTC-II.

Enfim, conforme foi reconhecido imediatamente pela doutrina<sup>47</sup>, essa decisão ainda corrobora com um delicado processo de corrosão do poder da Procuradoria que já teria sido iniciado nas decisões prévias dos casos de Comoros<sup>48</sup> e de Bangladesh<sup>49</sup>. Mas, mais do que isso, abre as portas à crítica política do TPI em um momento particularmente delicado em que a Corte se tenta afirmar como imune à questão de ser ou não um agente da política internacional (no pior dos sentidos) e justificar como casuístico o fato de ter os países africanos como seus clientes preferenciais. A partir de então, em um texto de apenas seis parágrafos de pobreza franciscana no que tange a argumentos jurídicos, dogmáticos e especialmente jurisprudenciais, a Corte passa a fazer um perigoso exercício que parece ser de conveniência política travestido de análise de interesse da justiça. Para justificar a falta de interesse da justiça no caso, a PTC-II inicia a discussão dizendo inexistente o interesse da justiça quando a investigação é difícil e, nas palavras da Corte (fazendo um movimento de futurologia sobre o trabalho da Procuradoria) “inevitavelmente fadada ao fracasso<sup>50</sup>”. No entender da PTC-II, nesse caso, a investigação não é capaz de realizar aqueles *overarching objectives underlying the Statute*<sup>51</sup> e, por isso não haveria interesse da justiça – o que somente existiria quando houvesse possibilidades mais concretas de que as investigações tenham sucesso.

---

<sup>46</sup> De decisão da PTC-II, parágrafo 87.

<sup>47</sup> JAKOBS, Dov. **ICC Pre-Trial Chamber rejects OTP request to open an investigation in Afghanistan: some preliminary thoughts on an ultra vires decision**. Disponível em <<https://dovjacobs.com/2019/04/12/icc-pre-trial-chamber-rejects-otp-request-to-open-an-investigation-in-afghanistan-some-preliminary-thoughts-on-an-ultra-vires-decision/>>, visitado em 08/06/2019.

<sup>48</sup> Ver: ICC. Pre-Trial Chamber I. **Decision on the “Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros”**. N. ICC-01/13, parágrafos 51 a 55 e parágrafos 81 a 121. Disponível em: <[https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018\\_05367.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_05367.PDF)> visto em 12/06/2019.

<sup>49</sup> Ver: ICC. Pre-Trial Chamber I. **Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute”**. N. ICC-RoC46(3)-01/18, parágrafos 63 a 79. Disponível em: <[https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018\\_04203.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_04203.PDF)> visto em 12/06/2019.

<sup>50</sup> De decisão da PTC-II, parágrafo 90.

<sup>51</sup> De decisão da PTC-II, parágrafo 89

A Corte justifica sua posição, ainda, fazendo referência ao fato de que houve grandes modificações políticas nos Estados da região e em outros Estados não-parte (o que é uma referência evidente aos Estados Unidos) desde que a Procuradoria iniciou as investigações preliminares. E as atuais condições implicam o fato de que não será possível garantir cooperação efetiva para com o TPI no futuro, o que dificultará a produção de provas e, mesmo, a entrega de suspeitos. Em primeiro lugar, é importante esclarecer que esse tipo de argumento nunca serviu para parar a Corte, como fica evidente de casos tais como *Al Bashir*<sup>52</sup> ou *Kony*<sup>53</sup>. Mas, mais importante, a Corte parece entender que o TPI precisa focar em casos fáceis. Se a cooperação dos Estados envolvidos no crime universal for um entrave razoável, então é melhor não investigar. O problema maior dessa assunção é evidente e se consubstancia, como apontado por JAKOBS<sup>54</sup>, em um recado importante para os Estados que praticarem crimes universais: eles devem dificultar a investigação tanto quanto possível e, definitivamente, posicionarem-se de forma clara falando em alto e bom tom que não pretendem colaborar com as investigações. Assim o caso será considerado difícil e, portanto, fora do interesse da justiça. Não é difícil imaginar ditadores praticando ainda mais crimes contra a humanidade para esconder evidências e permanecer no poder por tempo suficiente para que o seu caso se torne desinteressante para a justiça, segundo o TPI.

Um segundo fundamento apontado na decisão da PTC-II é a crítica à demora da Procuradoria na sua investigação preliminar e isso tem um efeito subliminar importante. Não é possível discordar que a Acusação realmente levou muito tempo nesse trabalho, pois os fatos apontados como criminosos teriam sido praticados de 2003 a 2015, ao menos, e a investigação prévia da Procuradoria se estendeu por pelo menos onze anos<sup>55</sup>, lentidão que ensejou amplas críticas<sup>56</sup>. Entretanto, quando a Corte entende que o acesso às provas de crimes que datam de há mais de dez anos é improvável e que o grande período de tempo

---

<sup>52</sup> ICC. **The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir**. Situação de Darfur, Sudão. Documento n. ICC-02/05-01/09. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir>>, visitado em 11/06/2019.

<sup>53</sup> ICC. **The Prosecutor v. Joseph Kony and Vincent Otti**. Situação de Uganda. Documento n. ICC-02/04-01/05. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/uganda/kony>>, visitado em 11/06/2019.

<sup>54</sup> JAKOBS, Dov. **ICC Pre-Trial Chamber rejects OTP request to open an investigation in Afghanistan: some preliminary thoughts on an ultra vires decision**. Disponível em <<https://dovjacobs.com/2019/04/12/icc-pre-trial-chamber-rejects-otp-request-to-open-an-investigation-in-afghanistan-some-preliminary-thoughts-on-an-ultra-vires-decision/>>, visitado em 08/06/2019.

<sup>55</sup> De decisão da PTC-II, parágrafo 92.

<sup>56</sup> Veja-se, por exemplo: SACCO, Solomon. **Justice Delayed in Afghanistan: A failure of OTP preliminary examination?**. Disponível em: <<https://hrij.amnesty.nl/justice-afghanistan-icc-otp-pe/>>, visitado em 09/06/2019.



entre os fatos ocorridos e o pedido pela investigação, além de um elemento a ser considerado para avaliar o interesse da justiça<sup>57</sup>, indicou a incapacidade da Procuradora de “preservar a prova, ou a proteção das testemunhas<sup>58</sup>”, então parece apontar no sentido de que fatos antigos não correspondem ao interesse da justiça também pela dificuldade de produção probatória. A questão a ser aqui lembrada é que os crimes universais de competência do TPI são imprescritíveis, na forma do artigo 29 do ETPI. Portanto, a dificuldade de busca pela prova não poderia ser um elemento a ser considerado sob o risco de se reconhecer que crimes muito antigos “perdem a possibilidade de serem investigados”, ou seja, prescrevem por conta do fundamento de perspectivas processuais, tais como a Teoria da Prova a justificar a prescrição<sup>59</sup>, contrariando o próprio sentido da imprescritibilidade dos crimes universais.

Finalmente, há ainda um último e perigoso argumento levantado pela PTC-II como fundamento da rejeição da investigação, qual seja, o financeiro. Segundo a Câmara, a investigação demandaria uma grande quantidade de recursos, tanto humanos quanto financeiros<sup>60</sup>. E como não há sinal de novos fundos a compor o orçamento da Corte, não seria adequado autorizar uma investigação que poderia consumir recursos importantes que poderiam ser destinados para outras investigações com mais possibilidade de sucesso. O argumento, sobre um problema que não é propriamente novo<sup>61</sup>, como se percebe, é de altíssimo risco. Do reconhecer que não é possível investigar por falta de recurso, duas consequências decorrem. Em primeiro lugar, pode-se concluir que quando não houver dinheiro, não se investiga por falta de interesse da justiça, o que monetariza a questão. Como recursos são escassos e há sempre mais demanda do que recurso, então é de se perguntar quais serão os critérios usados para definir onde há dinheiro e onde não há. Em segundo lugar, afirma-se que quando houver dinheiro, haverá possibilidade de investigação. Então se houver um financiador para a demanda, é possível investigar e

---

<sup>57</sup> De decisão da PTC-II, parágrafo 91

<sup>58</sup> De decisão da PTC-II, parágrafo 93

<sup>59</sup> Sobre o tema, ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal – Parte General**. Segunda edición. Volume V. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 23 e seg. Ainda: MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 759 e seg.; DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Terceira edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 771 e seg.; REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal – Parte Geral**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 516 e seg.

<sup>60</sup> De decisão da PTC-II, parágrafo 95.

<sup>61</sup> HAMILTON, Rebecca. Member countries fight over international court's budget. **Reuters**, New York, 20 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://af.reuters.com/article/commoditiesNews/idAFN1E7BJoC420111220?pageNumber=1&virtualBrandChannel=0>>. Acesso em: 17/11/2012.

processar? Se essa for a tendência, não seria impossível imaginar que bem-intencionados investidores pudessem direcionar doações específicas para investigações quaisquer, transformando o TPI em uma espécie de justiça a soldo.

Além disso, a PTC-II parece querer determinar onde a Procuradoria deve alocar os recursos que tem, tornando-se uma controladora financeira do orçamento da Acusação<sup>62</sup>. Isso, além de impensável em um sistema que separe o *jus puniendi* o *jus perseguendi in judicio*, ainda presume a incapacidade financeira de gestão da Procuradoria, pois indica que o próprio órgão precisa de *tutelage* na gestão de seus fundos, pois não teria pensado adequadamente, antes de propor o caso, de onde tiraria o dinheiro para tanto. Não é difícil, portanto, entender a razão de tantas críticas à decisão. Os argumentos centrais usados para impedir uma investigação – note-se, não se trata de não abrir um caso, mas de não admitir que se perquiria mais sobre a situação – são rasteiros e muito pouco jurídicos. Não se sustentam em elementos normativos, em jurisprudência ou em doutrina, mas em questões de praticabilidade que sequer deveriam ter sido analisadas pela Corte, pois quem sabe quais provas pretende e conseguirá produzir, qual o nível de cooperação de que disporá e de onde tirará os recursos que pretende dispende no exercício de sua função não é a PTC-II, mas a própria Procuradoria. A usurpação dessa função revela, mais do que uma inaptidão jurídica que não se imagina possível em juízes do TPI, uma aparente habilidade política necessária ao jogo no tabuleiro internacional – o que, evidentemente, tem consequências delicadas para a justiça penal internacional.

## **CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS SOBRE A DECISÃO EM GERAL: OU COMO SE CONFIRMA A SELETIVIDADE DA JUSTIÇA PENAL TAMBÉM NO PLANO INTERNACIONAL**

Para tornar a questão ainda mais delicada, discute-se se a decisão é apelável ou não<sup>63</sup>. Afinal, como se sabe, os casos de recurso de *interim measures* no procedimento do

---

<sup>62</sup> JAKOBS, Dov. **ICC Pre-Trial Chamber rejects OTP request to open an investigation in Afghanistan: some preliminary thoughts on an ultra vires decision.** Disponível em <<https://dovjacobs.com/2019/04/12/icc-pre-trial-chamber-rejects-otp-request-to-open-an-investigation-in-afghanistan-some-preliminary-thoughts-on-an-ultra-vires-decision/>>, visitado em 08/06/2019.

<sup>63</sup> RONA, Gabor. **More on What's Wrong with the ICC's Decision on Afghanistan.** Disponível em: <<http://opiniojuris.org/2019/04/15/more-on-whats-wrong-with-the-iccs-decision-on-afghanistan/>>, visitado em 09/06/2019.;

ETPI são limitados àquelas ocorrências indicadas no artigo 82 do Estatuto<sup>64</sup>. E como a decisão convenientemente não se refere a questões de jurisdição ou admissibilidade, mas sustenta o seu *decisum* na inexistência de interesse de justiça, o que não é expressamente mencionado como fundamento para acesso ao Juízo de Recursos (*Appeals Chamber*), não parece ser certa a possibilidade de recurso<sup>65</sup>. Deve-se aguardar para que se verifique como o TPI, em especial a Procuradoria e o Juízo de Recursos, vão lidar com essa questão, que é nova.

Fato é que a decisão carrega consigo problemas graves, alguns deles indicados acima. Mas, mais do que isso, e de um ponto de partida crítico, ela é perigosa por sustentar as cada vez mais numerosas acusações de que a instituição do TPI não passa de (mais) um organismo político da ordem internacional. Uma leitura cuidadosa da decisão demonstra, à evidência, que a justiça penal internacional como levada a cabo pelo TPI é, sim, uma justiça penal política. Não que isso seja propriamente uma novidade. Conforme já apresentado por uma doutrina mais crítica<sup>66</sup>, a justiça penal internacional foi pensada para ser seletiva e adaptada ao jogo político internacional ou não sobreviveria. E embora se possa afirmar que todo sistema penal é seletivo, importa esclarecer que essa seletividade, em geral, se dá na criminalização primária, ou seja, na escolha das condutas puníveis (pune-se o homicídio; não se pune o adultério). Isso pode ser problemático, embora inevitável em um Direito Penal que deve ser mantido sob o controle do princípio da lesividade, mas não é problemático no caso da justiça penal internacional em geral, e do TPI em especial, dada a gravidade dos crimes em jogo, que é evidente. Mais delicada, entretanto, é a seletividade determinada pelo processo de criminalização secundária, ou seja, quando as autoridades responsáveis pela aplicação da lei escolhem quem punir (*este* homicídio será punido, mas *aquele* não). Se essa escolha se dá por conta de critérios claros

<sup>64</sup> “The list in Article 82 (1) must therefore be read as *exhaustive*, it is not subject to extension by decision of the Appeals Chamber”. ROTH, Robert; HENZELIN, Marc. The Appeal Procedure of the ICC. In: In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1535-1558, p. 1548..

<sup>65</sup> JAKOBS, Dov. **ICC Pre-Trial Chamber rejects OTP request to open an investigation in Afghanistan: some preliminary thoughts on an ultra vires decision**. Disponível em <<https://dovjacobs.com/2019/04/12/icc-pre-trial-chamber-rejects-otp-request-to-open-an-investigation-in-afghanistan-some-preliminary-thoughts-on-an-ultra-vires-decision/>>, visitado em 08/06/2019.

<sup>66</sup> A título de exemplo, ver: PAVARINI, Massimo. La pena come “fatto sociale” nel sistema di giustizia penale internazionale. In: **Ius17@unibo.it – Studi e Materiali di Diritto Penali**, vol. 1, anno 2008, p. 191-196; ZOLO, Danilo. **La Giustizia dei Vincitori – Da Norimberga a Baghdad**. Roma-Bari: Laterza, 2006. No Brasil, ver: DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal: uma crítica aos tribunais penais internacionais**. Curitiba: IFDDH, 2016.

(falta de provas, ocorrência de prescrição, etc...), o mal é menor. Mas se essa escolha se dá por critérios de ordem exclusivamente política (escolhe-se *este grupo* para punir, mas *aquele* não), então a porta para a injustiça social estará aberta.

Esse, aliás, é um problema histórico da justiça penal internacional. Na experiência dos tribunais *ad hoc*, a seletividade política da criminalização secundária, que sempre foi imperante e muito criticada, ficava a encargo do Procurador dos dois tribunais<sup>67</sup>. Pela validade da regra da *opportunit  des poursuites*<sup>68</sup>, permitia-se que a Acusação selecionasse os casos que seriam ou não processados, privilegiando-se como clientes determinados grupos em detrimento de outros, de forma a se materializar o que ZOLO chamou de um *doppio binario* do sistema repressivo internacional<sup>69</sup>. Por isso também a preocupa o com a liberdade do Procurador do TPI quando da elabora o do Estatuto de Roma. Dar plena liberdade a um agente atuando desvinculado dos Estados parte e do Conselho de Segurança poderia ser problemático, pois eventualmente ensejaria medidas interpostas sem um devido controle político prévio. Daí que, como se viu, o artigo 15 do ETPI foi resultado da pretensão de se tentar controlar em certa medida essa seletividade política da Acus o de forma a impedi-la de apresentar casos sem um adequado cuidado, exigindo-se que o poder de investigar fosse usado com responsabilidade<sup>70</sup>.

Daí decorre não estar fora do espírito do Estatuto de Roma que o Juízo de Instru o possa controlar o poder da Procuradoria, autorizando ou não as investiga es. Nesse contexto, a decisão da PTC-II no caso do Afeganistão não pode ser criticada. O problema   de outra ordem. A análise dos argumentos usados pela PTC-II   que causa espanto, especialmente por ter ido buscar em outros dispositivos inaplicáveis e em fundamentos que não deveriam ter sido ali discutidos as razões da sua decisão – ampliando, assim, o seu espaço de controle sobre a Procuradoria. A decisão acabou por transformar os juízes em controladores políticos (e não meramente jurídicos) da conveniência da investiga o. Ora, enquanto essa avalia o política (no caso, na verifica o

---

<sup>67</sup> Nas palavras de K CHLER, “*the prosecutor of these tribunals is de facto a political appointee*”. K CHLER, Hans. **Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads**. Wien: Springer-Verlag, 2003, p. 23.

<sup>68</sup> CÔTÉ, Luc. Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law. In: **Journal of International Criminal Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2005, n. 3 (p. 162-186), p. 165.

<sup>69</sup> ZOLO, Danilo. **La Giustizia dei Vincitori. Da Norimberga a Baghdad**. Roma: Laterza, 2006, p. 33.

<sup>70</sup> KIRSCH, Philippe; QC, ROBINSON, Darryl. Initiation of Proceedings by the Prosecutor. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 657-664, p. 663.

do interesse da justiça) fosse feita por um Estado parte, pelo Conselho de Segurança ou, na pior das hipóteses, mantendo a seletividade histórica da justiça penal internacional, pela Procuradoria, então não haveria grande espanto. Mas quando os juízes avocam para si a possibilidade de fazer esse exercício, o jurídico dá espaço para o político de forma expressa e se pavimenta o caminho inevitável para uma justiça antidemocrática. É provavelmente por se dar conta dos riscos inerentes ao que fez e da ilegalidade da sua verificação, que a PTC-II tenta justificar a necessidade teleológica de controle da Procuradoria ao dizer que

“In the view of the Chamber, the assessment of this requirement [a existência do interesse de justiça] is necessary and must be conducted with the utmost care, in particular in light of the implications that a partial or inaccurate assessment might have for paramount objectives of the Statute and hence the overall credibility of the Court, as well as its organisational and financial sustainability<sup>71</sup>”.

Para seguir adiante, a decisão precisa apelar para os “objetivos subjacentes” do ETPI (“*overarching objectives underlying the Statute*<sup>72</sup>”), referindo-se a algo como os princípios implícitos da normativa aplicável que enumera na “efetiva persecução dos mais graves crimes internacionais, a luta contra a impunidade e a prevenção dos crimes de massa”. Trata-se de um clássico caso de arbitrariedade política escondida atrás de valores universais e um paupérrimo exercício de busca pela proporcionalidade. O raciocínio defendido pela PTC-II é que esses objetivos subjacentes sugeririam que “uma investigação somente corresponderia aos interesses da justiça se apresentasse uma perspectiva positiva de produzir uma efetiva investigação e subsequente processamento de casos dentro de um razoável período de tempo<sup>73</sup>”. Conforme VARAKI<sup>74</sup>, a Corte parece ter tentado se aproximar de uma sabedoria prática ao decidir a questão, como na noção de *phronesis* aristotélica. A partir desses conceitos maiores, os tais objetivos delineados como subjacentes ao Estatuto de Roma, a Corte teria interpretado o conceito de interesse de justiça de uma forma bastante pragmática, considerando a *feasibility* do caso como determinante do interesse da justiça. É, enfim, a partir dessa verificação teleológica, que a

<sup>71</sup> De decisão da PTC-II, parágrafo 88

<sup>72</sup> De decisão da PTC-II, parágrafo 89

<sup>73</sup> “...an investigation would only be in the interests of justice if prospectively it appears suitable to result in the effective investigation and subsequent prosecution of cases within a reasonable time frame”. Da decisão da PTC-II, parágrafo 89

<sup>74</sup> VARAKI, Maria. **Afghanistan and the ‘interests of justice’; an unwise exercise?**. Disponível em <<https://www.ejiltalk.org/afghanistan-and-the-interests-of-justice-an-unwise-exercise/>>, visitado em 08/06/2019.

Corte passa a apontar elementos práticos que justificam a negativa da investigação determinada pela PTC-II.

Não há dúvidas de que uma análise feita nesses termos, referentes, de certa forma, à proporcionalidade da investigação, deve ser objeto de um julgado cauteloso e orientado segundo os valores maiores da comunidade internacional. Mas parece certo que essa incumbência, no ETPI, cabe à Procuradoria que sabe dos limites da prova que vai produzir e do orçamento de que dispõe. Além disso, ao reduzir os elementos dessa verificação de proporcionalidade, como feita pela Corte, a questões claramente operacionais e objetivas escolhidas a dedo (tais como tempo de investigação e custo financeiro da operação), a PTC-II opera no sentido contrário aos interesses do ETPI, pois reduz a avaliação teleológica realizada a um exercício de proporcionalidade que opõe aqueles nobres fins do Estatuto de Roma a mezinhas critérios de tempo e dinheiro. Ora, essas grandezas não parecem proporcionalmente comparáveis e, assim, obviamente, não se pode falar em um exercício de *phronesis* do julgador.

O que a PTC-II realizou, entretanto, ao que tudo indica, além de abrir as portas do TPI à crítica em um momento muito delicado para a justiça penal internacional, foi um exercício de proporcionalidade entre os fins da corte e outros objetivos que não poderiam ser nominados na decisão e que, diante da recente inimizade internacional angariada pelo TPI diante de países poderosos<sup>75</sup>, tornam-se evidentes no jogo posto no tabuleiro internacional. A política internacional, portanto, constrange também a Corte que responde de forma a se defender dentro da escolha – sempre política, esclareça-se – dos casos em que pretende atuar. Causa certo desconforto o fato de que essa ocorrência faz lembrar a conclusão de SCHMITT:

---

<sup>75</sup> Como é notório, a posição dos Estados Unidos é francamente contra a atuação do TPI, mormente quando seus interesses estão em jogo. No caso, há pouco tempo – e seria ingenuidade acreditar que essas manifestações não tivessem relação com a pretensão de investigação da situação do Afeganistão – John Bolton (Conselheiro de Segurança Nacional dos Estados Unidos) e Mike Pompeo (Secretário de Estado dos Estados Unidos), altas autoridades estadunidenses, prometeram retaliação contra o TPI. Isso, aliado ao cancelamento do VISA da Procuradora do TPI, Fatou Bensouda, pode ter desempenhado um papel importante na decisão da Corte. Ver: MORELLO, Carol. **U.S. will not give visas to employees of the International Criminal Court**. The Washington Post. Notícia de 15/03/2019. Disponível em <[https://www.washingtonpost.com/world/national-security/us-will-not-give-visas-to-employees-of-the-international-criminal-court/2019/03/15/f44087d4-78df-494a-aa58-d91749eab9b2\\_story.html?noredirect=on&utm\\_term=.0679e653f313](https://www.washingtonpost.com/world/national-security/us-will-not-give-visas-to-employees-of-the-international-criminal-court/2019/03/15/f44087d4-78df-494a-aa58-d91749eab9b2_story.html?noredirect=on&utm_term=.0679e653f313)>, visitado em 19/06/2019; BBCNews. **John Bolton threatens ICC with US sanctions**. Notícia de 11/09/2018. Disponível em <<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-45474864>>, visitado em 19/06/2019; SIMONS, Marlise; SPECIA, Megan. **U.S. Revokes Visa of I.C.C. Prosecutor Pursuing Afghan War Crimes**. The New York Times. Notícia de 05/04/2019. Disponível em <<https://www.nytimes.com/2019/04/05/world/europe/us-icc-prosecutor-afghanistan.html>>, visitado em 19/06/2019.

“o conceito de humanidade é um instrumento ideológico especialmente útil na expansão do imperialismo, e na sua forma ética-humanitária ele é um veículo específico da economia imperialista. Aqui é de se lembrar da adaptada expressão de Proudhon: quem quer que invoque a humanidade, quer trapacear. O confisco da palavra humanidade, a sua invocação e o monopólio de tal termo provavelmente têm efeitos incalculáveis, tais como negar ao inimigo a qualidade de ser humano e declará-lo como um fora-da-lei da humanidade; e uma guerra pode ser, então, ser travada com a mais extrema desumanidade<sup>76</sup>”.

De qualquer sorte, reitere-se: a justiça penal é sempre seletiva. Não importa se é feita nacional ou internacionalmente. Diante da impossibilidade de julgar de forma universal os crimes que são cometidos, precisa ignorar a *cifra negra* e eleger os inimigos da vez para se sobressair como instituto útil. A justiça penal internacional continua sendo, portanto, um exercício de Direito Penal do Inimigo cumulado com a função meramente simbólica que se reconhece à pena. É, entretanto, extremamente útil para a manutenção do *status quo* internacional e dos “objetivos subjacentes” da comunidade internacional que, infelizmente, como nos demonstra BARATTA desde há muito<sup>77</sup>, não são aqueles propalados no discurso declarado do sistema penal.

Se a seletividade internacional é diferente daquela nacional, isso é apenas, como nos disse PAVARINI, uma questão de grau: no plano internacional ela é ainda mais *feroz*<sup>78</sup>. A decisão comentada parece apenas confirmar a conclusão do saudoso mestre de Bologna e deixa claro que o TPI é feito da mesma matéria que qualquer outra justiça penal, ainda que o sistema de justiça penal internacional seja carregado, para os mais incautos, de uma aura especial porque apontado como diretamente vinculado à proteção dos direitos humanos. A verdade é que o TPI não escapa da “Síndrome de Nuremberg” que também já havia vitimado os tribunais *ad hoc* das Nações Unidas<sup>79</sup> e a justiça penal internacional em geral.

---

<sup>76</sup> SCHMITT, Carl. **The Concept of Political: expanded edition**. Chicago: University of Chicago Press, 2008, p. 54.

<sup>77</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Critica e Critica del Diritto Penale**. Bologna: Il Mulino, 1982.

<sup>78</sup> PAVARINI, Massimo. La Penal Come ‘Fatto Sociale’ nel Sistema di Giustizia Penale Internazionale. In: **IUS17@unibo.it: studi e materiali di diritto penale**, n. 1, ano 2008. Bologna: Bononia University Press, 2008 (p. 191-196), p. 193.

<sup>79</sup> “Discretion underpins the operation of law even in a robustly ordered and purportedly egalitarian domestic polity. That said, the contingency of international criminal law is particularly acute. For the moment, selectivity poses a far greater challenge to international criminal law than to national criminal law. The nub of the challenge is the reality that only a few conflicts ever become judicialized. There is no principled moral basis for judicializing conflicts in Bosnia, but not in Chechnya, Tibet, or Kashmir. Moreover, even in those places where atrocity is criminalized, the scope of the criminal law attaches to a tiny set of perpetrators. Sometimes, as is the case with the ICTR and the East Timor panels, the jurisdiction of the tribunal is deliberately limited to an artificial and politically convenient time-frame. Large numbers

Naquela corte instalada na cidade alemã no pós-guerra, expuseram-se detalhadamente os graves fatos praticados pelos criminosos alemães de então, especialmente o genocídio e os crimes contra a humanidade, ao mesmo tempo em que se tornaram públicos, inclusive à população americana que não fora diretamente atingida pela guerra, os horrores do Nazismo. Mas também foram expostos outros graves crimes cometidos pelas Forças Aliadas, ainda que apenas de relance, em *cross examinations* que partiram dos acusados que usavam o argumento *tu quoque* para tentar em vão se escusar da responsabilidade, tudo muito a contragosto das autoridades que geriam o tribunal, evidentemente. Entretanto, essas acusações ficaram apenas para os livros de história e o resultado de Nuremberg acabou sendo “*il prolungamento giudiziario della vittoria militare, anche se poi i giudici pronunciarono sentenze eque*”, nas palavras de CASSESE<sup>80</sup>, e nenhum crime grave dos vencedores restou processado. Trata-se de um triste sinal do TPI de que a justiça penal internacional parece mesmo sempre feita pelos vencedores sobre os vencidos e se lança, portanto, *ferozmente*, apenas contra um dos lados do conflito, sempre o mais fraco, deixando os poderosos imunes ao poder penal. Não importa quanto tempo passe. Não importa quanto se evolua. Não importa qual seja o seu fundamento.

---

*of killers and killings are therefore left unexamined*”. DRUMBL, Mark. Collective Violence and Individual Punishment. In: **Northwestern University Law Review**, vol. 99 (2005), n. 2 (p. 539-611), p. 581.

<sup>80</sup> CASSESE, Antonio. Il Processo a Sadam e i Nobili Fini della Giustizia. **La Repubblica**, 19 de outubro de 2005, p. 23. Disponível em: <<http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2005/10/19/il-processo-saddam-nobili-fini-della-giustizia.html>>. Acesso em: 09/06/2019.



## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Critica e Critica del Diritto Penale**. Bologna: Il Mulino, 1982.

BBCNews. **John Bolton threatens ICC with US sanctions**. Notícia de 11/09/2018. Disponível em <<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-45474864>>, visitado em 19/06/2019.

CASSESE, Antonio. Il Processo a Sadam e i Nobili Fini della Giustizia. **La Repubblica**, 19 de outubro de 2005, p. 23. Disponível em: <<http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2005/10/19/il-processo-saddam-nobili-fini-della-giustizia.html>>. Acesso em: 09/06/2019.

CÔTÉ, Luc. Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law. In: **Journal of International Criminal Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2005, n. 3 (p. 162-186);

DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal: uma crítica aos tribunais penais internacionais**. Curitiba: IFDDH, 2016.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Terceira edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DRUMBL, Mark. Collective Violence and Individual Punishment. In: **Northwestern University Law Review**, vol. 99 (2005), n. 2 (p. 539-611).

HAMILTON, Rebecca. Member countries fight over international court's budget. **Reuters**, New York, 20 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://af.reuters.com/article/commoditiesNews/idAFN1E7BJoC420111220?pageNumber=1&virtualBrandChannel=0>>. Acesso em: 17/11/2012.

ICC. Office of the Prosecutor. **Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp.** Documento n. ICC-02/17-7-Red. Documento de 20 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-7-Red>>, visitado em 09/06/2019.

ICC. Pre-Trial Chamber I. **Decision on the “Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros”.** Documento n. ICC-01/13. Disponível em: <[https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018\\_05367.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_05367.PDF)> visto em 12/06/2019.

ICC. Pre-Trial Chamber I. **Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute”.** Documento n. ICC-RoC46(3)-01/18. Disponível em: <[https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018\\_04203.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_04203.PDF)> visto em 12/06/2019.

ICC. Pre-Trial Chamber II. **Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan.** Documento n. ICC-02/17. Decisão de 12 de Abril de 2019. Documento disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-33>, visitado em 11/06/2019.

ICC. **The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir.** Situação de Darfur, Sudão. Documento n. ICC-02/05-01/09. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir>>, visitado em 11/06/2019

ICC. **The Prosecutor v. Joseph Kony and Vincent Oti.** Situação de Uganda. Documento n. ICC-02/04-01/05. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/uganda/kony>>, visitado em 11/06/2019.

JAKOBS, Dov. **ICC Pre-Trial Chamber rejects OTP request to open an investigation in Afghanistan: some preliminary thoughts on an ultra vires decision.** Disponível em <<https://dovjacobs.com/2019/04/12/icc-pre-trial-chamber->

rejects-otp-request-to-open-an-investigation-in-afghanistan-some-preliminary-thoughts-on-an-ultra-vires-decision/>, visitado em 08/06/2019.

KIRSCH, Philippe; QC, ROBINSON, Darryl. Initiation of Proceedings by the Prosecutor. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2002 (p. 657-664).

KÖCHLER, Hans. **Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads**. Wien: Springer-Verlag, 2003.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MORELLO, Carol. **U.S. will not give visas to employees of the International Criminal Court**. The Washington Post. Notícia de 15/03/2019. Disponível em <[https://www.washingtonpost.com/world/national-security/us-will-not-give-visas-to-employees-of-the-international-criminal-court/2019/03/15/f44087d4-78df-494a-aa58-d91749eab9b2\\_story.html?noredirect=on&utm\\_term=.0679e653f313](https://www.washingtonpost.com/world/national-security/us-will-not-give-visas-to-employees-of-the-international-criminal-court/2019/03/15/f44087d4-78df-494a-aa58-d91749eab9b2_story.html?noredirect=on&utm_term=.0679e653f313)>, visitado em 19/06/2019.

PAVARINI, Massimo. La pena come “fatto sociale” nel sistema di giustizia penale internazionale. In: **Ius17@unibo.it – Studi e Materiali di Diritto Penali**, vol. 1, anno 2008 (p. 191-196)

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal – Parte Geral**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

REYDAMS, Luc. The ICTR Ten Years On: Back to the Nuremberg Paradigm? In: **Journal of International Criminal Justice**, n. 3. Oxford: Oxford University Press, 2005 (p. 977-988).

RONA, Gabor. **More on What's Wrong with the ICC's Decision on Afghanistan.**

Disponível em: <<http://opiniojuris.org/2019/04/15/more-on-whats-wrong-with-the-iccs-decision-on-afghanistan/>>, visitado em 09/06/2019.

ROTH, Robert; HENZELIN, Marc. The Appeal Procedure of the ICC. In: In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary.** Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2002 (p. 1535-1558).

SACCO, Solomon. **Justice Delayed in Afghanistan: A failure of OTP preliminary examination?** Disponível em: <<https://hrij.amnesty.nl/justice-afghanistan-icc-otp-pe/>>, visitado em 09/06/2019.

UN. Afghanistan Independent Human Rights Commission. **Call for Justice.** Disponível em: <<https://www.refworld.org/pdfid/47fdfad50.pdf>> visto em 09 de junho de 2019.

UN. Afghanistan Independent Human Rights Commission. **Peace, Reconciliation and Justice in Afghanistan - Action Plan of the Government of the Islamic Republic of Afghanistan.** Disponível em: <[https://www.aihrc.org.af/media/files/Reports/Thematic%20reports/Action\\_Pln\\_Gov\\_Af.pdf](https://www.aihrc.org.af/media/files/Reports/Thematic%20reports/Action_Pln_Gov_Af.pdf)> visto em 09 de junho de 2019.

WHITING, Alex. **The ICC's Afghanistan Decision: Bending to U.S. or Focusing Court on Successful Investigations?.** Disponível em: <<https://www.justsecurity.org/63613/the-iccs-afghanistan-decision-bending-to-u-s-or-focusing-court-on-successful-investigations/>>, visitado em 09/06/2019.

SCHMITT, Carl. **The Concept of Political: expanded edition.** Chicago: University of Chicago Press, 2008, p. 54.

SIMONS, Marlise; SPECIA, Megan. **U.S. Revokes Visa of I.C.C. Prosecutor Pursuing Afghan War Crimes.** The New York Times. Notícia de 05/04/2019.

Disponível em < <https://www.nytimes.com/2019/04/05/world/europe/us-icc-prosecutor-afghanistan.html>>, visitado em 19/06/2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal – Parte General**. Segunda edición. Volume V. Buenos Aires: Ediar, 2008.