



**A RELATIVIZAÇÃO DAS IMUNIDADES DOS AGENTES ESTATAIS
DIANTE DA PRÁTICA DE CRIMES INTERNACIONAIS**

THE RELATIZATION OF IMMUNITIES OF STATE AGENTS BEYOND THE
PRACTICE OF INTERNATIONAL CRIMES

Fernanda Araújo Kallás e Caetano¹

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a possibilidade de relativização das imunidades dos agentes estatais no julgamento dos crimes internacionais. Para tanto, utiliza-se de fontes bibliográficas e jurisprudenciais. Primeiramente, tratamos do processamento do crime internacional perante as jurisdições internas diferenciando os efeitos sobre as imunidades em um processo instaurado contra agentes estatais que não estejam mais no poder e contra outros que ainda se encontrem em exercício. Em seguida, cuidamos das imunidades dos agentes estatais perante os tribunais *ad hoc* e perante o Tribunal Penal Internacional. Finalmente, tratamos da questão de saber se um representante de um Estado não Parte do Estatuto de Roma continuaria a se beneficiar das imunidades conferidas pelo direito internacional costumeiro. Concluímos pela não constatação de uma prática estatal reiterada que fundamente a ideia de relativização das imunidades estatais. Por outro lado, no que concerne os limites das imunidades dos agentes estatais perante os tribunais internacionais haveria primazia das determinações dos estatutos. Contudo, apresentamos nossas críticas ao afastamento das imunidades dos Chefes de Estados não membros do Estatuto de Roma, por entendermos dever prevalecer, neste caso, a norma costumeira garantidora da imunidade dos dirigentes em exercício.

¹ Doutora em Direito Público Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016). Possui mestrado em Direito Internacional Público pela Université de Paris II (2006) revalidado pela Universidade de Brasília. Atualmente é professora de Direito Internacional Público e de Direito Internacional Privado dos cursos de graduação do Centro Universitário UNA, do Centro Universitário UNIBH e do Centro Mineiro de Ensino Superior Promove. Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Empresa e Desenvolvimento Social (Centro Universitário UNA). Advogada.

E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH - Belo Horizonte.

Volume IX, número 2, dezembro de 2016 - ISSN: 1984-2716 - ecivitas@unibh.br

Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/index>

**PALAVRAS-CHAVE:**

Imunidade de jurisdição – Agentes estatais – tribunais internacionais ad hoc – Tribunal Penal Internacional – crimes internacionais

ABSTRACT

The present article aims to analyze the possibility of relativizing the immunities of state agents in the trial of international crimes. For that, it uses bibliographical and jurisprudential sources. Firstly, we deal with the processing of international crime before domestic jurisdictions by differentiating the effects on immunities in proceedings brought against State agents who are no longer in power and against others who are still in office. Then, we take care of the immunity of state agents before ad hoc tribunals and before the International Criminal Court. Finally, we asked ourselves whether an agent of a State not party to the Rome Statute would continue to benefit from the immunities accorded by customary international law. We conclude that there is no reiterated state practice that supports the idea of relativizing state immunities. On the other hand, before the international courts, the provisions of the statutes would prevail. However, we criticize the removal of the immunities of the heads of states not members of the Rome Statute, because we believe that the customary rule guaranteeing the immunity of the incumbent officials should prevail.

KEYWORDS: Immunity of jurisdiction - State agents - International ad hoc tribunals - International Criminal Court - international crimes

1 INTRODUÇÃO

Existe em direito internacional um rol de proibições absolutas, condenadas pelo conjunto da comunidade internacional e elevadas à categoria de crime. Ocorre que por diversas vezes os agentes envolvidos não podem ser processados no local da ocorrência da conduta criminosa em razão da costumeira regra da imunidade de jurisdição dos agentes do Estado estrangeiro.

Diante disso, alguns escândalos acabaram contribuindo para a crença de que a imunidade, por vezes, conduz à impunidade daquele agente que, apesar de ter agido de forma ilegal, não vem a ser processado em seu Estado patrial, nem pode ser

E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH - Belo Horizonte.

Volume IX, número 2, dezembro de 2016 - ISSN: 1984-2716 - ecivitas@unibh.br

Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/index>



submetido à jurisdição estrangeira. Tendo em vista a gravidade de certas condutas que acabam ficando impunes, vem sendo afirmado com frequência que a imunidade deveria ser afastada nos casos em que o seu beneficiário tenha praticado um crime de direito internacional.

O objetivo deste artigo é, portanto, analisar a possibilidade de relativização da imunidade dos agentes estatais no julgamento dos crimes internacionais perante a jurisdição penal interna estrangeira e perante os tribunais internacionais.

2 O PROCESSAMENTO DO CRIME INTERNACIONAL PERANTE AS JURISDIÇÕES INTERNAS E OS SEUS EFEITOS SOBRE O DIREITO DAS IMUNIDADES

A questão da relativização das imunidades diante da prática de crimes internacionais por representantes estatais já foi alvo de célebres decisões. Contudo, ao analisarmos atentamente os fundamentos nelas apresentados, percebemos que existe uma clara diferenciação no trato das imunidades *ratione personae* e *ratione materiae*.

As imunidades *ratione personae* protegem seus beneficiários de todo e qualquer tipo de ação no exercício de suas funções, inclusive de ação por prática de crime internacional. Essa proteção é assegurada seja a ação decorrente de ato cometido no exercício do mandato oficial ou anteriormente a ele, mas não se estende após a cessação da função. As imunidades *ratione materiae*, ao contrário, continuam a isentar seus beneficiários da jurisdição estrangeira, mesmo após eles terem deixado o cargo. Como se trata de imunidades ligadas à natureza do ato, sua validade no tempo



se estende além da cessão das funções do agente.²

Sendo assim, analisaremos, a seguir, quais os efeitos sobre as imunidades de um processo instaurado contra agentes estatais que não estejam mais no poder e contra outros que ainda se encontrem em exercício.

2.1 Arguição da prática de crime internacional por ex-agente e a relativização da imunidade rationae materiae

No famoso caso *Pinochet*, a Câmara dos Lordes, suprema instância judicial da Grã-Bretanha, foi chamada a decidir sobre a extradição do ex-presidente chileno Augusto Pinochet para a Espanha, onde ele tinha sido acusado de tortura, morte e desaparecimento forçado de 94 pessoas, dentre as quais alguns cidadãos espanhóis. Esse foi um dos primeiros julgados a ressaltar as tensões existentes entre as imunidades concedidas aos chefes de Estado e a luta contra a impunidade dos autores dos crimes internacionais.³ A principal questão era definir se Pinochet tinha ou não o direito de gozar da imunidade formalmente assegurada aos antigos chefes de Estado pelo direito internacional.

Em 16 de outubro de 1998, durante uma visita à Grã-Bretanha, Augusto Pinochet, ex-presidente do Chile, foi preso pela polícia britânica em cumprimento do pedido de extradição expedido pelo juiz espanhol Baltasar Garzon. Pinochet, por sua vez, apresentou uma queixa contra a legalidade dos mandados de prisão, invocando sua imunidade como ex-chefe de Estado e senador vitalício no Congresso chileno. A

² FRULLI, Micaela. O Direito Internacional e os Obstáculos à Implantação de Responsabilidade Penal para Crimes Internacionais. In: CASSESE, Antônio; DELMAS-MARTY, Mireille. **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. Tradução de Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004, p. 270.

³ COSNARD, Michel. Quelques observations sur les décisions de la chambre des Lords du 25 Novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet. **Revue générale de droit international public**, Paris, v. 103, n. 2, p. 309-328, 1999.



Divisional Court lhe deu razão e anulou os mandados de prisão. Em sede de apelação, a Câmara dos Lordes, mais alta jurisdição britânica, cassou a decisão da corte inferior por entender que um ex-chefe de Estado não podia gozar de imunidade no caso de ter praticado crime de tortura. O Secretário de Estado, conseqüentemente, autorizou a extradição de Pinochet.

Posteriormente foi revelado, contudo, que um dos cinco juízes, Lord Hoffmann, tinha vínculo com a Anistia Internacional, envolvida no caso. Pinochet obteve, assim, a anulação do julgamento e, finalmente, uma nova decisão da Câmara dos Lordes foi proferida em 24 de março de 1999. Nela, os Lordes novamente consideraram que Pinochet não tinha direito à imunidade, fazendo prevalecer a Convenção contra a Tortura, que havia sido ratificada tanto pelo Chile quanto pelo Reino Unido, ao costume da imunidade de jurisdição do ex-chefe de Estado estrangeiro.⁴

A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes não trata expressamente da imunidade, mas a definição de tortura apresentada pelo artigo 1º⁵, que limitou os atos típicos àqueles praticados por oficiais, deu margem a uma interpretação relativizada da questão pela jurisdição britânica.

Assim, para a Câmara dos Lordes, o sistema instaurado pela Convenção contra

⁴ Ao final do processo na Câmara dos Lordes, o Ministro do Interior britânico Jack Straw, em resposta a um pedido oficial do Chile, decidiu, em 11 de janeiro de 2000, que o estado de saúde do ditador justificava um repatriamento para o seu país de origem. Em 26 de agosto de 2004, a Corte Suprema chilena afastou a imunidade do ex-Presidente em razão de seu envolvimento na Operação Condor. Após diversos procedimentos terem sido instaurados contra ele no Chile, seu falecimento, em 10 de dezembro de 2006, permitiu que ele escapasse definitivamente da justiça.

⁵ Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.



a Tortura de 1984, que definiu a tortura como devendo ser praticada por um agente público ou por uma pessoa agindo a título oficial, era incompatível com o princípio da imunidade, do qual se beneficiava o ex-chefe de Estado.

Ocorre que todo o raciocínio apresentado na sentença é estritamente fundamentado na Convenção contra a Tortura. A importância que foi dada à definição de tortura pela Convenção na fundamentação dos Lordes faz com que seja difícil estender as conclusões do caso Pinochet para outros crimes de direito internacional, bem como aos Estados que não sejam Partes da referida Convenção.

Da mesma forma que ocorreu com a Convenção contra a Tortura no caso *Pinochet*, parte da doutrina tem defendido que Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime Genocídio de 1948 relativizou as imunidades *rationae materiae* dos agentes estatais, uma vez que, enquanto seu artigo VI⁶ faz menção a uma possibilidade de julgamento diante dos tribunais internos do local em que o genocídio ocorreu, o artigo IV⁷ declara a responsabilidade individual pela prática do crime de genocídio, independentemente da função exercida pelo seu agente.

Diante disso, alguns autores⁸ têm entendido que uma leitura combinada dos artigos IV e VI afastaria a imunidade *ratione materiae* de um agente oficial de um Estado em caso de crime de genocídio cometido no território de outro Estado, desde

⁶ CONVENÇÃO para a Prevenção e a Repressão do Crime Genocídio. Paris, 11 dez. 1948. Art. VI - As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no art. III serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela corte penal internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição. Tal Convenção foi promulgada no Brasil por meio do Decreto 30.882, de 6 de maio de 1952.

⁷ CONVENÇÃO para a Prevenção e a Repressão do Crime Genocídio. Paris, 11 dez. 1948. Art. IV - As pessoas que tiverem cometido o genocídio ou qualquer dos outros atos enumerados do art. III serão punidas, sejam governantes, funcionários ou particulares. Tal Convenção foi promulgada no Brasil por meio do Decreto 30.882, de 6 de maio de 1952.

⁸ Ver BORGHI, Alvaro. *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*. Bruxelles: Bruylant, 2003, p. 66; CASSESE, Antonio. When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case. *The European Journal of International Law*, v. 13, n. 4, p. 853-875, 2002; GAETA, Paola. *The UN Genocide Convention: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 285.



que esse agente não seja alcançado pela imunidade *rationae personae*. Para Verhoeven,⁹ no entanto, nenhuma das aludidas convenções contém disposições que afastam a imunidade e nada poderia levar a crer, nem pela análise dos trabalhos preparatórios, que essa tenha sido a vontade dos Estados negociadores.

Entendemos que uma eventual exceção à regra das imunidades no intuito de punir agentes do Estado estrangeiro que tenham cometido crimes internacionais na justiça interna dos países deve vir, se for o caso, expressamente prevista nos tratados internacionais. Não encontramos nenhuma dificuldade em admitir que, nesse caso, as imunidades poderiam ser afastadas pelas convenções internacionais nas relações entre os Estados que dela são Partes. Contudo, não existe nenhum tratado que enfrente a questão de maneira direta na atualidade, derogando explicitamente as imunidades perante os tribunais internos de um Estado em caso de crime internacional. O que existe são convenções que se esforçam para organizar uma repressão efetiva de tais crimes. É temerário, entretanto, afirmar, nesses casos, uma vontade implícita de seus signatários em afastar as imunidades de seus agentes.

2.2 Arguição da prática de crime internacional por um agente em exercício e a manutenção da imunidade “*rationae personae*”

Ao abordar as imunidades *rationae personae* no julgamento do caso *Pinochet*, no qual ex-presidente chileno teve sua imunidade *rationae materiae* afastada, os Lordes foram unânimes em reconhecer que, mesmo nos casos de tortura, um crime que eles admitiram pertencer ao direito internacional imperativo, a imunidade *rationae personae* de um chefe de Estado em exercício deveria subsistir. Contudo, tão

⁹ VERHOEVEN, Joe. Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international. In: VERHOEVEN, Joe (coord.) **Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?** Bruxelles: Larcier, 2004, p. 125.



logo deixasse o poder, o interesse em mantê-la perderia importância e o afastamento da imunidade do antigo chefe de Estado poderia se justificar.¹⁰ Assim, ao prezar pelo livre desempenho das funções de um chefe de Estado em exercício, a Câmara dos Lordes certamente privilegiou a manutenção da estabilidade das relações internacionais.

Entendimento similar foi proferido pela Corte de Cassação francesa em um caso que discutiu a imunidade do ditador líbio Muammar Kadafi face ao atentado terrorista de 1989 por ele encomendado que destruiu o avião civil DC 10 da UTA, matando 170 pessoas. Nessa oportunidade, a Corte de Cassação entendeu que, na ausência de disposições contrárias que obrigassem os Estados em questão, o problema deveria ser resolvido à luz do costume internacional, que era contrário à possibilidade de os chefes de Estado em exercício serem demandados perante as jurisdições penais de um Estado estrangeiro, independentemente da gravidade dos crimes dos quais eles fossem acusados.¹¹

A Câmara de Acusação da Corte de Apelação de Paris, que teve sua sentença reformada pela Corte de Cassação, havia feito menção a “inúmeras convenções internacionais ratificadas pela França” para excluir a imunidade em casos de crimes de direito internacional, considerando que tais convenções traduziriam a vontade da comunidade internacional de processar os crimes mais graves, inclusive quando cometidos por um chefe de Estado no exercício de suas funções.¹²

A Corte de Cassação, entretanto, entendeu que tais convenções (sobre genocídio, tortura, etc.), além de não enfrentarem a questão explicitamente, não deixavam transparecer, nem mesmo em seus trabalhos preparatórios, que tal seria a

¹⁰ COSNARD, Michel. Quelques observations sur les décisions de la chambre des Lords du 25 Novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet. *Revue générale de droit international public*, Paris, v. 103, n. 2, p. 309-328, 1999, p. 323.

¹¹ FRANÇA. Corte de Cassação. *SOS Attentas c. Kadhafi*. Paris, 20 mar. 2001.

¹² FRANÇA. Corte de Apelação. *SOS Attentas c. Kadhafi*. Paris, 20 oct. 2000.



vontade implícita dos Estados negociadores ou daqueles que se tornaram Partes. Diante disso, era difícil sustentar a existência de um costume baseado nas inúmeras convenções que entraram em vigor nos últimos tempos acerca dos crimes internacionais, se nenhuma delas dispunha expressamente sobre a questão.

Não resta dúvida de que a mesma lógica possa alcançar os demais beneficiários da imunidade. Na verdade, para os governantes e diplomatas em exercício, a ausência de imunidade na matéria resulta não somente em consequências para o indivíduo em questão, mas também gera considerável repercussão no funcionamento e na representação do Estado. Em outras palavras, a imunidade coloca em jogo não só a relação entre as autoridades judiciárias e as partes de um processo penal, mas também as relações entre os Estados.

Em matéria de imunidade dos ministros das Relações Exteriores em exercício, o julgamento do caso *Mandado de Prisão* proferido pela Corte Internacional de Justiça esclareceu as obscuridades que rondavam o tema. A demanda foi interposta pelo Congo em razão de uma ordem de prisão que havia sido emitida em 11 de abril de 2000 por um juiz de instrução belga contra o ministro de Relações Exteriores congolês, Yerodia Ndombasi. Pelo que arguiu a Bélgica, a ordem de prisão foi expedida em função de graves suspeitas de que o ministro tivesse coordenado o massacre dos congoleses tutsis, o que configuraria crime contra a humanidade, tal como previsto na lei belga de 16 de junho de 1993 (modificada pela lei 10 de fevereiro de 1999, relativa à repressão das violações graves do direito internacional humanitário), bem como nas Convenções de Genebra de 1949 e em seus protocolos adicionais. Segundo o artigo 5º §3º¹³ da lei belga, a imunidade ligada à qualidade oficial de uma pessoa não impedia a sua aplicação, o que significava dizer, em outras palavras, que qualquer imunidade deveria ser afastada no caso de a pessoa sofrer

¹³ Art. 5, §3º “ l’immunité attachée à la qualité officielle d’une personne n’empêche pas l’application de la presente loi”.



persecução penal por crimes de guerra, genocídio ou crime contra a humanidade.

Primeiramente, a Bélgica tentou utilizar-se do argumento da competência universal para afastar a regra da imunidade, sob o argumento de que as disposições das Convenções de Genebra de 1949 e de seus protocolos adicionais que “obrigam” o processamento dos crimes internacionais nos diversos países do mundo têm caráter de *jus cogens*, não podendo ser afastadas pela regra da imunidade.

Segundo a Corte Internacional de Justiça, entretanto, as regras concernentes à competência dos tribunais não se confundem com aquelas que regem as imunidades de jurisdição. Assim, a competência de um tribunal não implica a ausência de imunidade e a ausência de imunidade não implica a competência de um tribunal. Ainda que diversas convenções tenham imputado aos Estados uma obrigação de expandir sua competência jurisdicional para punir ou extraditar quem tenha cometido determinados crimes, a extensão dessa competência não afeta em nada as imunidades resultantes do direito internacional costumeiro.¹⁴

Em um segundo argumento, a Bélgica pretendeu afastar a imunidade *rationae materiae* do ministro congolês, ao afirmar que os crimes a ele imputados não poderiam ser caracterizados como atos praticados no exercício de suas funções. Um dos fundamentos utilizados foi o fato de eles terem sido supostamente praticados quando Yerodia Ndomasi ainda ocupava o cargo de diretor de gabinete da Presidência do Congo, função não coberta pelo privilégio da imunidade de jurisdição estatal.

Sobre a questão, a Corte Internacional de Justiça entendeu que não era possível fazer uma distinção entre os atos praticados por um ministro de Relações Exteriores a título “oficial” e a título “privado”, nem entre os atos praticados pelo agente antes de ter ocupado as funções de ministro e durante o exercício de suas

¹⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Affaire relative à Mandat d'Arrêt du 11 avril 2000 (Congo contra Bélgica)*. A Haia, 14 fev. 2002, p. 24 -25.



funções.¹⁵ Ora, à luz das regras relativas às imunidades *rationae personae*, durante o exercício da função do agente estatal, as imunidades subsistem tanto para os atos públicos quanto para os atos privados, tenham sido eles cometidos antes ou durante a vigência do cargo por eles ocupado. Da mesma forma, pouco importam as circunstâncias da visita do agente, posto que, de qualquer forma, a eventual prisão de um ministro das Relações Exteriores perturba o exercício das funções por ele exercidas e, conseqüentemente, as relações estatais. Prova disso é que, após a difusão internacional do mandado de prisão, o ministro Yerodia reduziu consideravelmente suas viagens para o exterior, comprometendo, assim, o curso das relações exteriores do Congo.

Outro argumento apresentado pela Bélgica era referente ao caráter costumeiro da exceção à regra da imunidade de jurisdição dos ministros das Relações Exteriores que tivessem cometido crimes de guerra ou crimes contra a humanidade. É interessante notar que, na própria exposição de motivos da lei belga, faz-se menção a uma regra bem estabelecida em direito internacional humanitário que validaria a exceção às imunidades; contudo, tal regra não é identificada precisamente. Ao examinar esse ponto, a Corte constatou que

(...) Após ter examinado cuidadosamente a prática dos Estados, inclusive as legislações nacionais e algumas decisões proferidas pelas altas jurisdições nacionais, tais como a Câmara dos Lordes e a Corte de Cassação francesa (...), ela não conseguiu deduzir desta prática a existência, em direito internacional costumeiro, de qualquer exceção à regra que consagra à imunidade de jurisdição penal e a inviolabilidade dos ministros das Relações Exteriores em exercício, quando eles sejam suspeitos de ter cometido crimes de guerra ou de crimes contra a humanidade.¹⁶

¹⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Affaire relative à Mandat d'Arrêt du 11 avril 2000 (Congo contra Bélgica)**. A Haia, 14 fev. 2002, §55.

¹⁶ "(...) Après avoir examiné avec soin la pratique des Etats, y compris les législations nationales et les quelques décisions rendues par de hautes juridictions nationales, telle la Chambre des Lords ou la Cour de cassation française (...) elle n'est pas parvenue à déduire de cette pratique l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de



Cabe ressaltar que, em sua opinião dissidente, o juiz Van den Wijngaert, visando fazer prova de um costume acerca da inaplicabilidade da imunidade em caso de crimes de direito internacional, fez referência a trabalhos de “sociedades científicas”, de “grupos de reflexão” e de “organizações de defesa dos direitos humanos”, entendendo que essas iniciativas poderiam ser consideradas como a expressão da opinião da sociedade civil, opinião que deveria ser levada em conta pelo direito internacional da atualidade.

O problema é que, pelo direito internacional clássico, tais opiniões não podem ser colocadas no mesmo plano da prática exercida pelas autoridades públicas, salvo se passássemos a admitir que os Estado podem ser obrigados por regras inferidas a partir de comportamentos que não são propriamente seus. Diante disso, não nos parece que tais opiniões possam, sozinhas, criar uma regra costumeira contrária a uma prática estatal bem estabelecida. A própria Corte, em sua sentença, não faz nenhuma menção a essa “sociedade civil”, afirmando que, após ter examinado a prática estatal, não conseguiu deduzir a existência de qualquer exceção costumeira à regra que consagra a imunidade da jurisdição penal e a inviolabilidade do ministro de Relações Exteriores em exercício quando ele seja suspeito de ter praticado um crime contra a humanidade.

Assim, de acordo com a Corte Internacional de Justiça, a imunidade *rationae personae* continua sendo um princípio aplicável nos casos submetidos aos tribunais nacionais. Essa norma reflete uma ponderação de interesses, ou seja, um equilíbrio entre a exigência da luta contra a impunidade e manutenção das relações estáveis e pacíficas entre Estados, que seriam perturbadas caso um Estado iniciasse um processo penal contra o dirigente em exercício de outro Estado. Consequentemente, a Corte

jurisdiction pénale et l’inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu’ils sont soupçonnés d’avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l’humanité.¹⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Affaire relative à Mandat d’Arrêt du 11 avril 2000 (Congo contra Bélgica)**. A Haia, 14 fev. 2002, § 58.



chegou à conclusão que a emissão do mandado de prisão de 11 de abril contra o ministro congolês em exercício havia violado as regras relativas às imunidades.

Apesar do forte movimento que impulsiona a sociedade civil a reclamar uma repressão mais efetiva dos crimes internacionais, há de se lembrar que, ao contrário do que é (implicitamente) sustentado, não há conflito entre a regra relativa à imunidade e aquela que reprime uma infração, ainda que ela seja particularmente grave. A imunidade retira do juiz normalmente competente a possibilidade de julgar a causa. Ela não impede que o agente seja julgado pelo juiz do país de sua nacionalidade, o que significa que não garante a impunidade ao autor da infração.

Assim, podemos compreender, sem dificuldade, que seja desejável afastar a imunidade em casos de crimes particularmente graves, mas não é em função disso que a imunidade da qual goza um agente diante de um tribunal estrangeiro perderia “logicamente” todo o sentido.¹⁷ Tal privilégio fundamenta-se na necessidade de garantir um exercício independente das funções ou de responsabilidades internacionais. Diante desse propósito, é inocente pensar que o objetivo da imunidade é proteger o interesse de seu beneficiário. É o interesse da comunidade internacional que está sendo protegido, uma vez que a boa gestão das relações internacionais poderia ser gravemente comprometida se os agentes estatais ou das organizações internacionais pudessem ser criminalmente perseguidos, detidos, julgados ou punidos por uma autoridade estrangeira. Ainda que alguns sejam tentados a abusar de seu status privilegiado para fins privados, tais abusos em nada mudariam a regra geral. A nosso ver, a exceção é o preço a se pagar pela manutenção de um mundo de relações amistosas e pacíficas. Por fim, entendemos existir um grande perigo em se admitir uma exceção à regra das imunidades fundamentada na prática de crimes

¹⁷ VERHOEVEN, Joe. Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international. *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?* Bruxelles: Larcier, 2004, p. 61-146.



internacionais, por acreditarmos que ela talvez nunca se manifeste de maneira efetiva por parte dos países mais fracos.

Sobre os perigos inerentes ao discurso de proteção dos direitos humanos, Rezek leciona:

Todos nós sabemos, por exemplo, como o argumento dos direitos humanos, como o discurso dos direitos humanos serviu nos últimos tempos para tentar justificar o que se fez de mais áspero, de mais agressivo e de mais rude contra os direitos humanos. Talvez se lembrem, são fatos recentes, de que quando o argumento utilizado por certos governos ocidentais de que o Iraque devia possuir armas de destruição em massa e que isso ameaçava o Ocidente, portanto uma legítima defesa preventiva justificava uma guerra, uma invasão, uma ocupação militar, um morticínio, uma (inaudível) no território iraquiano. Quando já nem mais as mais cândidas criaturas do meio oeste americano acreditavam nesse discurso, saiu-se com outro e falou-se que a guerra acontecerá, assim mesmo, para defender os direitos humanos que aquele ditador arbitrário agride. Viram no que deu e viram o que foi, nestes últimos anos, a defesa dos direitos humanos pelo Ocidente no Iraque. (...) Agora vejam: o discurso foi utilizado para violar-se, em muito maior escala, uma pauta mínima de direitos humanos, quando se dizia que o interesse, que a intenção, que o propósito era protegê-los. Isso tem muito a ver com equações do mesmo gênero que se fazem a cada dia. (grifo nosso)¹⁸

Dessa perspectiva, uma eventual exceção à regra das imunidades fundamentada nas “graves violações dos direitos humanos” acabaria permitindo aos Estados mais fortes erigirem-se juízes da conduta dos mais fracos, manifestando uma forma de imperialismo ou de neocolonialismo.

Já no século XVIII, Vattel afirma que os espanhóis violaram todas as regras do direito das gentes ao julgarem o príncipe inca Atahualpa:

Um soberano não pode julgar a conduta do outro. O soberano é aquele a quem a Nação confiou o império e os cuidados para com o governo; ela o revestiu de seus direitos; só compete diretamente à ela a maneira com a

¹⁸ REZEK, Francisco. A Justiça no Brasil frente aos Direitos Humanos: Universalidade e Ambiguidades. *Revista do TST*, Brasília, v. 75, n. 1, p. 74-81, jan./mar. 2009, p. 75-76.



qual o condutor que ela escolheu usa o seu poder. Portanto, não compete a nenhuma potência estrangeira tomar conhecimento da administração deste soberano, julgar sua conduta, e a forçá-lo a mudar. Se ele oprime seus súditos com impostos, se ele os trata com aspereza, é problema da Nação; ninguém é chamado a endireita-lo, a obrigá-lo a seguir máximas mais justas e mais sábias. É prudente marcar as ocasiões nas quais se pode fazer representações informais e amigáveis. Os Espanhóis violaram todas as regras, quando julgaram o inca Atualpa. Se o Príncipe tivesse violado o direito das gentes contra eles, eles teriam o direito de lhe punir. Mas eles o acusaram de ter matado alguns de seus súditos, de ter dormido com várias mulheres, etc. coisas que não os diziam respeito; e para dar um toque final à extravagante injustiça, o condenaram pelas leis da Espanha. (tradução nossa)¹⁹

Poderíamos, de certa forma, comparar Yerodia Ndombasi à Atahualpa e a Bélgica de hoje, disposta a julgar os crimes cometidos pelo ministro das Relações Exteriores do Congo, à Espanha do século XIV, que se reserva o direito de julgar o ex-ditador inca.

Assim, por entendermos que a referência aos direitos humanos permite aos mais poderosos facilmente intervir nos assuntos internos dos Estados mais fracos sob a justificativa de exigências impostas por um “novo mundo”, discordamos da pretensão de relativização da regra das imunidades diante da prática de crimes internacionais por agentes estatais estrangeiros.

¹⁹ “Un souverain ne peut s’ériger en juge de la conduite d’un autre. Le souverain est celui à qui la Nation a confié l’empire et le soin du gouvernement; elle l’a revêtu de ses droits; elle seule est intéressée directement dans la manière dont le conducteur qu’elle s’est donnée use de son pouvoir. Il n’appartient donc à aucune puissance étrangère de prendre connaissance de l’administration de ce souverain, de s’ériger en juge de sa conduite, et de l’obliger à rien changer. S’il accable ses sujets d’impôts, s’il les traite durement, c’est l’affaire de la Nation; nul autre n’est appelée à le redresser, à l’obliger de suivre des maximes plus équitables et plus sages. C’est à la prudence de marquer les occasions ou l’on peut lui faire des représentations officieuses et amicales. Les Espagnols violèrent toutes les règles, quand ils s’érigèrent en juges de l’inca Athualpa. Si ce Prince eût violé le droit des gens à leur égard, ils auraient été en droit de le punir. Mais ils l’accusèrent d’avoir fait mourir quelques-uns de ses sujets, d’avoir eu plusieurs femmes, etc. chose dont il n’avait aucun compte à leur rendre; et ce qui met le comble à leur extravagante injustice, ils le condamnèrent par les lois d’Espagne”. VATTEL, Emmerich de. **Droit des gens**. Paris: J.P. Aillaud, 1835, p. 357.



3 A IMUNIDADE NOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS “AD HOC”

As jurisdições penais internacionais parecem possuir maior legitimidade para julgar os crimes de direito internacional praticados pelos agentes estatais do que as jurisdições internas dos Estados estrangeiros, uma vez que, nesses tribunais, o processo é conduzido em nome da comunidade internacional. Contudo, ainda persiste alguma confusão quando se aborda a questão da imunidade.

Ao observar os estatutos dos tribunais penais internacionais *ad hoc* percebemos a existência de uma disposição praticamente comum aos diversos textos que dispõe que a qualidade oficial do agente não o livra da responsabilidade penal pelos crimes praticados.

Assim, segundo o artigo 7º do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, anexado ao Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945, “ a situação oficial dos acusados, quer como chefes de Estado, quer como funcionários de alto escalão, não será considerada nem para libertá-los, nem servirá como motivo para a redução da pena”²⁰ (tradução nossa).

Da mesma forma, o artigo 6º do Estatuto do Tribunal militar internacional de Tóquio prevê que

Nem a posição oficial, a qualquer momento, de um acusado, nem o fato de que um acusado tenha agido em cumprimento de uma ordem do superior hierárquico de seu governo deve, por si só, ser suficiente para livrar tal acusado de sua responsabilidade por qualquer crime do qual ele seja acusado, mas tais circunstâncias podem ser consideradas motivo para redução da pena se o Tribunal determinar que a justiça deva ser feita dessa forma. (tradução nossa)²¹

²⁰ "La situation officielle des accusés, soit comme chefs d'Etat, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif de réduction de la peine".

²¹ "Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from



Por fim, os artigos 6º, §2º, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, 7º, §2º, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda e 6º, §2º, do projeto do Estatuto do Tribunal especial para Serra Leoa dispõem todos que “o estatuto oficial de um acusado, seja como chefe de Estado ou de governo, seja como funcionário de alto escalão, não o livra de sua responsabilidade penal, nem é uma razão para a diminuição da sua pena” (tradução nossa).²² Essas disposições costumam ser o principal fundamento utilizado para afastar as imunidades dos agentes estatais da jurisdição dos tribunais internacionais.

Quando, em 4 de setembro de 1998, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda condenou Jean Kambanda²³ por genocídio e crime contra a humanidade, cometidos à época em que ele era primeiro-ministro do país, tal justificativa não foi mais bem desenvolvida porque o próprio representante estatal em questão havia se declarado culpado.

Contudo, em 1999, quando a imunidade foi arguida em sede de defesa perante o Tribunal Penal Internacional para a ex- Iugoslávia por ocasião do julgamento do então presidente da República do país, Slobodan Milosevic²⁴, acusado da prática de crimes contra a humanidade e violação das leis e costumes da guerra, o Tribunal, fundamentando-se no artigo 6º, §2º, de seu Estatuto, condenou Milosevic. Essa foi a primeira vez na história que um tribunal internacional ordenou a prisão de um chefe de Estado em exercício.

responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires".

²² "La qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'Etat ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine".

²³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Le Procureur contre Jean Kambanda**, Affaire n° ICTR 97-23-S. A Haia, 4 setembro 1998.

²⁴ TRIBUNAL PENAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. **Le Procureur contre Milosevic**. Affaire n° IT-99-37-I. Ato de acusação de 22 de maio de 1999.



Pelo fato de os julgamentos acima relatados terem sido proferidos por tribunais instituídos pelo Conselho de Segurança com fundamento no capítulo VII da Carta das Nações Unidas e de todos os Estados membros das Nações Unidas se encontrarem vinculados às decisões do Conselho, não houve maiores dificuldades no processamento dos dirigentes dos Estados alvos da repressão internacionalmente organizada. A obrigatoriedade das resoluções do Conselho de Segurança instigou a cooperação dos Estados membros para a execução dos mandados de prisão. Dessa maneira, por terem sido tais tribunais criados em nome de uma espécie de ordem pública do direito das gentes, as imunidades tradicionalmente acordadas aos agentes estatais perante os juízes internos não obstaculizaram o julgamento nas instâncias internacionais.

Essa interpretação foi confirmada em uma decisão tomada pela Corte de Apelação da Corte Especial para a Serra Leoa em um caso concernente à responsabilidade do então presidente da Libéria, Charles Taylor, pela prática de crimes contra a humanidade e outras violações graves do direito internacional humanitário.

Na oportunidade, Charles Taylor alegou estar protegido por uma imunidade absoluta para todo o processo penal intentado contra ele, uma vez que somente as resoluções do Conselho de Segurança adotadas com fundamento no capítulo VII da Carta das Nações Unidas poderiam afastar o princípio da imunidade *rationae personae* da qual ele se beneficiava como chefe de Estado em exercício. Assim, não tendo sido a Corte Especial para Serra Leoa criada por uma resolução do Conselho de Segurança, mas por um acordo entre a ONU e o país, a imunidade costumeira não poderia ser afastada.

A Corte de Apelação do Tribunal rejeitou, entretanto, esse argumento apoiando-se na decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Mandado de Prisão*, segundo a qual a imunidade *rationae personae* dos dirigentes em exercício não pode



ser invocada diante dos tribunais penais internacionais.²⁵ Desta sorte, apesar de a Corte Especial para Serra Leoa não ter sido criada pelo Conselho de Segurança, ela era um tribunal penal internacional, uma vez que o acordo feito entre a ONU e Serra Leoa para a sua constituição era, na verdade, um acordo entre a comunidade internacional e Serra Leoa.²⁶ Consequentemente, Charles Taylor não podia se valer de sua posição de chefe de Estado em exercício para se livrar de sua responsabilidade penal internacional.

Apesar de a exclusão de toda imunidade funcional dos agentes do Estado ser alegada por alguns como um dos fundamentos da instituição dos tribunais penais internacionais, em sentido estrito, não é correto invocar a imunidade como uma exceção à jurisdição de um tribunal penal internacional. A ideia de imunidade é relacionada às relações interestatais e a máxima *par in parem non habet imperium* encontra seu fundamento no princípio da igualdade soberana dos Estados.²⁷ Na realidade, o que os estatutos dos tribunais internacionais dispõem, de maneira geral, é que o status oficial de uma pessoa não pode obstaculizar o julgamento em tais jurisdições e não com base em uma exceção à regra da imunidade propriamente dita.

Assim, à luz de tais estatutos, o caso deve ser submetido a inquérito para determinar se o ato em questão deve ou não ser atribuído exclusivamente ao Estado. Se a conclusão for positiva, a pessoa processada não poderá ser responsabilizada. Se negativa, a pessoa será condenada pelas jurisdições penais internacionais.

Faz-se, portanto, necessário atentar para a diferença existente entre a defesa

²⁵ DEEN-RACSMANY, Zsuzsanna. Prosecutor v. Taylor: The Status of the Special Court for Sierra Leone and Its Implications for Immunity. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 18, n. 2, p. 299-322, 2005.

²⁶ DAMGAARD, Ciara. **Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes: Selected Pertinente Issues**. Berlim: Springer, 2008, p. 263-306.

²⁷ STERN, Brigitte, Immunities of Head of States. Where do we stand? In: LATTIMER, Mark.; SANDS, Philippe Joseph (Orgs.). **Justice for Crimes Against Humanity**. Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 73.



baseada no status oficial do acusado e aquela que fundamenta a exceção de imunidade. Enquanto a defesa fundamentada no status oficial do acusado, em que normalmente é alegado que os atos foram praticados em cumprimento de uma ordem oficial, concerne ao mérito da questão da responsabilidade criminal dos agentes estatais, a exceção de imunidade deve ser invocada em sede preliminar.

No entendimento da Corte Internacional de Justiça,

Imunidade de jurisdição penal e responsabilidade criminal individual são conceitos bastante diversos. Enquanto que a imunidade jurisdicional é, por natureza, matéria procedimental, a responsabilidade criminal é questão de direito material. A imunidade de jurisdição é capaz de impedir a instauração de um processo por certo período de tempo ou em face de certos ilícitos, mas não pode exonerar a pessoa a quem se aplica da responsabilidade criminal.²⁸

Conforme veremos no próximo ponto, o Estatuto de Roma é o único que distingue, de fato, essas duas exceções, tratando delas em parágrafos diferentes.²⁹

4 IMUNIDADE NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Dentre os estatutos dos tribunais penais internacionais, o Estatuto de Roma, adotado em 17 de julho de 1998, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, é o único que faz expressa referência à exceção da imunidade, no parágrafo 2º de seu artigo 27:

Art. 27 §2º As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua

²⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Affaire relative à Mandat d'Arrêt du 11 avril 2000 (Congo contra Bélgica)*. A Haia, 14 fev. 2002, p. 26, §60.

²⁹ SCHABAS, Willian. *The U.N. International Criminal Tribunals: The former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 329.



jurisdição sobre essa pessoa.

A irrelevância da qualidade oficial do acusado, por sua vez, foi tratada no parágrafo anterior do mesmo artigo 27:

Art. 27 §1º O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de 'per se' motivo de redução da pena.

Essa distinção abriria, a nosso ver, a possibilidade de defesa tanto em sede preliminar – exceção de imunidade – quanto no mérito – arguição do status oficial do acusado. Tal possibilidade decorreria de que o Estatuto do Tribunal Penal Internacional é um tratado aberto à ratificação dos Estados, e não imposto pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas por meio de uma resolução. Dessa forma, a arguição já em sede preliminar das imunidades dos agentes de um Estado terceiro livraria o representante estatal de um julgamento de mérito, que poderia perturbar o exercício de suas funções.

Apesar de o Estatuto de Roma prever a possibilidade de processamento dos nacionais de um Estado terceiro perante o Tribunal Penal Internacional, vez que a competência do Tribunal não é limitada aos nacionais dos Estados contratantes, quando tal nacional for um agente estatal, suas imunidades deverão ser respeitadas, conforme disposto no parágrafo 1º do artigo 98:

Artigo 98 –1. O Tribunal pode não dar seguimento a um pedido de entrega ou de auxílio por força do qual o Estado requerido devesse atuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de pessoa ou de bens de um Estado terceiro, a menos que obtenha, previamente a cooperação desse Estado terceiro com vista ao levantamento da imunidade.

E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH - Belo Horizonte.

Volume IX, número 2, dezembro de 2016 - ISSN: 1984-2716 - ecivitas@unibh.br

Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/index>



Desta forma, em virtude do artigo 98, o Tribunal não está autorizado a exigir de um Estado Parte que prenda um diplomata ou qualquer outra pessoa beneficiária das imunidades diplomáticas de um Estado terceiro. Numa situação assim, o Tribunal deveria, primeiro, obter a cooperação do Estado terceiro em questão. Assim, enquanto o artigo 27 estabelece que a imunidade de uma pessoa ocupante de um cargo oficial não pode constituir uma exceção à competência do Tribunal, o artigo 98 estipula que o direito internacional das imunidades deve ser respeitado diante de um pedido de cooperação formulado pelo Tribunal a um determinado Estado referente ao nacional de um Estado terceiro.

Vale analisar se o termo “Estado terceiro” disposto no artigo 98 faz referência aos Estados não Partes do Estatuto ou, mais genericamente, aos demais Estados (Partes ou não) que não sejam o Estado requerido. A interpretação não é simples, uma vez que, quando o Estatuto se refere aos Estados que não o ratificaram, é o termo “Estados não Partes” que é utilizado.³⁰ Dessa ótica, o Tribunal deveria requerer o acordo inclusive do Estado Parte do Estatuto, antes de confeccionar seus mandados de prisão ou de exigir a transferência dos suspeitos, a fim de não desprezar a regra das imunidades estatais, o que restringiria consideravelmente o alcance do artigo 27, retirando o efeito útil da disposição.³¹ Parece-nos, portanto, que a melhor interpretação da expressão “Estado terceiro” é entendê-la como equivalente à expressão “Estado não parte”.³²

³⁰ GAETA, Paola. Official Capacity and Immunities. In: CASSESSE, Antonio (Org.). **The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 993.

³¹ GAETA, Paola. Official Capacity and Immunities. In: CASSESSE, Antonio (Org.). **The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 992-994.

³² GAETA, Paola. Official Capacity and Immunities. In: CASSESSE, Antonio. **The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 994.



O próprio Tribunal já decidiu nessa linha quando dispôs que uma renúncia à imunidade não seria necessária em relação a um Estado que ratificou o Estatuto. Assim, a aceitação do artigo 27 (2) do Estatuto implicaria renúncia da imunidade para os fins do artigo 98 (1) em relação aos procedimentos conduzidos pelo Tribunal.

O resultado é que o Tribunal poderia exigir de um Estado Parte a prisão de um oficial de outro Estado Parte que se encontre no território daquele, independentemente de autorização do Estado nacional do referido oficial. Contudo, o representante de um Estado não Parte continuaria a se beneficiar das imunidades conferidas pelo direito internacional costumeiro antes que fosse manifesto o seu consentimento ao afastamento delas.

Nesse sentido, tendo sido o Tribunal Penal Internacional constituído por tratado – diferentemente dos tribunais penais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para a Ruanda, que foram criados por uma Resolução do Conselho de Segurança –, ele vincula apenas os Estados Partes. Na medida em que estão em questão os agentes de Estados que não conferiram competência ao Tribunal Penal Internacional por não terem aderido ao seu Estatuto, sua jurisdição passa a ser vista como a de um tribunal (nacional) comum para diversos Estados, que podem invocar diante dele as imunidades que lhe são reconhecidas em relação a um tribunal “estrangeiro”. Para que uma conclusão diversa, seria necessário estabelecer que a imunidade não mais se aplicaria em casos de crimes de guerra, de genocídio e de crimes contra a humanidade, o que refutamos na presente tese.

Agindo com fundamento no capítulo VII da Carta das Nações Unidas, que se refere às hipóteses em que o Conselho de Segurança pode agir para garantir a paz e a segurança internacionais, o Conselho de Segurança levou a situação de Darfur ao



Tribunal Penal Internacional por meio da resolução 1593 (2005).³³ Nela, o Conselho decidiu que o governo do Sudão, bem como todas as outras partes do conflito de Darfur, deveria cooperar plenamente com o Tribunal Penal Internacional e com seu Procurador, prestando-lhes toda a assistência necessária.

Diante disso, em 4 de março de 2009, o Tribunal Penal Internacional expediu o mandado de prisão de Omar Al Bashir, presidente em exercício da República do Sudão, país não Parte do Estatuto de Roma, em razão da suposta prática de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade, tipificados nos Artigos 7º e 8º do Estatuto de Roma.

É certo que a possibilidade de detenção e entrega do chefe de Estado em exercício parece mais aceitável aos olhos dos Estados quando requerida por um tribunal internacional do que por outro Estado no exercício de sua competência por meio de um pedido de extradição. A razão disso é, certamente, que os Estados Partes do Estatuto consentiram com tal eventualidade quando se comprometeram a lutar contra a impunidade, seja julgando os crimes contra a humanidade, seja colaborando com a complementaridade da jurisdição do Tribunal, prevista no artigo 1º do Estatuto de Roma. Ocorre que o fato de tal chefe de Estado ser representante de um Estado não Parte do Estatuto pode impactar o respeito à regra das imunidades do direito internacional.

Contudo, em sua decisão concernente ao pedido de expedição de um mandado de prisão de um representante de Estado não membro efetuado pelo Procurador, a Seção de Instrução do Tribunal,³⁴ fundamentando-se no artigo 13, alínea *b*, do Estatuto de Roma, que prevê a possibilidade do Conselho de Segurança da ONU de

³³ Esta possibilidade é prevista no art. 13, b do ESTATUTO do Tribunal Penal Internacional. Roma, 17 jul. 1998.

³⁴ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (Seção de Instrução I). **Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir**, ICC-02/05-01/09. A Haia, 4 mar. 2009.



denunciar situações ao Tribunal, entendeu que o fato de o Sudão não ser Parte do Estatuto de Roma não era um impedimento para o mandado de prisão em questão e que, como as decisões do Conselho de Segurança são obrigatórias para todos os membros das Nações Unidas,³⁵ o governo do Sudão estava obrigado a cooperar com o Tribunal.³⁶ Diante desse entendimento, o Tribunal decidiu que, além de transmitir os pedidos de cooperação aos Estados Partes do Estatuto de Roma, também os encaminharia a todos os membros das Nações Unidas que não eram Partes do Estatuto³⁷.

Assim, apesar de a resolução 1593 não ter suspenso expressamente a imunidade do presidente Al Bashir, alguns acreditam que, com ela, o Conselho de Segurança pretendeu que o Tribunal exercesse sua competência, uma vez que estaria impedido de agir se tivesse que requerer ao Estado em questão que afastasse a imunidade de seu próprio chefe de Estado, o que provavelmente não ocorreria.³⁸

Ocorre que, nos termos da resolução 1593 (2005),

O Conselho de Segurança (...) 2. Decide que o Governo sudanês e todas as outras partes envolvidas no conflito do Darfour devem cooperar plenamente com o Tribunal e com o Procurador e prestar toda a assistência necessária em conformidade, e embora reconheça que o Estatuto de Roma

³⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta constitutiva**. São Francisco. 26 jun. 1945. Art. 25.

³⁶ “Finally, in relation to the jurisdiction *rationae personae*, the Chamber considers that, insofar as the Darfour situation has been referred to the Court by the Security Council, acting pursuant to article 13 (b) of the Statute, the present case falls within the jurisdiction of the Court despite the fact that it refers to the alleged criminal liability of a national of a State that it is not to the Statute, for crimes which have been allegedly committed in the territory of a State not party to the Statute”. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (Seção de Instrução I). **Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir**, ICC-02/05-01/09. A Haia, 4 mar. 2009, § 40.

³⁷ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (Seção de Instrução I). **Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir**, ICC-02/05-01/09. A Haia, 4 mar. 2009, p. 93.

³⁸ BELLAL, Annyssa. **Immunités et violations graves des droits humains: vers une évolution structurelle de l’ordre juridique international?** Bruxelles: Bruylant, 2011, p. 176.



não impõe nenhuma obrigação aos Estado que não são partes, insta a todos os Estados e todas as organizações regionais e internacionais a cooperarem plenamente (...).³⁹

Ora, o verbo *urges* em inglês, ou *demande instamment* em francês, corresponde em português ao verbo instar, que, por sua vez, significa "pedir com insistência", "solicitar", "rogar", "implorar", "suplicar", "insistir", mas não "ordenar". Assim, a nosso ver, o mero encaminhamento de uma situação pelo Conselho de Segurança ao TPI ou a requisição aos Estados de cooperação com este tribunal não poderiam ser interpretados como suspensão das imunidades garantidas pelo Direito Internacional.⁴⁰

De forma similar, em sua resolução 1970, de 2011,⁴¹ que encaminhou a situação da Líbia ao Tribunal Penal Internacional, o Conselho de Segurança, apesar de solicitar a plena cooperação dos Estados membros das Nações Unidas com o Tribunal, reconheceu que o Estatuto de Roma não impõe qualquer obrigação aos Estados que dele não são Partes. Nesse caso, outro mandado de prisão fora expedido pelo Tribunal Penal Internacional em 27 de junho de 2011, contra Muammar Kadafi, o presidente em exercício da Líbia, um Estado não Parte do Estatuto de Roma.

Entendemos, portanto, que, em respeito à disposição do artigo 98 do Estatuto de Roma, o Tribunal não pode exigir dos Estados Partes que desconheçam as imunidades diplomáticas conferidas pelo direito internacional costumeiro aos

³⁹ Resolution 1593 (2005): “The Security Council (...) 2. Decides that the Government of Sudan and all other parties to the conflict in Darfur, shall cooperate fully with and provide any necessary assistance to the Court and the Prosecutor pursuant to this resolution and, while recognizing that States not party to the Rome Statute have no obligation under the Statute, urges all States and concerned regional and other international organizations to cooperate fully”.

⁴⁰ UNIÃO AFRICANA. **Press Release nºn002/2012**. 9 jan. 2012.

⁴¹ CONSELHO DE SEGURANÇA. **Resolução 1970 - Paix et Sécurité en Afrique**. Nova Iorque, 26 fev. 2011. §5º : “The Security Council, (...) 5. Decides that the Libyan authorities shall cooperate fully with and provide any necessary assistance to the Court and the Prosecutor pursuant to this resolution and, while recognizing that States not party to the Rome Statute have no obligation under the Statute, urges all States and concerned regional and other international organizations to cooperate fully with the Court and the Prosecutor”.



dirigentes dos Estados não Partes. Assim, não sendo o Sudão nem a Líbia Parte do Estatuto, segundo o artigo 98, não teriam qualquer obrigação de prender e entregar Al Bashir ou Kadafi ao Tribunal, a menos que eles aceitassem sua jurisdição.

Esse foi o entendimento da República do Chade e do Malawi quando receberam Al-Bashir em seu território e se recusaram a entregá-lo ao TPI. Recentemente, em junho de 2015, o governo sul-africano também convidou Omar Al-Bashir como representante do Sudão para uma cúpula da União Africana, prometendo respeitar sua imunidade. Mas o Tribunal Penal Internacional reafirmou a obrigação da África do Sul de entregá-lo, e Al-Bashir deixou o país em 16 de junho de 2015, desafiando a ordem do tribunal de Pretória, que o obrigava a permanecer em solo sul-africano até que o seu pedido de entrega para o Tribunal Penal Internacional fosse julgado.⁴²

O governo brasileiro, ao receber a solicitação do Tribunal Penal Internacional concernente à entrega de Omar Al Bashir, submeteu-o a análise do Supremo Tribunal Federal, que decidiu, em 04 de agosto de 2009, que o fato de a pessoa reclamada ostentar a condição institucional de chefe de um Estado soberano não constitui, na perspectiva do Estatuto de Roma, obstáculo à execução da sua detenção e ulterior entrega ao Tribunal Penal Internacional pelo governo do Brasil, desde que essa pessoa esteja ou venha a ingressar em território brasileiro.⁴³ Contudo, a questão primordial do caso, qual seja, o fato de o Sudão não ser Parte do Estatuto de Roma,⁴⁴ não foi analisada pelo nosso egrégio tribunal superior.

No caso do presidente do Sudão, para refutar o argumento da imunidade, a Seção de Instrução do TPI entendeu que, ao enviar uma situação ao Tribunal, o

⁴² MALULEQUE, Milton. Presidente sudanês Al-Bashir ignora ordem de prisão. **Deutsche Welle**, Berlim, 15 jun. 2015.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 4625/República do Sudão. Relatora: Ellen Gracie. **Diário de Justiça**. Brasília, 4 ago. 2009.

⁴⁴ ESTATUTO do Tribunal Penal Internacional. Roma, 17 jul. 1998, promulgado no Brasil por meio do Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002.



Conselho de Segurança visa impedir que os autores de crimes internacionais escapem da justiça. Essa recusa da impunidade teria como pressuposto, portanto, o afastamento das imunidades face ao tribunal. Em sua fundamentação, a Seção de Instrução construiu um raciocínio surpreendente. Ela indica que o direito internacional costumeiro cria uma exceção à imunidade quando as jurisdições internacionais requerem a detenção de um chefe de Estado pela prática de crimes internacionais, não se aplicando, nesse caso, o artigo 98, inciso 1, do Estatuto de Roma.⁴⁵

Em seu comentário ao artigo 27 do Estatuto, Thouvenin aponta que os argumentos desenvolvidos pela Seção de Instrução para demonstrar a existência da regra costumeira excluindo imunidades quando um tribunal internacional demanda a prisão de um chefe de outro Estado são bastante frágeis.⁴⁶

Primeiramente, o Tribunal dispõe que a imunidade dos chefes de Estado perante os tribunais internacionais já tem sido rejeitada, repetidamente, desde a Primeira Guerra Mundial. Ocorre que, conforme já foi abordado nesta tese, o que se rejeitou por diversas vezes foi que uma pessoa não pudesse ser responsabilizada por crimes internacionais cometidos numa posição oficial. As citações feitas pelo Tribunal relacionam-se todas à responsabilidade penal do indivíduo, e não às imunidades procedimentais.⁴⁷

Além disso, o Tribunal tenta se apoiar no fato de que o Estatuto conta com 120 Estados Partes para indicar a existência de uma norma costumeira. Contudo, o próprio fato de os demais Estados não terem ratificado o Estatuto poderia ser apontado como

⁴⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (Câmara Preliminar I). **Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir**, ICC-02/05-01/09-139. A Haia, 13 dez. 2011, §3º.

⁴⁶ THOUVENIN, Jean- Marc. Artigo 27: Irrelevância da Qualidade Oficial. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; STEINER, Silvia (Orgs.). **O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 535.

⁴⁷ THOUVENIN, Jean- Marc. Artigo 27: Irrelevância da Qualidade Oficial. In BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; STEINER, Silvia (Orgs.). **O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 535.



prova da ausência de *opinio juris* sobre a matéria. Por fim, o Tribunal aponta que o artigo 98 (1) não pode ser interpretado de forma a incapacitar o exercício do tribunal, o que contrariaria o propósito de seu Estatuto. Mais uma vez, o argumento apresentado é irrelevante no que concerne à prova de uma norma consuetudinária capaz de afastar a imunidade diplomática no caso de crimes internacionais.

Não admitimos, entretanto, a existência de tal regra costumeira. Ao contrário, entendemos que é ao se conformarem ao pedido de cooperação do Tribunal no que se refere à entrega de um representante de um Estado não Parte que os Estados Partes estariam desrespeitando uma norma costumeira, qual seja, a norma relativa à imunidade dos dirigentes em exercício.⁴⁸ Diante disso, estariam cometendo um ato internacionalmente ilícito, passível de implicar a sua responsabilidade internacional. Da mesma forma que Gaeta, entendemos que existe uma diferença entre a cooperação dos Estados para com o Tribunal Penal Internacional, criado por meio de um tratado, e para com os dois tribunais internacionais penais *ad hoc*, ambos instituídos por meio de resolução do Conselho de Segurança. No caso dos tribunais *ad hoc*, os Estados podem (e devem) afastar a regra costumeira da imunidade *rationae personae* da qual se beneficiam os dirigentes em exercício em virtude do artigo 103 da Carta, que dispõe que as obrigações contidas na Carta prevalecem sobre toda outra obrigação concernente a um Estado.⁴⁹ No caso do Tribunal Penal Internacional, o raciocínio deveria se pautar pelo texto de seu Estatuto, que é um tratado internacional.

Em 9 de janeiro de 2012, a Comissão da União Africana manifestou seu total desacordo com as decisões da Seção de Instrução do TPI, porque elas não teriam levado em consideração as obrigações dos Estados membros da União Africana, como o Chade e o Malawi, que lhes impõe a o dever de se conformarem às suas

⁴⁸ GAETA, Paola. Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest? *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v. 7, n. 2, p. 315-332, 2009, p. 331.

⁴⁹ GAETA, Paola. Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest? *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v. 7, n. 2, p. 315-332, 2009, p. 329-327.



decisões políticas, que, no caso, haviam disposto pela não entrega de Al Bashir ao TPI.⁵⁰ A União Africana invoca, assim, uma questão interessante, que não foi explorada pela Seção de Instrução, apesar de ter sido arguida pelo Malawi e pelo Chad: em que medida um Estado pode invocar as decisões de uma organização internacional da qual ele é membro para não executar uma demanda de cooperação com o Tribunal? Ainda que se entenda que o artigo 98 articula o Estatuto de Roma com as obrigações internacionais do Estado em matéria de imunidades, ele não vislumbra casos em que o Estatuto seja contrário às obrigações internacionais decorrentes de resoluções das organizações internacionais que se refiram às imunidades. Assim, ao mesmo tempo que o Chade e o Malawi ratificaram o Estatuto de Roma e são, por isso, obrigados a cooperar com o Tribunal, eles também são membros da União Africana, e as decisões obrigatórias adotadas por essa organização têm, para eles, força vinculante.

Apesar de a Seção de Instrução ter sido omissa quanto à questão, Chaumette ousa resolver o problema realizando um exame cruzado entre o direito da União Africana e o direito das Nações Unidas, dando, por fim, primazia às disposições da Carta da ONU. Para a autora:

Uma vez que a situação de Darfur foi remetida ao Tribunal por uma resolução do Conselho de Segurança, a obrigação de cooperar com o Tribunal para os Estados Partes resulta não somente do Estatuto de Roma, mas também dessa resolução e, portanto, do direito da Carta das Nações Unidas. Em virtude do artigo 103 da Carta “em caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta

⁵⁰ A decisão adotada pela 13^a sessão ordinária da Conferência de Chefes de Estado e de governo da União Africana dispõe que levando-se em conta o fato que a demanda formulada pela União Africana não foi levada em consideração pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, os Estados partes da União Africana não cooperarão com o Conselho para fins de detenção e transferência do Presidente Omar Al Bashir, fundamentando-se nas disposições do artigo 98 do Estatuto de Roma relativas às imunidades do direito interacional. UNIÃO AFRICANA. Décision sur l'apport de la réunion des Etats africains parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale. **Midrand**, 3 jul. 2009, §10^o.



e suas obrigações em virtude de outro acordo internacional, prevalecem as primeiras⁵¹. Esta configuração permite prever que os Estados Partes das Nações Unidas não poderiam invocar as obrigações resultantes de outro acordo internacional para não executar a obrigação de cooperar.⁵¹

É interessante notar, além disso, que Chaumette identifica, no âmbito de aplicação do artigo 98, inciso 1, uma hipótese que ainda não foi considerada: em caso de denúncia de uma situação pelo Conselho de Segurança, um Estado não parte do Estatuto de Roma, mas membro das Nações Unidas, que seja destinatário de um pedido de entrega de um chefe de Estado de outro Estado não Parte do Estatuto ao TPI poderia invocar o artigo 98 para se livrar de tal obrigação?⁵²

Em setembro de 2013, quando o presidente Al-Bashir manifestou sua vontade de participar de uma reunião da Assembleia Geral da ONU em Nova Iorque, a Seção de Instrução II do TPI solicitou aos Estados Unidos que o detivessem caso ele entrasse em seu território. Neste caso, apesar de a Seção ter entendido que o Conselho de Segurança, por meio de uma resolução adotada com fundamento no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, cria uma obrigação de cooperação com o TPI inclusive para os membros da ONU que não são Partes do Estatuto de Roma, o Tribunal não pode requerer a cooperação compulsória dos Estados que não sejam Partes de seu Estatuto, limitando-se, assim, a convidar os Estados Unidos a cooperarem. Contudo, esse país, evitando enfrentar a situação, preferiu negar o pedido de visto a Omar Al-Bashir.

Seja o Estado requerido membro ou não membro do TPI, entendemos que a

⁵¹ CHAUMETTE, Anne-Laure Vaur. Artigo 98: Cooperação Relativa à Renúncia, à Imunidade e ao Consentimento na Entrega. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; STEINER, Silvia (Orgs.). **O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 1477.

⁵² CHAUMETTE, Anne-Laure Vaur. Artigo 98: Cooperação Relativa à Renúncia, à Imunidade e ao Consentimento na Entrega. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; STEINER, Silvia (Orgs.). **O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 1477.



alínea *b* do artigo 13 do Estatuto de Roma não tem o condão de afastar as imunidades dos dirigentes dos Estados não membros.

Segundo tal disposição,

Art. 13. O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5º, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se:

(..)

b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; ou

c) O Procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no artigo 15.

A nosso ver, o que se pretende com tal artigo é que a jurisdição do Tribunal seja acionada tanto pelo Estado Parte quanto pelo Conselho de Segurança ou pelo próprio Procurador do Tribunal. Essa jurisdição, todavia, deve ser exercida em respeito às normas costumeiras do direito internacional.

Desde o início dos trabalhos para um Projeto de Estatuto para o Tribunal Penal Internacional, havia uma grande preocupação com o risco de se reduzir a credibilidade e a autoridade moral do tribunal, caso fosse permitido ao Conselho de Segurança o exercício de uma intervenção ilimitada.⁵³

No Comitê *ad hoc* de 1995, enquanto alguns membros eram a favor da concessão ao Conselho de Segurança de legitimidade para o envio de um caso ao TPI, evitando assim a necessidade de criação de tribunais *ad hoc* adicionais, outros se opunham a essa possibilidade, tendo em vista a natureza política do Conselho e o risco de subordinação da função jurisdicional do Tribunal à ação de um corpo

⁵³ CERDA, Ania Salinas. Artigos 13 a 16: Ativação da Jurisdição. Remessa por Estado Parte. Iniciativa do Procurador. Remessa pelo Conselho de Segurança da ONU. Suspensão da Investigação ou do Procedimento. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; STEINER, Silvia (Orgs.). **O Tribunal Penal Internacional**: Comentários ao Estatuto de Roma. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 285-326, p. 298.



político, o que reduziria a sua credibilidade e autoridade moral e comprometeria a sua independência, imparcialidade e autonomia.

Assim, a solução adotada em Roma foi conferir ao Conselho de Segurança a possibilidade de remeter situações a serem investigadas, sujeitando-as ao controle prévio de legalidade pelo TPI, antes que qualquer investigação seja iniciada.

Contudo, nem o Capítulo VII, nem o artigo 103 da Carta das Nações Unidas autorizam o Conselho de Segurança a estender a jurisdição do Tribunal Penal Internacional.⁵⁴ Com o estabelecimento dos tribunais penais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, o Conselho de Segurança deu uma nova dimensão para o exercício de seus poderes visando à manutenção da paz e da segurança internacionais, tornando-se um agente ativo no campo da denúncia de crimes internacionais. Nessa perspectiva, o Estatuto de Roma assume o posto do Conselho de Segurança, consolidando os progressos no campo do direito penal internacional, mas se consolida como um tribunal independente das Nações Unidas. A proposta de constituí-lo como um órgão subsidiário do Conselho foi analisada durante os trabalhos preparatórios, mas rejeitada ao final. A escolha foi estabelecer um tribunal que se relacionasse com as Nações Unidas, sem, contudo, fazer parte dela.

Segundo Condorelli e Villalpando, apesar de vários artigos do Estatuto de Roma disporem sobre a participação das Nações Unidas na atividade do Tribunal, “nenhum deles cria a possibilidade para o Conselho de Segurança de estender a jurisdição do Tribunal: ao contrário, todos tendem a confirmar que a ação desse órgão da ONU é submetida às regras estabelecidas no Estatuto” (tradução nossa).⁵⁵ Assim,

⁵⁴ CONDORELLI, Luigi; VILLALPANDO, Santiago. Can the Security Council Extend the ICC's Jurisdiction? In: CASSESE, Antonio (Org.). **The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 572.

⁵⁵ “None of them opens up the possibility for the Security Council to extend the Court's jurisdiction: on the contrary, they all tend to confirm that the action of this UN organ is submitted to the rules established by the Statute”. CONDORELLI, Luigi; VILLALPANDO, Santiago. Can the Security



dentre tais regras, incluir-se-ia o artigo 98 do Estatuto, que dispõe que o Tribunal não pode dar seguimento a um pedido de entrega que imponha ao Estado requerido atuar em desrespeito à imunidade diplomática da qual goze o agente de um Estado terceiro.

E concluem que

(...) Em termos de lógica jurídica, é evidente que o Conselho de Segurança não poderia ser autorizado a ignorar os limites jurisdicionais impostos pelo Estatuto do TPI. Notavelmente, a referência no artigo 13 (b) do Capítulo VII da Carta da ONU não pode ser interpretada como uma renúncia que prevê uma regulamentação: destina-se a "integrar" o exercício dos poderes do Conselho de Segurança para o pré-estabelecido e equilibrado sistema do TPI. Quando indica uma situação ao Tribunal, o Conselho de Segurança deve ser considerado limitado por aqueles elementos que constituem as características intrínsecas e essenciais do TPI conforme estabelecidas no Estatuto. Estender a jurisdição do Tribunal seria equivalente a desviar o poder que os Estados Partes outorgaram ao Conselho de Segurança a partir dos princípios e propósitos que determinaram o seu reconhecimento e a criação do Tribunal enquanto um tratado autônomo. (tradução nossa)⁵⁶

Entendemos, assim, que o afastamento das imunidades dos dirigentes dos Estados não membros em razão de uma denúncia por parte do Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII, retira do Estatuto de Roma o seu caráter convencional, transformando-o em mais um tribunal penal a serviço das

Council Extend the ICC's Jurisdiction? In: CASSESE, Antonio (Org.). **The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 573.

⁵⁶ "Moreover, in terms of legal logic, it is self-evident that the Security Council could not be allowed to ignore the jurisdictional limits imposed by the ICC Statute. Notably, the reference in Article 13(b) to Chapter VII of the UN Charter cannot be interpreted as a waiver to provide for a regulation: it is intended to 'integrate' the exercise of the Security Council's powers into the pre-established and balanced system of the ICC.11 When referring a situation to the Court, the Security Council is to be considered bound by those elements that constitute the intrinsic and essential features of the ICC as established in the Statute. The extension of the Court's jurisdiction would be equivalent to diverting the power that the States Parties bestowed on the Security Council from the principles and the purposes that determined its recognition and the establishment of the Court under an autonomous treaty". CONDORELLI, Luigi; VILLALPANDO, Santiago. Can the Security Council Extend the ICC's Jurisdiction? In: CASSESE, Antonio (Org.). **The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 575.



resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Estas resoluções, obviamente, em razão da prerrogativa do veto, nunca determinariam a prisão do chefe de Estado de um dos membros permanentes do Conselho de Segurança que não são Partes do Estatuto de Roma, como é o caso dos Estados Unidos, da Rússia e da China, nem daqueles chefes de Estado de países intimamente ligados aos membros permanentes, tais como Israel e Síria, que também não ratificaram o tratado. Essa diversidade de tratamento reposicionaria o Tribunal Penal Internacional ao lado dos tribunais penais *ad hoc*, fazendo-o ser regido por uma lógica da qual a comunidade internacional pretendia se afastar ao decidir pela sua criação por meio de tratado, e não por meio de resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas.⁵⁷

Nada impede, contudo, que, pretendendo agir em nome da paz e da segurança internacionais e não encontrando possibilidades para promover a persecução penal de um dirigente em exercício, que, por não ser chefe de um dos Estados Partes do Estatuto de Roma, deva ter suas imunidades respeitadas, o Conselho de Segurança institua um novo tribunal penal *ad hoc* especial para o julgamento da questão. Agindo dessa forma, o Conselho poderia, de certa forma, respaldar-se nos poderes que lhe foram outorgados pela Carta das Nações Unidas sem, contudo, intervir na neutralidade de um tribunal criado pela via convencional.

5 CONCLUSÃO

Ao cuidar do tema das imunidades dos agentes estatais perante as jurisdições internas, constatamos certa dificuldade no processo de relativização. Nos casos relacionados aos agentes em exercício, concluímos que as imunidades deveriam ser mantidas, tendo em vista a função precípua de garantir a não perturbação do exercício

⁵⁷ A favor desta posição, ver KIYANI, Asad. Al-Bashir & the ICC: The Problem of Head of State Immunity. *Chinese Journal of International Law*, Oxford, v. 12, n. 3, p. 467-508, 2013.



das funções diplomáticas no território do Estado do foro. Em se tratando de ex-agentes, não se pode constatar uma prática estatal reiterada, que fundamente a ideia de que um ex-agente poderia ser punido pela prática de crimes internacionais durante a constância de seu mandato. Conforme nosso estudo, todo o raciocínio que fundamentou a sentença do caso *Pinochet* foi estritamente baseado na Convenção contra a Tortura, fazendo com que seja difícil estender as conclusões de caso para outros crimes de direito internacional. Diante disso, por ausência de prática estatal reiterada que consolide tal exceção, vinculamo-nos à defesa da manutenção das imunidades para os casos não enquadrados no marco dessa convenção.

No que concerne os limites das imunidades dos agentes estatais perante os tribunais internacionais *ad hoc*, entendemos que, por eles terem sido criados em nome de uma espécie de ordem pública do direito das gentes, o status oficial de uma pessoa não poderia obstaculizar o julgamento em tais jurisdições. Nesta oportunidade, apontamos a diferença existente entre a irrelevância da qualidade oficial do acusado e a exceção da imunidade do agente, ressaltando que, enquanto a primeira é concernente ao mérito da questão, a segunda é uma questão preliminar. O Estatuto de Roma foi o único que distinguiu essas duas exceções. A nosso ver, tal possibilidade decorre do fato de que, sendo ele um tratado, e não um estatuto imposto pelo Conselho de Segurança, a arguição já em sede preliminar das imunidades dos agentes de um Estado terceiro livraria o representante estatal de um julgamento de mérito que poderia perturbar o exercício de suas funções.

Diante do Tribunal Penal Internacional, apresentamos nossas críticas ao afastamento das imunidades dos Chefes de Estados não membros do Estatuto de Roma. Em nosso entender, agindo dessa forma, os Estados membros estariam cometendo um ato internacionalmente ilícito, em desrespeito à norma costumeira garantidora da imunidade dos dirigentes em exercício. Assim, existiria uma diferença entre a cooperação dos Estados para com o Tribunal Penal Internacional, criado por



meio de um tratado, e para com os tribunais internacionais penais *ad hoc*, constituídos por meio de resolução do Conselho de Segurança. No caso dos tribunais *ad hoc*, as imunidades poderiam ser afastadas em virtude do artigo 103 da Carta da ONU, que dispõe que as obrigações nela contidas prevalecem sobre qualquer outra obrigação concernente a um Estado. Consequentemente, no caso do Tribunal Penal Internacional, o raciocínio deveria se pautar pelo texto de seu Estatuto, que é um tratado internacional.

Por fim, o fato de o caso ter sido remetido à análise pelo Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta da ONU, em nada afetaria a necessidade de respeito às imunidades dos representantes dos Estados não membros. A nosso ver, o afastamento das imunidades dos dirigentes dos Estados não membros em razão de uma denúncia por parte do Conselho de Segurança retira do Estatuto de Roma o seu caráter convencional, transformando-o em mais um tribunal penal a serviço das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que é regido por uma lógica da qual a comunidade internacional pretendia se afastar ao decidir pela sua criação por meio de tratado.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELLAL, Annyssa. *Immunités et violations graves des droits humains: vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international?* Bruxelles: Bruylant, 2011.

BORGHI, Alvaro. *L'immunité des dirigeants politiques en droit international.* Bruxelles: Bruylant, 2003.

E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH - Belo Horizonte.

Volume IX, número 2, dezembro de 2016 - ISSN: 1984-2716 - ecivitas@unibh.br

Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/index>



CASSESE, Antonio, DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Tradução de Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004.

CERDA, Ania Salinas. Artigos 13 a 16: Ativação da Jurisdição. Remessa por Estado Parte. Iniciativa do Procurador. Remessa pelo Conselho de Segurança da ONU. Suspensão da Investigação ou do Procedimento. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; STEINER, Silvia (Orgs.). O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 285-326.

CHAUMETTE, Anne-Laure Vauris. Artigo 98: Cooperação Relativa à Renúncia, à Imunidade e ao Consentimento na Entrega. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; STEINER, Silvia (Orgs.). O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 1.463-1.486.

CONDORELLI, Luigi; VILLALPANDO, Santiago. Can the Security Council Extend the ICC's Jurisdiction? In: CASSESE, Antonio. The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 571-582.

COSNARD, Michel. Quelques observations sur les décisions de la chambre des Lords du 25 Novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet. Revue générale de droit international public, Paris, v. 103, n. 2, p. 309-328, 1999.

DAMGAARD, Ciara. Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes: Selected Pertinent Issues. Berlin: Springer, 2008.

DEEN-RACSMANY, Zsuzsanna. Prosecutor v. Taylor: The Status of the Special Court for Sierra Leone and Its Implications for Immunity. Leiden Journal of

E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH - Belo Horizonte.

Volume IX, número 2, dezembro de 2016 - ISSN: 1984-2716 - ecivitas@unibh.br

Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/index>



International Law, Leiden, v. 18, n. 2, p. 299-322, 2005.

FRULLI, Micaela. O direito internacional e os obstáculos à implantação de responsabilidade penal para crimes internacionais. In: CASSESE, Antônio; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Tradução de Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004, p. 269-328.

GAETA, Paola. Official capacity and immunities. In CASSESE, Antonio. The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 975-1002.

GAETA, Paola. Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest? Journal of International Criminal Justice, Oxford, v. 7, n. 2, p. 315-332, 2009.

HENZELIN, Marc. Le principe de l'universalité en droit pénal international: droits et obligations pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité. Bruxelles: Bruylant, 2000.

KIYANI, Asad. Al-Bashir & the ICC: The Problem of Head of State Immunity. Chinese Journal of International Law, Oxford, v. 12, n. 3, p. 467-508, 2013.

MALULEQUE, Milton. Presidente sudanês Al-Bashir ignora ordem de prisão. Deutsche Welle, Berlim, 15 jun. 2015. Disponível em: <http://www.dw.de/presidente-sudanês-al-bashir-ignora-ordem-de-detenção/a-18519125>. Acesso em 1 nov. 2015.

PEYRO LLOPIS, Ana. La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité. Bruxelles: Bruylant, 2003.



REZEK, Francisco. A Justiça no Brasil frente aos Direitos Humanos: Universalidade e Ambiguidades. Revista do TST, Brasília, v. 75, n. 1, p. 74-81, jan./mar. 2009.

SCHABAS, Willian. The U.N. International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

SILVEIRA, Rubens Curado. A Imunidade de Jurisdição dos Organismos Internacionais e os Direitos Humanos. São Paulo: LTr, 2007.

STERN, Brigitte, Immunities of Head of States. Where do we stand? In: LATTIMER, Mark.; SANDS, Philippe Joseph (Orgs.). Justice for Crimes Against Humanity. Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 73.

THOUVENIN, Jean- Marc. Artigo 27: Irrelevância da Qualidade Oficial. In BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; STEINER, Silvia (Orgs.). O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 521-536.

VATTEL, Emmerich de. Direito das Gentes. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2008.

VERHOEVEN, Joe (Org.) Le droit international des immunités: contestation ou consolidation? Bruxelles: Larcier, 2004.