

O pedido de cooperação do tribunal penal internacional ao Brasil na captura do presidente do Sudão

The request for cooperation on the capture of the president of Sudan submitted to Brazil by the international criminal court

João Irineu de Resende Miranda*

Resumo: Este artigo tem como tema a relação de cooperação entre o Tribunal Penal Internacional e o Brasil. Partindo das questões levantadas pelo despacho referente à Petição 4625-1, redigido pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, seu objetivo é saber se as dificuldades em harmonizar certas disposições do Estatuto do Tribunal Penal Internacional com a Constituição brasileira podem impedir o Brasil de cooperar com o Tribunal Penal Internacional no tocante à detenção e posterior entrega do presidente do Sudão, Omar al-Bashir. Analisando o fundamento jurídico do pedido de cooperação e os pontos de conflito apontados pela doutrina, conclui-se que não há obstáculo para o atendimento do pedido de cooperação, sendo este, pelo contrário, uma obrigação jurídica do Estado brasileiro.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional. Cooperação Internacional. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This work discusses the cooperation relationship between the International Criminal Court and Brazil. From the issues raised by the order on the Petition 4625-1, as written by the President of the Supreme Court, its goal is to establish whether or not the difficulties in harmonizing certain provisions of the Statute of the International Criminal Court with the Brazilian Constitution may prevent the latter to cooperate with the International Criminal Court in relation to the arrest and surrender of the President of Sudan, Omar al-Bashir. Analyzing the legal basis of the request for cooperation and the conflict points highlighted by the doctrine, our research concludes that there is no obstacle to comply with the request for cooperation, which is actually a legal obligation of the Brazilian state.

Keywords: International criminal court. International cooperation. Supreme court.

Recebido em: 14/11/2009. Aceito em: 01/09/2010.

* Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Adjunto da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional Penal da UEPG. Ponta Grossa, Paraná, Brasil. Email: joaoirineu@uepg.br

1 Introdução

Em 17 de julho de 2009, o presidente em exercício do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello, expediu despacho referente à Petição 4625-1, na qual o Tribunal Penal Internacional envia ao Brasil pedido de detenção e subsequente entrega de Omar Hassan Ahmad al-Bashir, atual presidente do Sudão. Nesse despacho o ilustre magistrado suscita importantes questões acerca do cumprimento ou não do requerimento pelo Brasil, solicitando a manifestação da Procuradoria Geral da República a esse respeito (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009, p. 2).

O despacho considera a exequibilidade do pedido de cooperação enviado pelo Tribunal Penal Internacional em face das controvérsias jurídicas em torno da compatibilidade entre determinados artigos do Estatuto de Roma, o tratado que cria e regulamenta o Tribunal Penal Internacional, e a Constituição do Brasil. Dentre as controvérsias destaca-se a irrelevância da imunidade de Omar al Bashir perante o Tribunal Penal Internacional, frente ao costume do Brasil em se respeitar a imunidade de Chefes de Estado e a ausência, por parte do Estatuto de Roma, de certas garantias presentes no artigo 5º da Constituição Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, p. 3 e 7).

Adotando como premissas os questionamentos citados pelo despacho do presidente em exercício do Supremo Tribunal Federal, pretende-se, no presente artigo, analisar o fundamento jurídico do pedido de cooperação enviado pelo Tribunal ao Brasil, para descobrir se as discutidas incompatibilidades entre o Estatuto de Roma e a Constituição, e a imunidade de Omar al Bashir como chefe de Estado podem, ou não, constituir fundamento para a recusa, por parte do Brasil, ao pedido de cooperação enviado pelo Tribunal Penal Internacional. Considerando que o Estado brasileiro está inserido em uma comunidade internacional regulada por um conjunto de normas jurídicas de aplicação geral, será utilizado o método dedutivo, buscando aplicar essas normas ao caso concreto em questão, recorrendo à pesquisa a fontes bibliográficas e jurisprudenciais.

2 A situação em Darfur, Sudão

A análise do fundamento jurídico do pedido de cooperação do Tribunal Penal Internacional ao Brasil exige um rápido relato acerca da situação determinante do processo penal internacional em favor do qual se pede a cooperação brasileira. Desde sua independência, em 1956, o Sudão sofre com uma guerra civil entre seus vários grupos étnicos. Após a relativa pacificação do conflito entre o norte e o sul do país, em 2003, o embate direcionou-se para a região de Darfur, no leste do país, na qual o governo árabe estabelecido voltou-se contra as etnias Fur, Masalit e Zagawa, em sua maioria animistas¹, atacando a população civil através de milícias paramilitares conhecidas como Janjaweed, comprovadamente apoiadas pelo exército sudanês (SMITH, 2007, p. 96 e 97). Desde o início do conflito mais de dois milhões e meio de pessoas já foram expulsas de suas casas e internadas em campos, submetidas a assassinatos e estupros coletivos, além de padecer de fome e doenças (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2007).

Em 31 de março de 2005, o Conselho de Segurança da ONU – Organização das Nações Unidas - adotou a Resolução nº 1593, a qual denuncia ao procurador do Tribunal Penal Internacional a situação em Darfur. O procurador recebeu para análise a documentação reunida por uma comissão da ONU encarregada previamente de investigar os fatos, iniciando formalmente as investigações em 06 de junho de 2005. Em 27 de abril de 2007, o Tribunal emitiu mandados de prisão contra Ahmad Muhammad Harun e Ali Mohammed Kushayb, líderes políticos ligados ao governo do Sudão, acusados de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, somando 51 condutas criminosas que incluem homicídio, extermínio, estupro, tortura, pilhagem de aldeias, transferência forçada de civis e destruição de propriedade privada (WANTED FOR WAR CRIMES, 2008).

Desde então, a conduta do governo sudanês tem sido pautada pela não-cooperação e pelo apoio aos criminosos. O Decreto

¹ Religiões tradicionais inerentes a sociedades autóctones de certas regiões da Ásia, da África, e das Américas, que veneram as forças da natureza.

Presidencial n. 114/06 trouxe uma anistia geral sem especificar quais os crimes em que tal benesse é aplicada, como forma de garantir a impunidade dos perpetradores das atrocidades. Nesse sentido, o Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU afirmou, em julho de 2006, o seguinte: “As estruturas sudanesas especialmente criadas para tratar dos crimes em Darfur, como as Cortes Penais Especiais, têm continuamente falhado em realizar a justiça e processar os comandantes de alto escalão responsáveis pelas ofensas aos direitos humanos”. (tradução do autor).² Em 05 de dezembro de 2007, o procurador do Tribunal Penal Internacional, Luis Moreno Ocampo, relatou que o governo do Sudão negava-se a cumprir os mandados de prisão expedidos em 27 de abril de 2007, inclusive mantendo um dos acusados cujo mandado de prisão foi expedido, Ahmad Muhammad Harun, como Ministro dos Assuntos Humanitários. Desafiava, assim, o Tribunal, o Conselho de Segurança e a comunidade internacional (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2007), enquanto os massacres avançavam ao ritmo de dez mil mortos ao mês, sem a adoção de medidas mais efetivas para enfrentar o grave incidente humanitário que ali ocorria (UDOMBANA, 2005, p. 1149).

Em 05 de junho de 2008, o procurador relatou que o Sudão recusava-se a cumprir os termos da Resolução nº. 1593 e que as provas demonstravam que todo o aparato estatal encontrava-se envolvido no cometimento dos crimes. O Conselho de Segurança, presidido pelos Estados Unidos, redigiu a Declaração Presidencial nº. 21, na qual conclamou as partes envolvidas no conflito em Darfur a cooperar com o Tribunal Penal Internacional (BURNIAT, 2008, p. 1 e 10). Em 14 de julho de 2008, o procurador solicitou à Câmara de Pré-Julgamento I do Tribunal Penal Internacional que emitisse um mandado de prisão para Omar Hassan Ahmad al-Bashir, presidente do Sudão, por crimes de guerra, crimes contra a humanidade e pelo crime de genocídio, por ter planejado e executado um plano com o objetivo de destruir parte substancial das etnias Fur, Masalit e Zagawa (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2008).

Em seu relatório de 03 de dezembro de 2008, o procurador demonstrou, por meio de fatos, que o presidente Bashir mentia ao afirmar seus esforços pela paz e reconciliação com os rebeldes, e ainda que seu governo ignorava a Declaração Presidencial do Conselho de Segurança nº 21 (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT – THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, 2008, p. 7). Em posterior comunicado à imprensa, o procurador enfatizou a necessidade de o Conselho de Segurança da ONU responsabilizar internacionalmente o Sudão por suas atitudes e conclamou a comunidade internacional a colaborar não fornecendo apoio político ou financeiro a Omar al Bashir e aos indivíduos com prisão decretada, congelando suas contas correntes no exterior (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT – OTP PRESS RELEASE, 2008). Luis Moreno Ocampo encerra esse relatório para o Conselho de Segurança da ONU fazendo a seguinte observação àquele órgão:

Vocês solicitaram intervenção judicial. Eu investiguei aqueles que possuem maior responsabilidade. Todos os mandados de prisão e todos os pedidos de execução dos mandados de prisão foram tornados públicos. Não há outros. Ahmad Harun e Ali Kushayb devem ser entregues à Corte. Todas as partes envolvidas no conflito devem respeitar à Lei. A decisão de um pedido de emissão de um mandado de prisão contra o Presidente Al-Bashir está agora nas mãos dos juízes. O Conselho deve estar preparado. Se os juízes decidirem emitir um mandado de prisão contra o Presidente Al-Bashir, existirá a necessidade de uma ação unida e consistente para garantir sua execução. O Presidente Al-Bashir insistirá em negar seus crimes e oferecerá algumas palavras. O Presidente Al-Bashir insistirá em conseguir sua proteção. A comunidade internacional não pode ser complacente com os crimes. As ações criminosas do Presidente Al-Bashir não podem ser ignoradas. Declarações de cessar-fogo seguidas por bombardeios, negativas de estupros em massa ou promessas de justiça concomitantes com a tortura de testemunhas não devem ser apoiadas. A comunidade internacional não pode ser parte de qualquer

² “Sudanese structures specifically set up to deal with crimes in Darfur, such as the Special Criminal Courts, have continually failed to deliver justice and to prosecute high-level commanders responsible for human rights offenses” (STOMPOR, 2007, p.12).

acobertamento de genocídio ou crimes contra a humanidade. (tradução do autor)³

Em 04 de março de 2009, a Primeira Câmara de Pré-Julgamento do Tribunal Penal Internacional expediu mandado de prisão contra Omar Hassan Ahmad al Bashir, considerando que existem fundamentos relevantes para se acreditar que o presidente do Sudão é criminalmente responsável por apoiar e incentivar a prática de crimes de guerra (ordenar ataques intencionais à população civil e pilhagem de aldeias) e crimes contra a humanidade (assassinatos, imposição a populações de condições críticas de sobrevivência, transferência forçada de populações, tortura e estupro) (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2008). Como resposta, Omar al Bashir, em repetidos discursos, desafiou a comunidade internacional a cumprir os mandados de prisão, expulsou as principais organizações internacionais que prestavam ajuda humanitária às vítimas do conflito, bem como mandou prender e torturar líderes de organizações de ajuda humanitária sudanesas por supostamente colaborarem com o Tribunal Penal Internacional.

3 A obrigação de cooperar do Brasil

Comum às várias correntes de pensamento relativas à natureza do Direito Internacional, o fundamento da existência de obrigações assumidas no plano externo entre sujeitos de Direito Internacional fundamenta-se no próprio princípio

do “*pacta sunt servanda*” (DIHN, 2003, p. 776). Independentemente de como se caracteriza a ordem internacional, é consenso que Estados e organizações internacionais têm o dever de cumprir as obrigações que mutuamente assumem entre si – especialmente através de tratados – podendo ser responsabilizados internacionalmente pela não observância do dever previamente assumido. Quando o Tribunal Penal Internacional envia um pedido de cooperação ao Brasil, em verdade se está demandando o cumprimento de um dever previamente assumido por nosso Estado frente ao Tribunal, nos termos de uma obrigação internacional resultante da ratificação do Estatuto de Roma, através do Decreto n. 4388/02.

Para o Tribunal Penal Internacional a cooperação dos Estados é fundamental para a efetividade do procedimento judicial. Tribunais internacionais não possuem forças de segurança próprias, portanto são as autoridades estatais ou os representantes de organizações internacionais que irão executar seus mandados e requerimentos, sendo, assim, cruciais para realizar prisões, colher provas e obter testemunhos (CASSESE, 1999, p. 164). Sobre a obrigação de cooperar, Muriel Ubéda afirma que

A obrigação de cooperar com as jurisdições penais internacionais é uma necessidade, seu respeito condiciona a eficácia delas, por conseguinte a sua razão de ser e, enfim, sua viabilidade. No entanto, ela traduz aspirações a uma justiça penal internacional que deve ser conciliada com as realidades da sociedade internacional, composta, sobretudo, por Estados soberanos preocupados em presumir sua independência. À imagem do direito internacional, a obrigação de cooperar não é homogênea: seus elementos constitutivos variam em função da jurisdição, do aspecto da cooperação e do destinatário da obrigação levada em conta (tradução do autor).⁴

³ “You requested judicial intervention. I investigate those bearing the greater responsibility. All arrest warrants, and all the requests for arrest warrants, have been made public. There are no others. Ahmad Harun and Ali Kushayb must be surrendered to the Court. All parties to the conflict must respect the law. The decision on the request for an arrest warrant against President Al Bashir is now in the hands of the Judges. The Council must be prepared. If the judges decide to issue an arrest warrant against President Al Bashir, there will be a need for united and consistent action to ensure its execution. President Al Bashir will insist to deny his crimes and will offer a few words. President Al Bashir will insist to get your protection. The International community cannot conceal the crimes. President Al Bashir criminal actions should not be ignored, statements of ceasefire followed by bombings, denial of massive rapes or promises of justice while torturing the witnesses should not be supported. The international community cannot be part of any cover up of genocide or crimes against humanity” (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT - THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, 2008, p. 8).

⁴ “L’obligation de coopérer avec les juridictions pénales internationales est une nécessité son respect conditionne leur efficacité donc leur raison d’être et, à terme, leur viabilité. Néanmoins, elle traduit des aspirations à une justice pénale internationale qui doivent être conciliées avec les réalités de la société internationale, composée avant tout d’États souverains soucieux de présumer leur indépendance. À l’image du droit international, l’obligation de coopérer n’est donc pas homogène: ses éléments constitutifs varient en fonction de la juridiction, de l’aspect de la coopération et du destinataire de l’obligation pris en compte” (UBÉDA, 2000, p. 951).

O Capítulo IX do Estatuto de Roma estabeleceu a cooperação internacional entre o Tribunal e os Estados sob três aspectos: cooperação legislativa, cooperação administrativa judicial e cooperação executória. A cooperação legislativa diz respeito à relação vertical entre o Tribunal e o Estado Parte, à obrigação deste em prever em sua ordem jurídica norma que regulamente as formas de cooperação previstas no Estatuto de Roma (HIZUME, 2007, p. 188). O artigo 88 afirma expressamente que os Estados Partes deverão assegurar-se de que o seu direito interno preveja procedimentos que permitam responder às formas de cooperação especificadas no Capítulo IX do Estatuto.⁵ A cooperação administrativa judicial diz respeito à relação entre o Tribunal e o Estado Parte no interesse de uma investigação ou do andamento de um processo, incluindo a entrega de pessoas ao Tribunal, a prisão preventiva de um indivíduo ou a realização de outras formas de cooperação. Finalmente, a cooperação executória refere-se ao cumprimento das penas impostas pelo Tribunal nos Estados que aceitaram receber os indivíduos condenados, chamados de Estados de detenção (OOSTERVELD; PERRY; McMANUS, 2002, p. 768).

Assim, conforme disposto no Capítulo IX do Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional dirigiu aos seus Estados Partes pedido de cooperação no sentido de se executar o mandado de detenção supracitado, caso Omar al-Bashir venha a adentrar em seus territórios. É nesse contexto que o pedido foi dirigido ao Brasil e que se insere a obrigação internacional do Estado brasileiro em cooperar com o Tribunal Penal Internacional. O artigo 86 dispõe que o Estado Parte tem a obrigação de cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e nos procedimentos contra crimes de competência do Tribunal, desdobrando-se essa obrigação geral em várias obrigações específicas que se desenvolvem nos artigos subsequentes e nas Regras de Procedimento e Prova do Tribunal (UBÉDA, 2000, p. 953).

Entre as obrigações presentes no Capítulo IX e abarcadas pelo dever geral de cooperar do artigo 86⁶ encontra-se a obrigação do Estado Parte do Estatuto de Roma de prender e entregar para o Tribunal Penal Internacional o indivíduo contra o qual exista um mandado de prisão. Para o funcionamento do Tribunal Penal Internacional é preciso que os indivíduos acusados de praticarem os crimes sob sua competência efetivamente se apresentem para o julgamento, visto que o Tribunal não julga à revelia. Diante disso, é necessário um procedimento que assegure a detenção e aprisionamento do acusado, o que só ocorrerá se o Estado Parte em cujo território o indivíduo se encontre cumprir a ordem de detenção expedida pelo Tribunal, entregando-o para julgamento. Para evitar os vários obstáculos inerentes ao tradicional instituto da extradição, o artigo 102 do Estatuto de Roma diferencia a extradição, ou seja, “a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno”, da “entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto”. Embora exista controvérsia doutrinária no tocante à distinção entre os institutos (RODAS, 2000, p. 33), entende-se, neste texto, que extradição e entrega não se confundem, porque a extradição pressupõe a reciprocidade inerente às relações entre Estados, enquanto a entrega corresponde à concretização de um Tratado assinado entre um Estado e uma organização internacional (MIRANDA, 2000, p. 26). Assim, a adoção do instituto da entrega se deve a dois argumentos: o princípio da complementaridade permite aos Estados perseguir seus nacionais sem entregá-los ao Tribunal; não seria necessário enfrentar os vários obstáculos presentes no procedimento da extradição (KREB, 2000, p. 137 e 138).

O artigo 91 (2), “c”, do Estatuto de Roma, dispõe que o Estado pode criar um procedimento em separado para a entrega de indivíduos ao Tribunal Penal Internacional ou adaptar o

⁵ No Brasil, o Projeto de Lei nº. 4038/2008, em tramitação no Congresso Nacional, traz elementos importantes para garantir a cooperação entre o Brasil e o Tribunal Penal Internacional. Não obstante, o fato de ainda não existir uma lei específica não impede o Estado brasileiro de realizar atos de cooperação com o Tribunal.

⁶ Decreto n. 4388/02 (Estatuto de Roma), Artigo 86. Obrigação Geral de Cooperar. Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste.

procedimento de extradição existente⁷. O artigo 89 adverte, entretanto, que o procedimento de entrega não pode ser mais restritivo que o procedimento de extradição. A Regra 184 das Regras de Procedimento e Prova determina o dever do Estado de informar imediatamente o Secretário do Tribunal Penal Internacional no caso de o indiciado estar pronto para a entrega (OOSTERVELD; PERRY; McMANUS, 2002, p. 772). Embora o Estado Parte deva responder “sem demora” ao pedido de cooperação que receber do Tribunal, o pedido de entrega será transmitido pela via tradicional diplomática e os Estados são livres para determinar o procedimento e quais órgãos ficarão responsáveis pela cooperação (BUCHET, 2000, p. 974 e 975).

É necessário ressaltar, contudo, que no exercício de um procedimento relativo à entrega como ato de cooperação com o Tribunal Penal Internacional, a certeza e a segurança jurídica em torno da imputabilidade e da culpabilidade do indivíduo objeto do mandado de prisão é maior do que a existente nos procedimentos de extradição tradicionais. Como visto anteriormente, é fato público e notório o cometimento de crimes de larga escala no Sudão e a vinculação de Omar al-Bashir a eles. O procedimento criminal pelo qual sua prisão é requerida caracteriza-se pelos mais altos padrões internacionais de respeito ao devido processo legal, pela publicidade e pela transparência de seus atos. Os valores fundamentais do Estatuto de Roma são compartilhados pela República Federativa do Brasil e uma juíza brasileira assina o mandado de prisão. É descabida, portanto, qualquer expressão de estranheza ao pedido, bem como qualquer insinuação de arbítrio em relação ao procedimento do Tribunal Penal Internacional.

O artigo 87, em seu parágrafo sétimo, dispõe que a recusa ao pedido de cooperação será relatada à Assembleia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando o pedido

de cooperação for relativo a um caso cuja origem se encontra em uma referência do Conselho ao Tribunal⁸. Tal medida, à primeira vista, se apresenta como inócua, pois o artigo 112, (2), alínea “f” do Estatuto, que concede competência à Assembleia dos Estados Partes para apreciar a não-cooperação de um Estado a um pedido do Tribunal, não prevê a aplicação de qualquer sanção ao Estado não cooperante⁹.

Valerie Oosterveld, Mike Perry e John McManus observam, todavia, que é necessário diferenciar um pedido de cooperação cuja base é uma investigação determinada pelo Conselho de Segurança da ONU – como é o presente pedido – daquele fundamentado em uma investigação originada na denúncia de um Estado Parte ou de iniciativa do Promotor. O Conselho de Segurança da ONU tem seus poderes baseados no artigo 39¹⁰ da Carta da ONU, e o artigo 25 desse documento dispõe que todos os membros devem aceitar e executar suas decisões¹¹. O artigo 49, por sua vez, determina que todos os membros da ONU cooperem com o Conselho de Segurança¹². Assim, as investigações nascidas da referência de uma situação pelo Conselho de

⁸ Decreto n. 4388/02 (Estatuto de Roma), Artigo 87. Pedidos de cooperação: disposições gerais [...] 7. Se, contrariamente ao disposto no presente Estatuto, um Estado Parte recusar um pedido de cooperação formulado pelo Tribunal, impedindo-o assim de exercer os seus poderes e funções nos termos do presente Estatuto, o Tribunal poderá elaborar um relatório e remeter a questão à Assembleia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a submeter o fato ao Tribunal.

⁹ Decreto n. 4388/02 (Estatuto de Roma), Artigo 112. Assembleia dos Estados Partes [...] 2. A Assembleia [...] f) Examinará, em harmonia com os parágrafos 5 e 7 do artigo 87, qualquer questão relativa à não cooperação dos Estados;

¹⁰ Decreto-Lei n. 7935/1945 (Carta das Nações Unidas), Artigo 39. O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e segurança internacional.

¹¹ Decreto-Lei n. 7935/1945 (Carta das Nações Unidas), Artigo 25. Os membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.

¹² Decreto-Lei n. 7935/1945 (Carta das Nações Unidas), Artigo 49. Os membros das Nações Unidas prestar-se-ão assistência mútua para a execução das medidas determinadas pelo Conselho de Segurança.

⁷ Decreto n. 4388/02 (Estatuto de Roma), Artigo 91. Conteúdo do pedido de detenção e de entrega [...] 2. [...] c) Os documentos, declarações e informações necessários para satisfazer os requisitos do processo de entrega pelo Estado requerido; contudo, tais requisitos não deverão ser mais rigorosos dos que os que devem ser observados em caso de um pedido de extradição em conformidade com tratados ou convênios celebrados entre o Estado requerido e outros Estados, devendo, se possível, ser menos rigorosos face à natureza específica de que se reveste o Tribunal.

Segurança, de acordo com os autores, podem originar requisições de cooperação obrigatórias a qualquer membro da ONU e não apenas aos Estados Partes do Tribunal Penal Internacional (OOSTERVELD; PERRY; McMANUS, 2002, p. 789). Além disso, sendo o pedido de cooperação resultado de uma resolução prévia do Conselho de Segurança da ONU, este poderá considerar o descumprimento do pedido como um descumprimento da própria resolução e adotar medidas sancionatórias contra o Estado que não o cumpriu, nos termos do Capítulo VII da Carta da ONU.

3.1 A Questão das imunidades

Para o Tribunal Penal Internacional a questão das imunidades e do foro privilegiado é central, visto que na imensa maioria dos casos os crimes sob sua competência são cometidos por funcionários do Estado, ao agirem de acordo com ordens de pessoas que se encontram protegidas por imunidades em razão do exercício do cargo que ocupam ou da função que desempenham; ou, ainda, que gozam do direito de um foro especial para o julgamento de seus crimes, o que geralmente garante a impunidade (SOARES, 2000, p. 57). Sendo assim, não causa nenhuma espécie o fato de o Tribunal ter emitido um mandado de prisão contra um chefe de Estado e requerer a cooperação internacional para efetivá-lo. O Brasil, não obstante, tradicionalmente respeita a imunidade dos chefes de Estado. No presente tópico pretende-se afirmar que não existe conflito entre o uso geral do Estado brasileiro e o acatamento do presente pedido de cooperação do Tribunal.

Em primeiro lugar, é preciso que se analise qual a norma que contemplaria Omar al Bashir com a imunidade de um chefe de Estado. A Constituição prevê para o presidente da República foros privilegiados: o Senado Federal para os crimes de responsabilidade, juntamente com o vice-presidente, os ministros de Estado, os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos termos do artigo 52,

I da Constituição¹³, e o Supremo Tribunal Federal para crimes comuns, privilégio extensível a todos os cargos citados acima, conforme o art. 102, I da Constituição¹⁴. Os deputados e senadores, por sua vez, possuem imunidade nos termos do artigo 53 da Constituição¹⁵. Torna-se claro, contudo, que em relação ao pedido de cooperação do Tribunal quanto à prisão de Omar al Bashir não cabe a invocação da Constituição Federal, visto que sua imunidade não se encontra contemplada pelo âmbito de incidência das normas de nossa Magna Carta. A questão da imunidade de Omar al Bashir deverá ser analisada sob o ponto de vista do Direito Internacional, o qual,

¹³ Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros e o Procurador Geral da República. (BRASIL. **Constituição...**, 2008)

¹⁵ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

Parágrafo 1º. Os deputados e senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo 2º. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria dos seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

Parágrafo 4º. O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de 45 dias de seu recebimento pela Mesa Diretora.

Parágrafo 5º. A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

Parágrafo 6º. Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

Parágrafo 7º. A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

Parágrafo 8º. As imunidades de Deputados e Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida. (BRASIL. **Constituição...**, 2008).

aliás, é o plano em que o pedido de cooperação se apresenta.

Para o Direito Internacional existem duas categorias de imunidades: as imunidades funcionais, “*ratione materiae*”, extensíveis a qualquer indivíduo enquanto órgão do Estado, no exercício de funções públicas, cobrindo exclusivamente os atos realizados no exercício dessas funções públicas, que, por serem atos de Estado, estendem a imunidade do indivíduo para além do exercício da função; e as imunidades pessoais ou diplomáticas, “*ratione personae*”, concedidas aos agentes diplomáticos para garantir o livre exercício de suas funções, que cobrem outras áreas de atividade além daquelas do serviço, tornando o embaixador, por exemplo, imune à jurisdição civil no Estado que o recebeu. Além desse aspecto, o que diferencia as imunidades funcionais das imunidades pessoais é que estas não perduram após o fim do exercício da função (FRULLI, 2004, p. 270). As imunidades funcionais encontram-se reconhecidas por norma costumeira (inclusive em relação ao costume de se conceder imunidade diplomática ao chefe de Estado ou de governo em visita a outro Estado), enquanto as imunidades pessoais são provenientes da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Desta feita, Omar al Bashir também não teria sua imunidade derivada de tratado ratificado pelo Brasil e, sim, de uma regra costumeira internacional.

Analisando o costume enquanto fonte do Direito Internacional, a partir da atual conjuntura da ordem internacional, Alberto do Amaral Júnior afirma: “[...] cada vez mais o costume é a expressão do direito internacional geral, reservando-se às convenções o papel de ‘direito particular’, que esclarece o conteúdo das normas gerais e afasta a aplicação de tais regras quando circunstâncias oficiais assim o recomendarem.” (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 119). Juntamente com o Costume, os tratados são fontes do Direito Internacional, e visam, muitas vezes, a codificar as normas costumeiras pré-existentes. Outras vezes, contudo, os tratados acabam por modificar o costume internacional e, quando o fazem, preponderam em relação ao costume modificado, não podendo este ser alegado como escusa para o descumprimento daquele (PIOVESAN, 2000, p. 66).

É verdade que o Brasil reconhece a imunidade de chefes de Estado estrangeiros, especial-

mente em visita, no entanto esse é um costume geral, que se refere ao direito de representação dos Estados. Tal costume, todavia, pressupõe a regularidade da situação jurídica desses chefes de Estado. No caso específico em que exista a atuação da jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional em relação a um chefe de Estado, vinculada a uma Resolução do Conselho de Segurança da ONU – como é o atual pedido de cooperação – aplica-se, por força da ratificação realizada pelo Brasil, o artigo 27 do Estatuto de Roma:

Artigo 27: Irrelevância da Qualidade Oficial.

1. 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 para redução de pena.

2. 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 jurisdição sobre essa pessoa.

Não cabe, portanto, a invocação de norma costumeira internacional geral como escusa do cumprimento da obrigação jurídica assumida pelo Estado brasileiro perante o Tribunal Penal Internacional. O costume internacional possui dois elementos: o objetivo, que consiste na prática reiterada de determinada conduta, e o subjetivo, ou seja, a crença de que a conduta reiteradamente repetida é a correta. O elemento subjetivo pode ser referido à praxis internacional do Estado e aos tratados que este celebra, que constituem um repositório de valores aos quais se vincula. No caso do costume do Brasil em respeitar a imunidade de chefes de Estado estrangeiros, pode-se dizer que houve uma revogação parcial, pois o país ratificou o Estatuto de Roma e seu artigo 27.

Contra essa interpretação, seria possível argumentar que a Corte Internacional de Justiça,

no julgado do Caso Yerodia – também conhecido como “Arrest Warrant Case” –, reafirmou as imunidades funcionais previstas na regra costumeira, em detrimento do Direito Internacional Penal. Argumentar-se-ia, também, que o próprio Estatuto de Roma, em seu artigo 98, estabelece a possibilidade de o Estado furtar-se ao cumprimento da obrigação de cooperar, com a alegação da existência de outra obrigação internacional que lhe seria vinculante. É possível afirmar, entretanto, que o primeiro argumento não é aplicável a uma obrigação assumida perante o Tribunal Penal Internacional e que o segundo não abrange casos como o pedido de cooperação em análise.

No Caso Yerodia, a Corte Internacional de Justiça condenou a Bélgica por não respeitar a imunidade do ministro das Relações Exteriores do Congo, ao emitir um mandado de prisão internacional devido a uma acusação de crimes de guerra (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2004). Entretanto, esse julgado da Corte Internacional de Justiça não é adequado como precedente a um padrão de conduta que o Brasil deveria seguir perante pedidos de cooperação do Tribunal Penal Internacional. O julgado diz respeito a uma prisão preventiva pedida por um juiz belga com base em uma Lei de 1993, na qual o Estado belga concedia a si mesmo competência universal para julgar crimes internacionais, permitindo ao seu Judiciário julgar crimes em relação aos quais não tivesse nenhuma conexão. A decisão da Corte Internacional de Justiça reafirma a igualdade soberana entre os Estados (no Caso Yerodia) e o costume internacional de se respeitar a imunidade de indivíduos que os representam. No entanto, esse julgado da Corte Internacional de Justiça não é extensivo à jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional, como seu próprio texto esclarece:

A corte enfatiza, entretanto, que a imunidade da jurisdição gozada por ministros de Negócios Estrangeiros não se estende a todos os crimes que possam ter cometido, independentemente de sua gravidade. A imunidade jurisdicionalmente pode barrar a acusação por um determinado período ou para determinadas ofensas; mas não pode exonerar a pessoa a quem se aplica de toda a responsabilidade criminal. Deste modo, as imunidades concedidas pelo direito internacional a um en-

carregado ou anterior ministro para Negócios Estrangeiros não representa um obstáculo ao processo criminal em determinadas circunstâncias. A corte refere-se às circunstâncias em que tais pessoas são julgadas em seus próprios países, onde o Estado que representam ou representaram decide retirar essa imunidade, onde tais pessoas já não gozam de todas as imunidades aceitas pelo direito internacional, em outros Estados após a cessação exercício do cargo de ministro para Negócios Estrangeiros, e quando tais pessoas são objeto de procedimentos criminais perante tribunais penais internacionais que sobre elas tenham jurisdição. (tradução do autor)¹⁶

O julgado do Caso Yerodia, portanto, não analisa a irrelevância da qualidade oficial prevista pela jurisdição complementar estabelecida pelo Estatuto de Roma, nem das relações de cooperação entre o Tribunal Penal Internacional e seus Estados Partes. Seu foco é o controvertido conceito de competência universal sobre crimes internacionais que alguns Estados atribuíram a si próprios de forma unilateral. É oportuno lembrar, também, que o Congo - em seu passado colonial - foi propriedade particular do rei da Bélgica e ainda guarda laços econômicos e culturais com sua antiga metrópole. Por isso, a decisão da Corte Internacional de Justiça pode ser interpretada como um repúdio a uma conduta abusiva e neocolonial de um Estado, e não como a afirmação de um costume em detrimento de uma obrigação regularmente prevista em um tratado.

Dessa maneira, pode-se dizer que existe uma tendência – na doutrina internacionalista e nas decisões da Corte Internacional de Justiça

¹⁶ “The Court emphasizes, however, that the immunity from jurisdiction enjoyed by incumbent Ministers for Foreign Affairs does not mean that they enjoy impunity in respect of any crimes they might have committed, irrespective of their gravity. Jurisdictional immunity may well bar prosecution for a certain period or for certain offences; it cannot exonerate the person to whom it applies from all criminal responsibility. Accordingly, the immunities enjoyed under international law by an incumbent or former Minister for Foreign Affairs do not represent a bar to criminal prosecution in certain circumstances. The Court refers to circumstances where such persons are tried in their own countries, where the State which they represent or have represented decides to waive that immunity, where such persons no longer enjoy all of the immunities accorded by international law in other States after ceasing to hold the office of Minister for Foreign Affairs, **and where such persons are subject to criminal proceedings before certain international courts, where they have jurisdiction.**” (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2000, p. 213) (grifo do autor).

– em determinar a extensão da imunidade funcional a partir da relativização do caráter absoluto do conceito de ato de Estado. A imunidade absoluta de jurisdição, ou seja, para qualquer ato praticado pelo indivíduo que se encontra em um cargo ou função pública, tornou-se algo anacrônico. Após a internacionalização dos direitos humanos, afirmar a imunidade em casos de crimes internacionais seria utilizar o Direito Internacional como escusa para sua própria implementação (SOARES, 2000, p. 60). É ilógico afirmar que o Direito Internacional, depois de estabelecer a proteção aos direitos humanos enquanto norma imperativa e tipificar os crimes internacionais, permanece reconhecendo a imunidade - e a impunidade - justamente das pessoas acusadas de cometerem tais crimes. Omar al Bashir foi formalmente acusado de prover os meios e de incentivar a prática, em larga escala, de assassinatos, torturas, estupros e da pilhagem de aldeias inteiras. Crimes contra a humanidade jamais podem fazer parte das funções públicas de um chefe de Estado em um estágio do Direito Internacional que se caracteriza pela promoção e garantia dos direitos humanos. Por isso, não podem ser considerados como ato de Estado para o Direito Internacional. Nesse sentido, Micaela Frulli afirma:

Segundo a prática internacional, podemos concluir que existe, em direito costumeiro, uma regra que permite abrir exceção às imunidades funcionais para determinadas categorias de crimes internacionais. A exceção às imunidades funcionais visa tanto aos funcionários de alto escalão quanto aos chefes de Estado e de governo. Ela opera perante os Tribunais Internacionais da mesma forma que perante as jurisdições internas (FRULLI, 2004, p. 283 e 284).

O polêmico artigo 98 do Estatuto dispõe que “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 imunidades ou de um acordo internacional. Assim, em relação às imunidades funcionais, existe um problema de delimitação: enquanto o artigo 27 determina que a capacidade oficial de um indivíduo não o exime de sua

responsabilidade, o artigo 98 afirma que as imunidades podem ser aceitas pelo Estatuto (PAULUS, 2003, p. 855). No artigo 98 não fica claro se o costume ou os tratados protegem nacionais de Estados que não são parte do Tribunal, ou de todos os Estados. Em verdade, esse artigo só faz sentido se for entendido que a imunidade em relação à jurisdição doméstica de um Estado não parte é aplicável frente ao Tribunal, exigindo-se um acordo para exercício de jurisdição “ad hoc”. Combinando-se a interpretação do artigo 98 com a do artigo 27, que dispõe sobre a irrelevância da capacidade oficial, parece, conseqüentemente, que um Estado seria obrigado a prender e entregar ao Tribunal seu próprio chefe de Estado, mas teria de respeitar a imunidade jurisdicional de um chefe de Estado estrangeiro (PAULUS, 2003, p. 856).

Uma interpretação sistemática do Estatuto de Roma, por outro lado, forçosamente deve impor limites a situações criadas a partir da aplicação do artigo 98. Se a jurisdição complementar estabelece que o dever do Estado é julgar o indivíduo acusado pelos crimes sob a competência do Tribunal Penal Internacional ou entregá-lo para quem o faça, a questão que o artigo 98 propõe equacionar não é se o indivíduo será ou não julgado, mas, sim, por qual jurisdição será julgado (ZAPALLÀ, 2002, p. 116). Dessa forma, considerando que o Estatuto de Roma dispõe sobre a irrelevância de qualquer imunidade ou capacidade oficial, estas não poderão ser utilizadas para eximir o indivíduo da responsabilidade por seus atos, seja perante o Tribunal, seja perante um Estado, e uma interpretação que isentasse o indivíduo de sua responsabilidade não teria validade perante o artigo 98. Da mesma forma, considerando que o principal objetivo do Estatuto é “pôr um fim à impunidade”, as imunidades consubstanciadas pelo costume ou pelos acordos realizados entre terceiros Estados e Estados Partes do Tribunal, determinando a não entrega de indivíduos ao Tribunal para julgamento, só terão validade se garantirem que esses indivíduos efetivamente serão levados à justiça pelo Estado requerente (ZAPALLÀ, 2002, p. 124). Como visto, o Brasil ratificou o Estatuto de Roma e o artigo 27 dessa convenção tornou-se uma regra específica de exceção a um costume geral de se respeitar a imunidade dos chefes de Estado. Não existindo

nenhum acordo bilateral de imunidade entre o Sudão e o Brasil que possa ser oposto ao pedido de cooperação nos termos do artigo 98, nem nenhum elemento de conexão que conceda ao Brasil jurisdição originária sobre os crimes pelos quais Omar al Bashir é acusado no Sudão, a única conduta lícita ao Estado brasileiro – mesmo nos termos do artigo 98 do Estatuto de Roma – é a execução do mandado de prisão e a posterior entrega de Bashir, caso isto esteja ao seu alcance.

Em vista disso, o Estado brasileiro não poderá se furtar a colaborar com o Tribunal Penal Internacional alegando o dever de se reconhecer a imunidade de Omar al Bashir como chefe de Estado em exercício.

3.2. A Compatibilidade entre a Constituição e o Estatuto de Roma

Em seu despacho acerca do pedido de cooperação feito pelo Tribunal Penal Internacional ao Brasil, o presidente em exercício do Supremo Tribunal Federal alerta para a existência de dúvida acerca da compatibilidade entre alguns artigos do Estatuto de Roma com determinados direitos e garantias presentes em nossa Constituição, salientando que esse pedido poderia ser uma ocasião de debate acerca desses pontos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009, p. 3). Além da questão das imunidades, acima mencionada, alguns autores apontam como problemática a adoção pelo Brasil do Estatuto de Roma, considerando as disposições constitucionais acerca da prisão perpétua, da individualização das penas em relação aos crimes cometidos, da imprescritibilidade dos crimes do Estatuto de Roma, do instituto da coisa julgada e da não previsão em nosso ordenamento do instituto da entrega.

A respeito do instituto da entrega, como foi visto, o próprio Estatuto de Roma pressupõe que sua execução possa ser concretizada através da analogia ao instituto da extradição. No entanto, está disposto na Constituição Federal, art. 5º, inciso LI, que: “Nenhum brasileiro será extraditado, salvo naturalizado, em caso de crime comum praticado antes da naturalização ou

de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.” O Estatuto de Roma, incorporado em nosso ordenamento pelo Decreto n. 4388/2002, estabelece a entrega de nacionais que cometeram os crimes sob a competência do Tribunal Penal Internacional; a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LI, dispõe que os brasileiros não serão entregues para processamento e punição, exceto nas circunstâncias previstas pelo próprio inciso, que não se assemelham às do Estatuto.

A questão da pena de prisão perpétua se apresenta porque essa sanção é prevista no artigo 77, parágrafo 1, alínea “b” do Estatuto de Roma¹⁷, e proibida pelo artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b” da Constituição do Brasil¹⁸. Em relação às exceções ao respeito pelo instituto da coisa julgada, presentes no Estatuto de Roma, pode-se indagar se existe uma antinomia entre o artigo 20 do Estatuto¹⁹ e o artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal²⁰. Sobre a ausência de individualização das penas para cada um dos tipos penais sob a competência do Estatuto de

¹⁷ Decreto n. 4388/02 (Estatuto de Roma) Artigo 77. Penas Aplicáveis. 1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:

[...] b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem.

¹⁸ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5º [...] XLVII – Não haverá penas:

[...]

b) de caráter perpétuo.

[...] (BRASIL. **Constituição...**, 2008).

¹⁹ Decreto n. 4388/02 (Estatuto de Roma), Artigo 20. “Ne bis in idem” 1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.

2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.

3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que, o processo nesse outro tribunal:

a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou

b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça. (BRASIL. **Decreto n. 4388...**, 2002).

²⁰ Art. 5º [...]

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. (BRASIL. **Constituição...**, 2008).

Roma, existe uma previsão, no artigo 77 do Estatuto de Roma²¹, comum a todos os crimes de sua competência, que se choca com o artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, que prevê que cada crime tenha uma pena a ele prevista²².

Em relação à imprescritibilidade dos crimes, estabelecida pelo artigo 29 do Estatuto de Roma²³, a questão a respeito de sua compatibilidade é mais sutil. Inicialmente, há o desacordo entre o Estatuto e o artigo 109 do Código Penal²⁴, que é lei ordinária e, portanto, teria sido revogado parcialmente com a ratificação do Estatuto de Roma, que além de lei posterior, é lei específica. No entanto, alguns autores afirmam que o artigo 109 do Código Penal se encontraria protegido pela Constituição (RAMOS, 2000, p. 272), porque esta determina a imprescritibilidade do crime de racismo e da ação armada de grupos civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático²⁵. Como não existem outros tipos penais qualificados como imprescritíveis no articulado constitucional, entende-se que a inclusão de novos tipos penais imprescritíveis pelo Estatuto de Roma estaria vedada.

A busca por uma interpretação que considere como compatível tais disposições é um

desafio que se apresenta a todos os estudiosos do tema da proteção internacional dos direitos humanos. As disposições constitucionais em debate, como as demais do artigo 5º, são cláusulas pétreas, estando determinado no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, que: “não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.” Por outro lado, a Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, incluiu no artigo 5º o parágrafo 4º, o qual estabelece que “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Como a jurisdição do Tribunal Penal Internacional encontra-se prevista e regulamentada no Estatuto de Roma, indaga-se se esse parágrafo não se constituiu em cláusula aberta com o fito de relativizar as disposições constitucionais acima mencionadas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009, p. 15). Por outro lado, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 4038/2008, que vem a regulamentar o instituto da entrega no Brasil.

Já tivemos a oportunidade, em outro trabalho, de analisar os artigos em tela sob o prisma da Teoria do Ordenamento Jurídico e percebemos que as únicas antinomias reais entre o texto constitucional e o Estatuto de Roma seriam a previsão da prisão perpétua pelo Estatuto e a não individualização das penas dos crimes internacionais (MIRANDA, J. I. R., 2006, p.59). Não obstante, podemos afirmar que essas mesmas antinomias são apenas o resultado de uma hermenêutica constitucional calcada em uma teoria do ordenamento jurídico estrutural (que considera as normas a partir de sua posição hierárquica), cujas bases remetem ainda ao século XIX, e que não existe nenhuma incompatibilidade entre os textos normativos, se os interpretarmos sob uma ótica funcionalista do ordenamento jurídico (a qual considera as normas sob o prisma da função que desempenham no ordenamento), mais acorde com a realidade sociopolítica do século XXI (MIRANDA, J. I. R., 2005, fl. 146).

O pedido de cooperação do Tribunal Penal Internacional é, com certeza, uma oportunidade de se discutir tais questões, mas os problemas de compatibilidade citados não podem influenciar a decisão do Brasil em cooperar ou não com o Tribunal, porque as garantias constitucionais não se aplicam ao presente caso. O artigo 5º, “caput”

²¹ Decreto n. 4388/02 (Estatuto de Roma), Art. 77: Penas Aplicáveis. 1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previsto no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:

a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até o limite máximo de 30 anos; ou
b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem. [...] (BRASIL. **Decreto n. 4388...**, 2002)

²² Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º [...] XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...] (BRASIL. **Constituição...**, 2008).

²³ Decreto n. 4388/02 (Estatuto de Roma), Artigo 29. Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem. (BRASIL. **Decreto...**, 2002).

²⁴ Código Penal Brasileiro, Artigo 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: I – em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze) anos. [...] (BRASIL. **Código...**, 2004.)

²⁵ Constituição Federal Art. 5º [...] XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...] XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; [...] (BRASIL. **Constituição...**, 2003).

dispõe que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se **aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País** a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (grifos meus). Na qualidade de estrangeiro não residente no Brasil, o presidente Omar al-Bashir não gozaria dos direitos e garantias fundamentais presentes no artigo 5º de nossa Constituição, direitos e garantias, aliás, que ele nega aos próprios concidadãos em sua atuação como presidente.

Neste caso, qualquer interpretação extensiva do artigo 5º incorreria em grande equívoco. Deve-se considerar que o Tribunal representa uma jurisdição internacional pautada nos mais altos padrões internacionais de respeito ao devido processo legal. Não se trata, pois, de uma jurisdição estrangeira, nem há que se falar em arbitrariedade no procedimento. Entretanto, mesmo ao se fazer um paralelo com o instituto da extradição é forçoso perceber que a hipotética entrega de Bashir seria algo imperativo. O Brasil já extraditou estrangeiros que poderiam ser condenados à prisão perpétua, bem como para sistemas jurídicos diferenciados no tocante à individualização das penas. Além disso, não existe coisa julgada neste caso e os crimes pelos quais Omar al Bashir é acusado não prescreveram, mesmo nos termos do artigo 109 do Código Penal. Finalmente, a Constituição não proíbe a extradição de estrangeiro não residente no país.

Neste importante momento das relações entre o Brasil e o Tribunal Penal Internacional, a norma constitucional aplicável não é o artigo 5º, mas, sim, o artigo 4º, II, o qual dispõe que, em suas relações internacionais, a República Federativa do Brasil rege-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos²⁶. A recusa em cooperar com o Tribunal Penal Internacional tornaria esse inciso constitucional em letra morta.

Assim, considerando que o Estatuto de Roma, por força de seu artigo 120, não admite reservas, e que este já se encontra incorporado ao ordenamento brasileiro, o não atendimento do pedido de cooperação do Tribunal é uma

infração direta do artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, o qual estabelece que os Estados signatários se obrigam a cooperar integralmente com o Tribunal, ao dispor que: “Uma parte não pode invocar disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado.” (RANGEL, 1993, p. 251)²⁷. Tal fato remete à possibilidade de responsabilização internacional do Brasil, caso não atenda ao pedido de cooperação com o Tribunal Penal Internacional.

4 A possibilidade de responsabilização internacional do Brasil por não cooperação

A teoria da responsabilidade internacional é fruto de um processo de codificação das normas jurídicas internacionais sendo, provavelmente, o último grande projeto nesse sentido (CARON, 2002, p. 868). Como se viu, a noção de que um Estado pode ser responsabilizado internacionalmente vem do próprio princípio “pacta sunt servanda”: o Estado deve manter os compromissos que assumiu e, em caso de dano por seu descumprimento, buscar a reparação do prejuízo que causou. A partir desse mecanismo de responsabilização é que o Estado pode ser entendido como responsável internacionalmente por todo ato ou omissão que viole norma internacional e que lhe seja atribuível. O referencial teórico da teoria da responsabilidade internacional é dado pelo Projeto da Convenção sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos, elaborado pela Comissão de Direito Internacional, entidade que tem como missão codificar e desenvolver o Direito Internacional – principalmente através da positivação do costume – nos termos do artigo 13, (1), a, da Carta da ONU²⁸. A Assembleia Geral da ONU lhe conferiu mandato nesse sentido, através da Resolução n. 174 (II) de 1947, tendo a Comissão atuado em matérias

²⁶ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos direitos humanos.

²⁷ Embora esteja em vigor desde 1980, esta Convenção ainda não foi ratificada pelo Brasil.

²⁸ Decreto-Lei n. 7935/1945 (Carta das Nações Unidas) Artigo 13. 1. A Assembléia Geral iniciará estudos e fará recomendações, destinados a: a) promover cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e sua codificação (...)

como o Direito dos Tratados, e na regulamentação das relações diplomáticas e consulares, entre outras (CARON, 2002, p. 860).

O texto sobre responsabilidade estatal por atos ilícitos internacionais apresenta o formato de um tratado, com cinquenta e nove artigos e comentários interpretativos ao final, embora a Assembleia Geral da ONU tenha decidido não convocar uma Conferência de Plenipotenciários para apreciá-lo, de acordo com a recomendação da própria Comissão (CARON, 2002, p. 862). A justificativa dada para essa recomendação é que uma Conferência é um processo trabalhoso e imprevisível que pode resultar em emendas prejudiciais a um texto elaborado coletivamente durante quarenta anos, além do fato de que eventuais reservas legitimariam posturas não-cooperativas por parte dos Estados (CARON, 2002, p. 864). Isso poderia significar uma menor influência para o Projeto da Comissão do que a que ele tem agora, pois suas disposições não só são adotadas pelas cortes arbitrais internacionais como se esse projeto fosse lei, como também pela própria Corte Internacional de Justiça (MILANOVIC, 2006, p. 683).

Dentro da estrutura da obrigação jurídica internacional o mecanismo da responsabilização estatal por atos ilícitos depende, obviamente, da noção de ato ilícito internacional. O artigo 2º do Projeto da Convenção dispõe que existe fato internacionalmente ilícito quando uma ação ou omissão atribuível a um Estado constitui violação de uma obrigação internacional²⁹. A doutrina clássica exigia a ocorrência de um dano para a configuração da responsabilidade, mas o entendimento da Comissão evoluiu para a ideia de que a ocorrência do fato internacionalmente ilícito “é condição necessária e suficiente para o comprometimento da responsabilidade” (DIHN, 2003, p. 805). O artigo 42 autoriza que Estados que não foram individualmente prejudicados nem tenham interesse específico possam protestar formalmente contra o descumprimento da obrigação pelo Estado malfeitor, sem que isso

²⁹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**. *Article 2 Elements of an internationally wrongful act of a State*. There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) Is attributable to the State under international law; and (b) Constitutes a breach of an international obligation of the State.

implique sua responsabilização³⁰. O Projeto da Convenção estabelece, em seu artigo 3º, que: “A caracterização de um ato de um Estado como ilícito internacionalmente é determinada pelo Direito Internacional. Tal caracterização não é afetada pela caracterização do mesmo ato como lícito pela Lei interna.”³¹ Ou seja, o conceito de ato ilícito é uma noção autônoma de Direito Internacional, o ato que o Direito interno do Estado reputa como lícito pode ser ilícito perante o Direito Internacional. Como consequência, normas jurídicas internas (leis, decretos) e decisões administrativas serão consideradas como fato e poderão ser veículo de um ato ilícito internacional, embasando-se esta visão no tradicional argumento de que o Estado não pode assumir obrigações no plano internacional para posteriormente descumpri-las alegando incompatibilidade com seu Direito interno (DIHN, 2003, p. 782 e 783).

Coube ao terceiro relator do Projeto da Convenção, Roberto Ago, a introdução no tema da responsabilidade internacional da distinção entre obrigação primária e obrigação secundária, a partir da qual o cometimento de um ato ilícito ou a violação de uma obrigação internacional (primária) faz nascer uma ou várias obrigações secundárias, como a cessação do ato ilícito, a satisfação moral através de um pedido de desculpas, ou a indenização (CRAWFORD, 2002, p. 876). Assim, do mecanismo da responsabilidade resulta uma nova relação jurídica entre o Estado autor do ato ilícito ou descumprimento e o Sujeito de Direito Internacional (DIHN, 2003, p. 802). Essa concatenação das regras sobre responsabilização remonta aos códigos de tradição continental, fazendo-se uma distinção clara entre

³⁰ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**. *Article 42 Invocation of responsibility by an injured State* A State is entitled as an injured State to invoke the responsibility of another State if the obligation breached is owed to: (...) (b) A group of States including that State, or the international community as a whole, and the breach of the obligation: (...) (ii) Is of such a character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation.

³¹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**. *Article 3 Characterization of an act of a State as internationally wrongful*. The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.

a regra e o assunto ao qual se impõe a obrigação, e as consequências da violação dessa obrigação. É possível, assim, uma coerência dentro da matéria e, conseqüentemente, a afirmação da responsabilidade internacional como um princípio geral do Direito Internacional (MILANOVIC, 2006, p. 560 e 561). A distinção formal entre obrigação primária e secundária também enseja a criação de procedimentos internacionais para determinação de responsabilidades que concorrem para a proporcionalidade das contramedidas (BEDERMAN, 2002, p. 822).

O fundamento jurídico da obrigação de cooperar com a justiça internacional penal depende da forma de criação da jurisdição, se unilateral (como no caso dos tribunais “ad hoc”) ou convencional, como no caso do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (UBÉDA, 2000, p. 952). Éric David afirma que não existe obrigação costumeira em matéria de cooperação judiciária, sendo seu fundamento, portanto, unicamente convencional (DAVID, 2000, p. 129). No caso do Tribunal Penal Internacional, é importante observar que o regime jurídico no qual a obrigação de cooperar está prevista tem natureza convencional e encontra-se regulado pelo Direito dos Tratados, inexistindo, portanto, incerteza jurídica acerca do dever de cooperar (UBÉDA, 2000, p. 953). Como foi visto, a obrigação geral de cooperar está presente no artigo 86; e uma série de obrigações precisas, que visam a aspectos específicos da cooperação, encontram-se entre os artigos 87 e 102 do Estatuto. Por fim, a Assembleia Geral dos Estados Partes adotou um regulamento contendo Regras sobre Procedimento e Prova dentro dos procedimentos penais do Tribunal. Devido à fundamentação convencional e ao embasamento jurídico, a cooperação com o Tribunal apresenta-se como uma obrigação primária para os Estados Partes e, em alguns casos, para qualquer Estado, todavia não se constitui em uma obrigação absoluta (DAVID, 2000, p. 130). A natureza convencional da obrigação, na forma em que se encontra, comporta inconvenientes e vantagens. Por um lado, prevê que os Estados exerçam sua soberania nos termos do princípio da complementaridade; por outro, oferece uma base jurídica sólida e incontestável para determinar a cooperação com o Tribunal (UBÉDA, 2000, p. 956).

O artigo 12 do Projeto da Convenção sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos conceitua a ilicitude como a desconformidade com a obrigação assumida e preceitua que “O Estado viola uma obrigação internacional quando um ato por ele realizado está em desconformidade com o requerido por esta obrigação, não importante a sua origem ou caracterização³²”. A conformação dessa ilicitude vai definir se a obrigação assumida pelo Estado é de comportamento ou de resultado. São de resultado as regras que preveem as obrigações primárias que determinam se o Estado possui a livre escolha dos meios para atingir os resultados pactuados, ou se, ao cumprir a obrigação, seu comportamento deve obedecer a uma conduta anteriormente estabelecida (SICILIANOS, 2000, p. 122).

Em relação às obrigações de comportamento, basta que se constate que o Estado não tomou as medidas esperadas, para se deduzir a violação da obrigação internacional (DIHN, 2003, p. 787). Por outro lado, a penalização no Direito Interno das condutas típicas como fator dissuasório para a prática de crimes internacionais é vista como obrigação de resultado, porque a inação pode responsabilizar o Estado (SICILIANOS, 2000, p. 123). A obrigação de cooperar com as jurisdições penais internacionais não se insere completamente na categoria das obrigações de comportamento ou na categoria das obrigações de resultado, porque geralmente é deixada ao Estado a escolha dos meios dentre aqueles que seriam razoáveis. E, por outro lado, não se pretende que o Estado sofra uma sanção por não alcançar um resultado definido. Assim, a natureza de uma obrigação de comportamento seria “atenuada” com meios e fórmulas suficientemente ambíguos para conciliar-se com a soberania estatal (UBÉDA, 2000, p. 954 e 955).

Nesse contexto, a Corte Internacional de Justiça, em decisão no caso movido pela Bósnia-Herzegovina contra Sérvia e Montenegro, estabeleceu que a obrigação de prevenir o crime de genocídio é de comportamento e não

³² INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Article 12. Existence of a breach of an international obligation.** There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character.

de resultado: o Estado não é obrigado a ser bem sucedido em prevenir o genocídio, no entanto deve empregar todos os meios razoavelmente disponíveis nesse sentido (MILANOVIC, 2007, p. 684 e 685). Os padrões internacionais que determinam a responsabilização do Estado a partir de sua diligência constituem-se de três elementos: a importância do bem jurídico protegido, o conceito (elástico) de razoabilidade e a probabilidade de perpetuação dos crimes que se quer impedir (SICILIANOS, 2000, p. 124 e 125). A partir deles pode-se compreender o entendimento da Corte Internacional de Justiça no caso citado acima, de que a obrigação do Estado em se prevenir o genocídio não é territorialmente definida nem dependente de verificação prévia de jurisdição sobre pessoa ou território (MILANOVIC, 2007, p. 685).

O dever de cooperar evidencia que os Estados são obrigados não só a não cometer crimes internacionais como também a prevenir que eles ocorram e a punir seus responsáveis (MILANOVIC, 2006, p. 570). Essa violação se materializa por uma inação do Estado (omissão) ao não adotar medidas adequadas legislativas, administrativas ou judiciárias para prevenir os atos criminosos; ou, após seu cometimento, por sua omissão em perseguir e punir seus autores. A responsabilidade por omissão inicialmente foi afirmada no contexto da visão tradicional de responsabilidade em razão dos danos causados a estrangeiros, conforme entendimento do Instituto de Direito Internacional, na sessão de Lausanne, em 1927. Depois da Segunda Guerra Mundial a responsabilidade por omissão é afirmada pela Corte Internacional de Justiça no caso do Estreito de Corfu, em que a Albânia foi responsabilizada, com base no direito consuetudinário. No caso sobre o Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã, a Corte responsabilizou o Irã, nos termos da Convenção sobre Relações Diplomáticas e Consulares, por faltar à obrigação de prevenir e fazer cessar o ataque à embaixada norte-americana (SICILIANOS, 2000, p. 116 e 117).

No campo dos direitos humanos, é pacífico que o Estado pode responder pela inação de seus órgãos públicos na perseguição e no julgamento de autores de violações aos direitos do homem (DIHN, 2003, p. 789). A Corte de Estrasburgo, a fim de assegurar o efetivo respeito

dos direitos e garantias da Convenção Europeia de Direitos Humanos, formou uma jurisprudência que constatou diversas vezes que a inação do Estado constitui uma violação da Convenção. No caso movido pela Bósnia-Herzegovina contra Sérvia e Montenegro pelo genocídio ocorrido naquele país, a Corte Internacional de Justiça entendeu que, como a prevenção e a repressão do genocídio – assim como dos crimes contra a humanidade – apresenta-se como uma norma primária imposta como um direito inderrogável por tratados internacionais, “jus cogens”. A não cooperação com a Justiça Internacional Penal (naquele caso, o Tribunal Penal Internacional “Ad Hoc” para a ex-Iugoslávia) enquadra-se no regime de responsabilidade penal agravada, previsto no artigo 41 do Projeto da Convenção sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos (MILANOVIC, 2006, p. 571). Assim, o caráter peremptório da norma pode suprir a imprecisão da regra primária, permitindo a responsabilização do Estado por atos de não cooperação que podem significar violação da obrigação de prevenir e punir o crime de genocídio e crimes contra a humanidade. Os dois primeiros parágrafos do artigo 41 trazem importantes consequências, ao determinar que: “1. Os Estados devem cooperar para, através de meios lícitos, acabar com toda a violação grave no sentido do artigo 40; 2. Nenhum Estado deve reconhecer como lícita uma situação causada por uma violação grave, no sentido do artigo 40, nem prestar nenhuma assistência à manutenção desta situação³³”.

Uma das consequências do regime de responsabilidade agravada por infração de normas peremptórias de Direito Internacional é a possibilidade de invocação da responsabilidade através da “actio popularis”. Ao contrário das obrigações internacionais em geral, cuja responsabilidade não pode ser invocada por terceiros, em Estados que não tenham sofrido dano com o descumprimento do dever, a obrigação de cooperar com a Justiça Internacional Penal adquire

³³ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**. Article 41 Particular consequences of a serious breach of an obligation under this chapter. 1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40. 2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation.”

nesse regime o caráter “erga omnes partes”, concedendo a todos os Estados o interesse jurídico em seu respeito pelo Estado recalcitrante (UBÉDA, 2000, p. 954).

Desse modo, o mecanismo da responsabilização resultará em uma nova obrigação jurídica entre o Estado autor do fato e o Sujeito de Direito Internacional (DIHN, 2003, p. 802). No caso do regime de responsabilidade agravada pela violação de norma peremptória de Direito Internacional - em virtude de não prevenir nem punir um crime internacional ao não cooperar - além da responsabilidade penal individual do acusado do cometimento do crime, o Estado pode ser responsabilizado separadamente por faltar à obrigação de prevenir e punir atividade qualificada como criminosa pelo Direito Internacional (SICILIANOS, 2000, p. 115). Nesse sentido, Eric David afirma: “[...] se o Estado Parte de uma convenção de assistência judiciária não cumpre suas obrigações convencionais, mesmo levando-se em conta as restrições previstas pela convenção, sua responsabilidade internacional é evidentemente colocada em causa conforme os princípios clássicos da instituição”. (tradução do autor)³⁴.

A responsabilidade do Estado infrator pode ser invocada por todas as vias de Direito e pode-se ainda recorrer a todos os meios pacíficos, conforme o princípio da livre escolha dos meios, presente na Declaração da Assembleia Geral da ONU que se refere aos Princípios de Direito Internacional sobre Relações Amigáveis e Cooperação entre os Estados (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 1970).

Aliás, a responsabilização pelo descumprimento da obrigação não retira o dever do Estado de executar a obrigação violada, nos termos do artigo 29 do Projeto da Convenção sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos, o qual afirma que: “As consequências legais de um ato ilícito internacional nesta parte (do Projeto)

não afetam a continuidade do dever do Estado de realizar a obrigação violada³⁵”.

Desse modo pode-se entender por que, no caso em que a Bósnia-Herzegovina intentou contra Sérvia e Montenegro, pleiteando a responsabilidade internacional desse país em face do genocídio, a Corte condenou a Sérvia, embora tenha entendido que esse Estado não foi diretamente responsável pelo genocídio ocorrido na Bósnia, nem cúmplice na execução desse crime. Essa condenação, por parte da Corte Internacional de Justiça, teve como base as obrigações primárias previstas na Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, e ocorreu pelo fato de a república Sérvia falhar na prevenção do genocídio cometido pelo exército bósnio-sérvio em Srebrenica, em julho de 1995, e por ela não colaborar com o Tribunal Penal Internacional “Ad Hoc” para a ex-Iugoslávia, na punição aos perpetradores de tal atrocidade (MILANOVIC, 2007, 669 e 670).

Um aspecto fundamental da responsabilidade internacional por não cooperar na prevenção e punição dos mais graves crimes internacionais é a natureza dessa responsabilização. Como foi visto, a responsabilidade do Estado é regulada pelo regime da responsabilidade agravada nos termos do Projeto da Convenção sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos. Por outro lado, a noção de crimes internacionais (no sentido dos “core crimes”, os mais graves crimes internacionais com violações massivas aos direitos humanos) está vinculada ao Direito Internacional Penal e à categoria da responsabilidade individual penal. Isso inclui a evolução conceitual de se reconhecer, mesmo que passivamente, a personalidade internacional de certos indivíduos e a revisão da doutrina das imunidades estatais (PELLET, 2000, p. 85 e 86). A questão da responsabilidade individual penal por crimes internacionais não exaure a questão da responsabilidade estatal por esses crimes; uma não exclui nem diminui a outra (MILANOVIC, 2006, p. 554). A responsabilidade estatal

³⁴ “[...] si l’État partie a une convention d’assistance judiciaire ne remplit pas ses obligations conventionnelles, compte tenu des restrictions prévues par la convention, sa responsabilité internationale est évidemment mise en cause conformément aux principes classiques de l’institution” (DAVID, 2000, p. 132).

³⁵ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**. Article 29. The legal consequences of an internationally wrongful act under this part do not affect the continued duty of the responsible State to perform the obligation breached.

pelo cometimento do crime não é apenas por sua natureza criminal, embora isso não retire a natureza de grave violação à obrigação primária presente em norma internacional peremptória, nem a responsabilidade individual criminal concorrente (MILANOVIC, 2006, p. 574). Como assevera Alain Pellet,

De uma maneira geral, a responsabilidade internacional do Estado não é nem penal, nem civil; ela apresenta características próprias que não seriam assimiladas às categorias do direito interno tanto quanto a sociedade internacional apresenta poucos pontos comuns com as comunidades nacionais. Da sua maneira, ela apresenta, contudo elementos civis e penais (tradução do autor)³⁶.

Uma esfera de responsabilização de grande importância prática é a responsabilização do Estado por cumplicidade com o crime, que pode constituir-se através de várias condutas: encorajamento, fornecimento de ajuda, ocultação de provas do crime, etc. (MILANOVIC, 2006, p. 573). Um argumento que pode corroborar a visão exposta acima é que o descumprimento de uma obrigação primária que seja norma peremptória de Direito Internacional ultrapassa em seus efeitos os próprios limites ordinários do Direito da Responsabilidade Internacional. A respeito disso, Marko Milanovic (2006) afirma:

Mesmo que esta responsabilidade estatal permaneça de natureza 'civil', deve-se enfatizar que as consequências de uma quebra séria de uma norma peremptória de lei internacional não se exaurem no regime da responsabilidade internacional do Estado: elas podem, e deveriam, provocar uma reação institucional muito mais ampla, uma ação nos termos do Capítulo VII pelo Conselho de Segurança ou uma ação efetiva por uma organização internacional" (tradução do autor).³⁷

³⁶ "D'une façon générale, la responsabilité internationale de l'État n'est ni pénale, ni civile; elle présente des caractères propres et ne saurait être assimilée aux catégories du droit interne tant la société internationale présente peu de points communs avec les communautés nationales. À sa manière, elle présente cependant 'des éléments civils et pénaux'" (PELLET, 2000, p. 88).

³⁷ "Even though such state responsibility remains "civil", it must be emphasized that the consequences of a serious breach of a peremptory norm of international law are not exhausted by the regime of state responsibility: they can, and should, provoke a much wider, institutional reaction, such a Chapter VII action by the

Em conclusão, é lícito dizer que a obrigação de se cooperar com a Justiça Internacional Penal possui um fundamento sólido e, pelo menos nas relações com o Tribunal Penal Internacional, um corpo de normas jurídicas de natureza obrigatória e relativamente precisas. Seu mecanismo de responsabilização, no caso do Tribunal, encontra-se institucionalizado e mesmo a natureza específica de sua responsabilidade encontra-se analisada pela doutrina e reconhecida por recente jurisprudência da Corte Internacional de Justiça.

Portanto, é juridicamente possível – considerando-se uma hipotética recusa de cooperação ao pedido do Tribunal Penal Internacional – uma demanda judicial contra o Estado brasileiro (ou contra qualquer Estado Parte do Tribunal com conduta semelhante), buscando sua responsabilização por não cooperar com o Tribunal na repressão do genocídio que ocorreu no Sudão. O fato de o mandado de prisão contra Bashir não citar a acusação de crime de genocídio contra ele não retira essa possibilidade, como se depreende do julgado da Corte Internacional de Justiça a respeito da responsabilização da Sérvia em relação ao crime de genocídio ocorrido na Bósnia-Herzegovina.³⁸ A responsabilização internacional poderia ser invocada por um Estado Parte do Tribunal ("actio popularis") perante a Corte Internacional de Justiça. Além disso, o próprio Tribunal Penal Internacional, através de reunião de sua Assembleia dos Estados Parte, poderia comunicar formalmente o fato ao Conselho de Segurança da ONU,

Security Council or enforcement action by regional organizations" (MILANOVIC, 2006, p. 603).

³⁸ Isto porque o elemento subjetivo do tipo penal genocídio é o dolo específico, o que torna sua prova muito difícil. O processo internacional penal adota, em relação a esse crime, o mais rigoroso standard probatório: "proof beyond any reasonable doubt", devido à seriedade de sua imputação. O fato de Bashir não ser formalmente acusado de genocídio não significa que sua prisão e julgamento pelo Tribunal Penal Internacional não sejam vitais para o fim da ocorrência desse crime naquele Estado. Em relação ao elemento subjetivo do tipo penal do genocídio, vide MILANOVIC, Marko, **Responsibility**, *cit*, p. 594. Deve-se ressaltar, contudo, que a Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional determinou que a Câmara de Pré-Julgamento reconsiderasse o pedido do Procurador a respeito da inclusão do crime de genocídio no mandado de prisão, sugerindo uma possível mudança de entendimento a respeito disso. Para adquirir mais informações sobre esse assunto, disponível em: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/Situation+ICC+0205/>.

pedindo providências daquele órgão nos termos da Resolução n. 1593.

5 Conclusão

Tendo em vista o exposto, deve-se considerar que:

1. O Brasil possui a obrigação internacional de cooperar com o Tribunal Penal Internacional. Essa obrigação está prevista de forma específica nos artigos 86 e 91, 2, "c" do Estatuto de Roma, ratificado pelo Estado brasileiro.
2. As questões relativas à compatibilidade entre o Estatuto de Roma e a Constituição brasileira no tocante às garantias relativas ao procedimento de extradição, à prisão perpétua e à imprescritibilidade de crimes não são pertinentes ao presente pedido de cooperação, pois a norma constitucional invocada tem seu âmbito de aplicação reservado a brasileiros e estrangeiros residentes no país, o que não é o caso do presidente do Sudão. Trata-se de caso de aplicação direta do artigo 4º, II da Constituição Federal, o qual dispõe que, em suas relações internacionais, o Brasil se pautará pela prevalência dos direitos humanos.
3. Não há que se falar em respeito à imunidade de um chefe de Estado em relação ao presente pedido de cooperação. As imunidades previstas na Constituição não se dirigem a chefes de Estado estrangeiros, também não sendo aplicáveis a eles as imunidades diplomáticas previstas na Convenção de Viena. A imunidade de chefes de Estado em visita é regra costumeira geral e, enquanto tal, não se aplica a Omar al Bashir porque, no caso de um chefe de Estado acusado pela prática de crimes internacionais com mandado de prisão decretado, o Brasil adota expressamente o artigo 27 do Estatuto de Roma como norma específica, o qual dispõe sobre a irrelevância da qualidade oficial como ensejadora de imunidade em relação a crimes internacionais.
4. Caso não aquiesça ao pedido de cooperação do Tribunal Penal Internacional, o Estado brasileiro será passível de respon-

sabilização internacional por ato ilícito. Essa responsabilidade poderia ser invocada perante a Corte Internacional de Justiça por qualquer Estado; ou, ainda, perante o Conselho de Segurança da ONU por meio de comunicação formal da Assembleia dos Estados Partes do Tribunal Penal Internacional.

Referências

AMARAL JÚNIOR, A. **Introdução ao Direito Internacional Público**. São Paulo : Atlas, 2008.

BEDERMAN, D. J. Counterintuiting countermeasures. **The American Journal of International Law**, vol. 96, n. 4. p. 817-832, oct. 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (promulgada em 5 de Outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Código Penal**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Decreto n. 4388, de 25 de Setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Publicado no Diário Oficial da União em 26/09/2002.

BUCHET, A. Le Transfert devant les juridictions internationales. In: ASCENSIO, H.; DECAUX, E.; PELLETA. (Orgs.). **Droit International Penal**. Paris: A. Pedone, 2000, p. 969-980.

BURNIAT, N.; APPLE, B. Genocide in Darfur: challenges and opportunities for action. **The ICC Monitor: Journal of the Coalition for the International Criminal Court**, p. 10-11, nº 37, 2008.

CARON, D. D. The ILC Articles on State Responsibility: the paradoxical relationship between form and authority. **The American Journal of International Law**, Vol. 36, n. 4, p.857-873, out. 2002.

CASSESE, A. The Statute of the International Criminal Court: some preliminary reflections. **European Journal of International Law**, Vol 10, p. 144-171, 1999.

CRAWFORD, J. The ILC's Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts: A Retrospect. **American Journal of International Law**, Vol. 96, n. 41, p. 874-890, set. 2002.

DAVID, E. La responsabilité de l'état pour absence de coopération In: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel; PELLET Alain (Orgs.). **Droit International Penal**. Paris: A. Pedone, 2000, p. 129-135.

DIHN, N. Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

FRULLI, M. O Direito Internacional e os Obstáculos à Implantação de Responsabilidade Penal para Crimes Internacionais In: CASSESE, A.; DELMAS-MARTY, M. (Org.). **Crimes Internacionais e jurisdições internacionais**. Barueri: Manole, 2004. p. 269-327.

HIZUME, G. C. Breves Reflexões Acerca da Questão da Cooperação Jurídica no Tribunal Penal Internacional. In: MENEZES, W. (Coord.). **Estudos de Direito Internacional**. Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 5, v.10. Curitiba : Juruá, 2007, p. 187-193.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Press Release nº. 2002/4bi**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>> Acesso em: 12/08/2004.

_____. Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo vs. Belgium): **Summary of the Judgment of 14 February, 2002**. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>> Acesso em: 15/10/2009.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT – PRE-TRIAL CHAMBER I. **Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir**. n. ICC – 02/05-01/09, 4 March 2009. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf>> Acesso em: 22 setembro 2009.

_____. THE OFFICE OF THE PROSECUTOR. **Statement to the United Nations Security Council on the situation in Darfur, the Sudan, pursuant to UNSCR 1593 (2005)**. The Hague, 2008.

_____. OTP PRESS RELEASE. **ICC Prosecutor: States must gear up for arrests**. ICC-OTP-20081203-PR379_Eng. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/455.html>>. Acesso em: 16 de dezembro de 2008.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of states for internationally wrongful acts**.

KREB, C. Penas, execução e cooperação no Estatuto para o Tribunal Penal Internacional. In: CHOUKR, F. H.; AMBOS, K. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.125-147.

MILANOVIC, M. State Responsibility for genocide. **European Journal of International Law**, v. 17, n. 3, p. 553-604, 2006.

_____. State Responsibility for genocide: a follow up. **European Journal of International Law**, v. 18, n. 4, p. 669-694, 2007.

MIRANDA, J. I. R. **O Tribunal Penal Internacional frente ao princípio da soberania**. Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 17 de maio de 2005.

_____. O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Brasileira após a Emenda Constitucional nº 45/2004. **Publicatio UEPG: Ciências Humanas, Ciências Sociais Aplicadas, Lingüística, Letras e Artes**, ano 14, n.2, p. 41-61, dezembro 2006.

MIRANDA, J. A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos. **Revista CEJ**, n. 11, p. 23-26, maio./ago. 2000.

PAULUS, A. L. The legalist groundwork of the International criminal court: commentaries on the Statute of the International Criminal Court. **The European Journal of International Law**, v. 14, n. 4, p. 843-860, 2003.

PELLET, A. Présentation de la 1ª partie. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (Orgs.). **Droit International Penal**. Paris: A. Pedone, 2000. p.83-89.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

OOSTERVELD, V.; PERRY, M.; McMANUS, J. The Cooperation of States with the International Criminal Court. **Fordham International Law Journal**, v. 25, n.3, p.767-839, mar. 2002.

RAMOS, A. C. O estatuto do tribunal penal internacional e a constituição Brasileira In: CHOUKR, F. H.; AMBOS, K. (Org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000. p. 245-288.

RANGEL, V. M. Direito e relações internacionais. 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1993.

RODAS, J. G. A extradição de brasileiro para o tribunal penal internacional. **Revista CEJ**, n. 11, p. 32-35, maio/ago. 2000.

SICILIANOS, L. A. La responsabilité de l'état pour absence de prévention et de represión des crimes

internationaux. In: ASCENSIO, H., DECAUX, E.; PELLETA. (Orgs.). **Droit International Penal**. Paris: A. Pedone, 2000, p. 115-128.

SMITH, D. **Atlas dos conflitos mundiais**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2007.

SOARES, G. F. Imunidades de jurisdição e foro por prerrogativa de função. **Revista CEJ**, n. 11, p. 55-58, maio/ago. 2000.

STOMPOR, J. High expectations for icc investigation despite worsening situation in Darfur. **The ICC Monitor**, n.33, p.12, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Petição 4625-1** República do Sudão. Brasília, 2009.

UBÉDA, M. L'obligation de coopérer avec les juridictions internationales. In: ASCENSIO, H.; DECAUX, E; PELLETA. (Orgs.). **Droit International Penal**. Paris : A. Pedone, 2000. p.951-967.

UDOMBANA, N. J. When neutrality is a sin: the Darfur crisis and the crisis of humanitarian intervention in Sudan. **Human Rights Quarterly**, n. 27, p. 1149-1199, 2005.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **Declaration on principles of international law concerning friendly relations and cooperation among states in accordance with the charter of the united nations**. Resolution 2625 (XXV), 1970. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm>.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. **International Criminal Court Prosecutor tells Security Council Sudan's Government**. SC 9186, 05/12/07. Disponível em: <www.iccnw.org> Acesso em: 17 dezembro 2007.

ZAPALLÀ, Salvatore. The Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and article 98 agreements. **Journal of International Criminal Justice**, v.1, n.1, p. 114-134, 2002.

WANTED FOR WAR CRIMES. **Ali Kushaib and Ahmad Harum crimes**. Disponível em: <www.wantedforwarcrimes.org> Acesso em: 05 setembro 2008.