

ELETRÔNICOS

Direito Internacional sem Fronteiras

CRIMES INTERNACIONAIS E OS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL: ANALISANDO A DISCRICIONARIEDADE PERSECUTÓRIA E A (NÃO) ABERTURA DE UMA INVESTIGAÇÃO PELO GABINETE DO PROCURADOR NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

International Crimes and Indigenous Peoples of Brazil: analysing the office of the prosecutor's prosecutorial discretion and the (not)opening of an investigation at the international criminal court

Luisa Giannini 

Universidade Federal de Roraima - Boa Vista, Roraima.

Derek Assenço Cruz 

Universidade Federal do Paraná - Curitiba, Paraná.

Mônica Toledo de Rezende 

Faculdade Insted - Campo Grande - Mato Grosso do Sul.

RESUMO: Diversas organizações não governamentais do Brasil elaboraram e enviaram comunicados ao Tribunal Penal Internacional, com o objetivo de fornecer informações à Procuradoria do Tribunal sobre atos que, eventualmente, poderiam ser enquadrados como crimes de sua jurisdição. Diante dos diversos questionamentos acerca do papel da pertinência e da inexistência de respostas desses comunicados, o presente artigo busca examinar o processo e a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional de modo a oferecer uma resposta para essas indagações. Nesse sentido, o presente artigo é norteado pelo questionamento acerca dos possíveis motivos processuais que fazem com que ainda não haja, perante o Tribunal Penal Internacional, uma situação que investigue os crimes internacionais perpetrados contra as populações indígenas do Brasil. Para isso, o artigo está subdividido em três seções: a primeira examina alguns dos comunicados enviados ao Tribunal Penal Internacional de modo a compreender os argumentos e os fatos levantados; a segunda dedica-se a uma melhor compreensão do papel do Gabinete do Procurador no recebimento e aceite dos comunicados; e, por fim, a terceira seção analisa as possíveis questões processuais e jurisprudenciais que podem nos explicar o motivo para que até o momento não tenha sido aberta pela

Procuradoria uma situação acerca dos povos indígenas do Brasil no Tribunal Penal Internacional.

Palavras-chaves: Tribunal Penal Internacional. Gabinete do Procurador. Discricionariedade Persecutória. Povos Indígenas. Brasil.

ABSTRACT: Many non-governmental organizations in Brazil prepared and sent communications to the International Criminal Court with the aim of providing information to the Court's Prosecutor regarding acts that could eventually be classified as crimes within its jurisdiction. Given the various questions about the role, relevance and the lack of answers to these communications, this article seeks to examine the process and jurisprudence of the International Criminal Court as to offer an answer to these questions. In this sense, this article is guided by the question about the possible procedural reasons that would explain that there is still no situation before the International Criminal Court that investigates international crimes perpetrated against the indigenous populations of Brazil. To this end, the article is subdivided into three sections: the first examines some of the communications sent to the International Criminal Court in order to understand the arguments and facts mobilized; the second is dedicated to a better understanding of the role of the Office of the Prosecutor in receiving and accepting communications; and, finally, the third section analyses the possible procedural and jurisprudential issues that can explain to us the reason that, to date, the Office of the Prosecutor has still not opened a situation regarding the indigenous peoples of Brazil at the International Criminal Court.

Keywords: International Criminal Court. Office of the Prosecutor. Prosecutorial Discretion. Indigenous Peoples. Brazil.

1. INTRODUÇÃO

A política anti-indígena atualmente em curso no Brasil é deliberadamente maliciosa. São atos cuidadosamente planejados e perpetrados de forma consistente ao longo dos últimos dois anos, guiados pela clara intenção de produzir uma nação brasileira sem povos indígenas, a ser alcançada através da adestruição dessas pessoas, morrendo de doenças, homicídios ou aniquilação das suas culturas, sobrecarregadas por processos de assimilação. Esta comunicação afirma que estes factos constituem o crime de genocídio, que é abordado no artigo 6.º do Estatuto de Roma (APIB, 2021, tradução nossa).

A passagem destacada captura de maneira resumida os argumentos que vêm sendo feitos, especialmente pelos juristas, sobre a gravidade da situação enfrentada pelos povos indígenas no Brasil que alcançou um estágio particularmente severo nos últimos quatro anos. Diante de um cenário onde não se via uma abertura no sistema nacional para recepcionar um caso que levasse em conta os crimes internacionais praticados pelo governo Bolsonaro contra as populações indígenas do Brasil, a opção de recorrer às instâncias internacionais passou a possuir um espaço cada vez maior nos debates sobre o tema.

Diversas organizações não governamentais do Brasil elaboraram e enviaram comunicados¹ ao Tribunal Penal Internacional, com o objetivo de fornecer informações à Procuradoria do Tribunal sobre atos que, eventualmente, poderiam ser enquadrados como crimes de sua jurisdição. Diante dos diversos questionamentos acerca do papel da pertinência e da inexistência de respostas desses comunicados, o presente artigo busca examinar o processo e a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional de modo a oferecer uma resposta para essas indagações. Nesse sentido, o presente artigo é norteado pelo questionamento acerca dos possíveis motivos processuais que fazem com que ainda não haja, perante o Tribunal Penal Internacional, uma situação que investigue os crimes internacionais perpetrados contra as populações indígenas do Brasil. Para isso, o artigo está subdividido em três seções: a primeira examina alguns dos comunicados enviados ao Tribunal Penal Internacional de modo a compreender os argumentos e os fatos levantados; a segunda dedica-se a uma melhor compreensão do papel do Gabinete do Procurador no recebimento e aceite dos comunicados; e, por fim, a terceira seção analisa as possíveis questões processuais e jurisprudenciais que podem nos explicar o motivo para que até o momento não tenha sido aberta pela Procuradoria uma situação acerca dos povos indígenas do Brasil no Tribunal Penal Internacional.

2. OS COMUNICADOS ENVIADOS AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL ACERCA DOS CRIMES INTERNACIONAIS PRATICADOS CONTRA AS POPULAÇÕES INDÍGENAS DO BRASIL

Para o presente artigo, examinamos quatro comunicados encaminhadas ao Tribunal Penal Internacional referentes aos crimes internacionais contra a população indígena perpetrados pela gestão de Jair Bolsonaro. Dentre os comunicados aqui apresentados, um foi enviado em novembro de 2019, outro em dezembro de 2020 e os dois últimos, respectivamente, em agosto e outubro de 2021 (CADHU E COMISSÃO ARNS, 2019; APIB; SURUI; METUKTIRE, 2020; APIB, 2021; ALLRISE, 2021). O mais antigo, encaminhado à Corte em novembro de 2019, trata de violações aos direitos dos povos indígenas. Os fatos elencados no comunicado foram estruturados sob três eixos: o desmantelamento de políticas ambientais e estruturas de controle e fiscalização; o desmatamento e os incêndios na Amazônia; e os impactos da degradação ambiental nos povos indígenas e comunidades tradicionais. O comunicado alude tanto a crimes contra a humanidade (Artigo 7 do Estatuto de Roma) quanto ao crime de genocídio (Artigo 6 do Estatuto de Roma). A petição ainda apontou que o caso cumpria todas as questões de admissibilidade – que serão apresentadas e discutidas na seção 4 do presente trabalho –, enfatizando particularmente a inexistência de procedimentos domésticos de responsabilização e a provável relutância da administração Bolsonaro em abrir

¹ Ao longo do texto, adotaremos a expressão ‘comunicado’ para fazer referência aos documentos enviados ao Tribunal Penal Internacional que fornecem informações sobre atos que poderão eventualmente ser considerados crimes de sua competência. A mídia em geral noticiou que Jair Bolsonaro foi ‘denunciado’ ao Tribunal. Apesar de a utilização do termo ‘denúncia’ não ser incorreta ao referir-se, nos termos do Estatuto de Roma, a provocações feitas à Procuradoria, ela pode causar confusão se feita a analogia ao processo penal brasileiro. No plano doméstico, a denúncia refere-se ao início de uma ação penal pública pelo Ministério Público. No plano jurídico internacional, o termo ‘denúncia’ pode ser tecnicamente utilizado para se fazer alusão ao pedido de investigação dirigido à Procuradoria do Tribunal Penal Internacional, como consta dos artigos 13(a) e (c) e 17(1)(c) do Estatuto de Roma.

uma investigação nacional acerca desses eventos (CADHU E COMISSÃO ARNS, 2019; TERENA, 2022).

O comunicado submetido cerca de um ano depois denunciava a “política estatal desenvolvida pelo governo de Jair Bolsonaro”, que “levou a uma escalada de violência contra as comunidades indígenas na Amazônia, criminalidade contra ativistas ambientais e atos de destruição deliberada da floresta tropical amazônica” (APIB; SURUI; METUKTIRE, 2020, p. 3). O comunicado, que além de assinado pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) também leva o nome das lideranças Almir Surui e Raoni Metuktire, além de apontar os alarmantes dados sobre a depredação ambiental no Brasil, também trouxe para sua argumentação o tratamento conferido às populações indígenas durante a pandemia de COVID-19, destacando em particular a “decisão relativa aos povos indígenas tomada pelo Chefe de Estado no início de julho” de 2021 na qual ele eximia o governo federal de sua obrigação “de garantir o acesso dos povos indígenas à água potável” (APIB; SURUI; METUKTIRE, 2020, p. 30). A petição indicava que as práticas perpetradas pelo governo brasileiro equivaleriam aos crimes contra a humanidade de assassinato (7(1)(a)), transferência forçada de população (7(1)(d)) e perseguição contra qualquer grupo ou coletividade identificável (7(1)(k)) (APIB; SURUI; METUKTIRE, 2020).

Em agosto de 2021, a APIB protocolou outro comunicado junto à Procuradoria do Tribunal Penal Internacional onde argumentava que através de ataques, incursões, invasão de propriedade, destruição e usucapião de terras indígenas, desmatamento, mineração ilegal e mineração industrial em terras indígenas e a propagação da pandemia de COVID-19 entre os povos indígenas, o governo Bolsonaro estaria promovendo uma “destruição da infraestrutura pública que sustenta os direitos indígenas, sociais e ambientais” (APIB, 2021, p. 34). A APIB alegou que os atos listados em sua petição caracterizariam os crimes de genocídio e crimes contra a humanidade, respectivamente nos termos dos artigos 6º e 7º do Estatuto de Roma. Segundo o comunicado, a análise dos atos típicos que se enquadram no crime de genocídio torna evidente que as ações empreendidas por Jair Bolsonaro em relação aos povos indígenas podem ser justamente caracterizadas como sérias violações à sua integridade física e mental, de acordo com o disposto no artigo 6(b). Além disso, tais atos também podem ser interpretados como uma intencional submissão dessas comunidades a condições de vida destinadas a causar sua completa destruição ou, no mínimo, uma destruição parcial, conforme delineado no artigo 6(c). No tocante aos crimes contra a humanidade, três dos atos enumerados são particularmente relevantes para crimes decorrentes da política anti-indígena que levou a crimes ambientais, além das ações do presidente Jair Bolsonaro destinadas a espalhar a pandemia da COVID-19: o extermínio (artigo 7(1)(b)), perseguição (Artigo 7(1)(h)) e “outros atos desumanos de caráter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento ou lesões graves à integridade física ou à saúde física ou mental” (Artigo 7(1)(k)) (APIB, 2021).

O quarto e último comunicado examinado no presente artigo, elaborado pela organização AllRise, indicava haver um ataque generalizado dirigido contra uma população civil de acordo e em prol de uma política de Estado no Brasil. Essa situação caracterizaria três tipos de crimes contra a humanidade: assassinatos foram e continuam a ser cometidos contra defensores Ambientais (artigo 7(1)(a)); outros atos desumanos foram e continuam a ser cometidos contra dependentes e defensores ambientais (artigo 7(1)(k)); e atos de perseguição foram e continuam a ser cometidos contra dependentes e defensores ambientais (artigo 7(1)(h)) (ALLRISE, 2021).

O professor Aziz Saliba, em reportagem para o *Estado de Minas*, indicou os empecilhos que se apresentam para que esses comunicados se convertam em comunicação:

[A] dificuldade está no tribunal só julgar quando o Estado, por favorecimento das autoridades, ou por incapacidade, não consegue fazê-lo.

[...]

o fato de Bolsonaro não ser mais presidente do país sinaliza ao TPI que há chances maiores de ele ser julgado no Brasil.

Apesar disso, o professor afirma que as comunicações ao tribunal são importantes para evidenciar a gravidade dos fatos e gerar pressão internacional pelo julgamento. As provas levantadas, tanto pela CPI quanto nas demais comunicações sobre os povos indígenas, também podem ser usadas pelo Judiciário investigadores no Brasil (BRANDINO, 2023).

Nos últimos anos, diversas vozes vêm opinando acerca do potencial dos comunicados de ocasionar a instauração de julgamentos pelo Tribunal Penal Internacional, especialmente por acreditarem já ser possível identificar-se a possibilidade de subsunção de algumas de suas condutas aos crimes previstos no Estatuto de Roma, tratado internacional constitutivo do Tribunal. Contudo, para que se possa avaliar as reais possibilidades de esses comunicados tornarem-se situações investigadas pelo Gabinete do Procurador é necessário analisar aspectos inerentes ao procedimento interno, assim como conhecer a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional, questões abordadas nas próximas seções.

3. O PAPEL DOS 'COMUNICADOS' NO PROCESSO DO TPI E A DISCRICIONARIEDADE PERSECUTÓRIA DO GABINETE DO PROCURADOR

O Artigo 13 do Estatuto de Roma estabelece que existem três mecanismos de acionamento para o início de uma investigação no TPI: quando um caso é encaminhado ao Gabinete do Procurador por um Estado Parte do Estatuto de Roma; quando um caso é encaminhado ao Gabinete do Procurador pelo Conselho de Segurança da ONU; ou quando o Gabinete do Procurador decide solicitar autorização para abrir uma investigação². Essa autorização é concedida após revisão judicial positiva por uma das Câmaras de Pré-Julgamento (CPJ) do TPI, que requer uma base razoável para proceder com uma investigação e uma avaliação preliminar de jurisdição (ETPI, 1998, art. 15(4)).

O papel da CPJ na revisão judicial e confirmação de uma investigação *proprio motu* pelo Gabinete do Procurador é o de garantir que “os requisitos da justiça possam prevalecer sobre qualquer decisão política” (OCAMPO, 2009, p. 14, trad. própria). A autorização da CPJ só é necessária quando a Procuradoria decide iniciar a investigação *proprio motu*. Isso se deve ao alto grau de independência do Procurador, que está intimamente relacionado com o poder discricionário da Procuradoria.

Para iniciar uma investigação, a Procuradoria pode receber comunicados de *notitia criminis*, que dão início aos procedimentos preliminares e cujo encerramento se dá com a

² Para Reynolds e Xavier, a supervisão da Câmara de Pré-Julgamento sobre os poderes *proprio motu* da Procuradoria é uma indicação clara de que este é o mecanismo de acionamento menos poderoso, enquanto os referendos por Estados Partes e pelo Conselho de Segurança são mecanismos com maior força. Assim, existiria implicitamente uma hierarquia nos mecanismos de acionamento da jurisdição do Estatuto de Roma (REYNOLDS; XAVIER, 2016, p. 970).

decisão de solicitar a abertura de investigação ou não (OLÁSULO, 2003, p. 94). Esses comunicados são, na verdade, documentos que dão conhecimento à Procuradoria do Tribunal Penal Internacional, hoje exercida pelo jurista Karim Khan, de fatos, em geral transcorridos em algum dos Estados Membros do Tribunal, que poderiam deflagrar sua competência. A partir das informações prestadas, e entendendo haver elementos que o justifiquem, pode a Procuradoria optar por investigá-los. Essas comunicações podem ser submetidas por *e.g.* pessoas físicas e organizações da sociedade civil. Os procedimentos preliminares que antecedem a abertura da investigação buscam determinar se há uma base razoável para proceder com a investigação, averiguar a admissibilidade do caso de acordo com o Estatuto de Roma e definir os parâmetros pessoais, territoriais e temporais nos quais o TPI poderá exercer sua jurisdição (ETPI, 1998, art. 53(1)).

Uma investigação pode ser iniciada e um caso pode ser apresentado³ a critério do Procurador, desde que atenda aos parâmetros legais estabelecidos pelo Estatuto. Em outras palavras, o Gabinete do Procurador, atuando independentemente como um órgão autônomo do Tribunal (ETPI, 1998, art. 42(1)), exerce sua independência ao decidir se deve ou não processar com base nos fatos do caso e guiada pela legislação internacional (BAKIBINGA, 2018, p. 179). Apesar da ampla margem de discricionariedade no que diz respeito ao início de investigações e procedimentos criminais, o Procurador está limitado aos requisitos estatutários de independência processual e igualdade perante o Tribunal (TPII, 2001, para. 596-618).

Em termos práticos, o poder discricionário da Procuradoria significa que ela pode escolher quais casos e delitos processar e levar a julgamento. Muitas vezes, a Procuradoria deve equilibrar entre a necessidade de previsibilidade e certeza jurídica, de um lado, e o pragmatismo e a flexibilidade caso a caso, do outro (BÅDAGÅRD; KLAMBERG, 2017). Ao mesmo tempo, deve buscar legitimidade externa e validação da sua atuação no contexto mais amplo da justiça penal internacional.

Os procuradores internacionais possuem mandato e capacidade mais limitados, e devem aplicar ao menos algum nível de seletividade em relação aos crimes selecionados para investigação (ARBOUR, 1999, p. 213), embora, dentro desse quadro, o Gabinete do Procurador tenha considerável margem de manobra para selecionar situações e casos para investigação e julgamento (VAN DER WILT, 2021, p. 308). Portanto, cortes e tribunais internacionais são inerentemente limitados por uma seletividade clássica e operacional em seu *design* (KIYANI, 2016). No entanto, essa seletividade é frequentemente criticada devido à influência do enviesamento político (*e.g.* SCHABAS, 2010), que inevitavelmente replica desequilíbrios de poder entre Estados por meio da atenção diferenciada dada aos Estados ocidentais *versus* o Terceiro Mundo (KIYANI, 2016, p. 948). A seletividade influenciada pela dimensão política da atuação da justiça penal internacional não só a torna inconsistente, imparcial e representativa (KOTECHA, 2020), mas também representa uma ameaça à legitimidade do TPI (DeGUZMAN, 2012) e tem como consequência final a perda de confiança na capacidade do tribunal de administrar uma justiça imparcial e igual (EZENNIA, 2016, p. 477).⁴

³ Uma situação, geralmente definida em parâmetros temporais, territoriais e, em alguns casos, pessoais, implica os procedimentos previstos no Estatuto de Roma para determinar se uma situação específica deve dar origem a uma investigação (PRE-TRIAL CHAMBER I, 2006, para. 65). Em outras palavras, “uma situação é um contexto maior em que há ocorrência de crimes universais e, em geral, dentro de cada situação, pode haver vários casos apresentados, então, contra pessoas físicas às quais se imputa a responsabilidade criminal” (LECHENAKOSKI; DISSENHA, 2020, p. 494).

⁴ Ezennia ainda destaca: “[...] essa discricionariedade é tão abusada hoje em dia que o Gabinete do Procurador seleciona algumas situações e ignora muitas outras igualmente merecedoras. Essa prática tem uma dupla

Nos termos dos artigos 17 (pedidos de investigação *proprio motu*) e 53 (encaminhamento de casos ao Gabinete do Procurador) do Estatuto de Roma, a admissibilidade de um caso é determinada *inter alia* pela 'gravidade' e pelos 'interesses da justiça'. Esses critérios frequentemente observam estratégias de priorização que levam em consideração as realidades práticas enfrentadas pelo Gabinete em seu trabalho, incluindo o número de casos que a Procuradoria pode investigar e processar durante um dado período, com os recursos disponíveis (GABINETE DO PROCURADOR, 2016, p. 16).

O critério de gravidade, que reflete o propósito e o escopo do TPI de processar e julgar os crimes considerados mais graves para a comunidade internacional (OCHI, 2019, p. 2), costuma ser aplicado pela Procuradoria em dois estágios diferentes: ao avaliar se uma situação é admissível perante o TPI; e ao selecionar quais casos serão (ou não) investigados e processados, em uma espécie de gravidade relativa (SÁCOUTO; CLEARY, 2008), já que, mesmo dentre o grupo dos crimes mais sérios para a comunidade internacional, nem todos os crimes podem ser processados na prática (MURPHY, 2006, p. 287). A avaliação do critério de gravidade é duplo (*twofold*) e quali-quantitativo, uma vez que não apenas a escala dos supostos crimes deverá ser examinada, mas também sua natureza, forma de cometimento e impacto nas vítimas (PRE-TRIAL CHAMBER I, 2010, para. 31; 2016, para. 51).

Já em relação aos interesses da justiça, ao determinar se uma situação atende a esse critério (o que ocorre após as questões de jurisdição e admissibilidade terem sido positivamente determinadas), a Procuradoria deve levar em consideração fatores como a gravidade do crime, os interesses das vítimas e as circunstâncias particulares do acusado (GABINETE DO PROCURADOR, 2007). O estabelecimento desses fatores almeja equilibrar os interesses da justiça, em que se coadunam os interesses das vítimas, questões de paz e segurança e medidas não-acusatórias, com a gravidade do crime e outras circunstâncias possíveis que pesem a favor do início de uma investigação (DIAS, 2017, p. 751).

Os interesses da justiça, um termo guarda-chuva para qualquer fator que contribui para a realização de uma das funções da justiça penal internacional (DIAS, 2017, p. 743), são permeados por uma ambiguidade criativa (SCHARF, 1999) e seguem uma política de 'flexibilidade estrita'⁵ que interage com a indeterminação legal do direito internacional (Cf. KOSKENNIEMI, 2006). Portanto, ao avaliar se um caso serve aos interesses da justiça, o Procurador deve examinar todos os aspectos legais, políticos, diplomáticos e quaisquer outros relevantes da situação, tendo em mente a natureza excepcional da aplicação do artigo 53 (RASHID, 2013, p. 65). O Procurador ainda tem autorização legal para levar em consideração elementos políticos para determinar se proceder com uma investigação ou acusação estaria nos interesses da justiça (DAVIS, 2015). O Artigo 53(1)(c) possui uma estrutura aberta para que possa se adaptar às situações enfrentadas pelo Escritório do Procurador e pelo próprio Tribunal e não comprometer a eficácia prevista pelo uso de poderes discricionários (CÔTÉ, 2005, p. 172).

implicação. Por um lado, os perpetradores de crimes do Estatuto de Roma nas situações selecionadas provavelmente são julgados/punidos pelo TPI, e suas vítimas recebem justiça. Por outro lado, os perpetradores dos mesmos crimes nas situações ignoradas ficam impunes, e suas vítimas são permanentemente privadas de justiça quando os tribunais nacionais não têm capacidade ou vontade de agir. A consequência final é que tanto os perpetradores nas situações selecionadas quanto as vítimas nas situações ignoradas perdem a confiança na capacidade do Tribunal de administrar justiça imparcial e igual." (EZENNIA, 2016, p. 477, tradução nossa).

⁵ O memorando do Gabinete do Procurador sobre os interesses da justiça "adota uma abordagem específica ao contexto que reconhece as limitações práticas decorrentes da indeterminação da disposição e da falta de esclarecimentos adicionais no texto do Estatuto de Roma" (VARAKI, 2017, p. 462, trad. própria).

4. OS COMUNICADOS SOBRE A SITUAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL E AS QUESTÕES PROCESSUAIS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Ainda que se argumente que, por suas ações ou omissões, o governo Bolsonaro foi responsável por perpetrar crimes contra a humanidade e/ou genocídio, a instauração de casos no Tribunal Penal Internacional depende da apresentação de provas que inequivocamente confirmem a existência de intenção por parte dos autores. E essa é uma das maiores dificuldades para que se concretize uma condenação no Tribunal Penal Internacional.

Ao investigar a alegação, informada no comunicado de novembro de 2019, de que há uma política genocida por parte do governo Bolsonaro com relação à população indígena, a Procuradoria deve considerar a existência de atos intencionais de destruição total ou parcial de povos indígenas, por meio, por exemplo, de ofensas graves à integridade física ou mental de membros desses grupos, ou de sujeição dos povos nativos a condições de vida que os possam destruir, total ou parcialmente. Para isso, tem que examinar, dentre outros fatos, a série de discursos de membros da administração atual e a adoção de efetivas medidas governamentais referentes aos povos indígenas, de modo a constatar se comprovam a intenção de destruição, prevista no Artigo 6 do Estatuto de Roma como condição para que se verifique o crime de genocídio. É importante entender que nem sempre os elementos contextuais necessários para constatar-se a existência de crimes contra a humanidade, sobretudo o ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, se fazem presentes.

Ademais, para além das provas que apontem a autoria e intenção de atos considerados crimes pelo Estatuto de Roma, a avaliação quanto à possibilidade de instauração do caso no Tribunal deve levar em conta outros aspectos processuais e questões que remontam ao propósito da justiça criminal internacional.

Quando comunicados, como os mencionados, chegam à Procuradoria, eles passam por uma série de avaliações antes de se converterem em casos contra indivíduos específicos. Ao receber as informações, o Gabinete do Procurador do Tribunal Penal Internacional realiza os chamados ‘exames preliminares’ e decide se pedirá ou não aos juízes da Câmara de Pré-Julgamento⁶ autorização para abertura de um inquérito.⁷ É pela instauração desse que se inicia a segunda fase, chamada de investigação. Os eventos reportados ao Tribunal passam então a ser identificados como ‘situações’ já que é somente durante o inquérito que os suspeitos são identificados. Somente após as duas referidas etapas (exames preliminares e investigação), o Gabinete do Procurador decidirá sobre a instauração de casos contra indivíduos específicos junto ao Tribunal.

Durante os ‘exames preliminares’ são feitas três verificações gerais, conforme o disposto no Artigo 53(1) do Estatuto de Roma: (i) a verificação de competência do Tribunal, pelo que se busca constatar se o caso se encontra sob sua jurisdição; (ii) a existência dos elementos necessários à admissibilidade do caso; e (iii) os interesses da justiça.

A primeira apreciação diz respeito à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Nessa etapa são considerados quatro parâmetros competenciais pelos quais a jurisdição se manifesta: (i) a competência *ratione materiae*, referente aos crimes previstos no Estatuto de Roma que

⁶ Também traduzida para o português como Juízo de Instrução.

⁷ A autorização da Câmara de Pré-Julgamento só é necessária quando a Procuradora do Tribunal Penal Internacional decide iniciar a investigação *proprio motu*, prevista nos artigos 13(c) e 15 do Estatuto de Roma. As demais modalidades de acionamento da jurisdição do Tribunal – pela denúncia de um Estado Parte à Procuradora (artigo 13(a)) ou do Conselho de Segurança das Nações Unidas (artigo 13(b)) – não requerem a mesma autorização.

podem ser julgados pelo Tribunal, a saber, o crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão; (ii) a competência *ratione temporis*, que se concretiza após a vigência internacional do Estatuto de Roma, em 1º de julho de 2002, mas que considera também como marco inicial a data em que passou a vigorar o Estatuto em relação aos Estados que posteriormente a ele aderiram (Artigos 11 e 126); (iii) a competência *ratione personae*, estabelecida com base na nacionalidade da pessoa a quem é imputado o crime (Artigo 12(2)(b)); e (iv) a competência *ratione loci*, verificada pelo território onde teve lugar a conduta em questão (Artigo 12(2)(a)).⁸ No que se refere aos comunicados apresentados ao Tribunal contra o governo brasileiro, consubstanciam-se os três últimos critérios competenciais. Contudo, no que alude à competência em razão da matéria, surgem algumas questões. Uma eventual denúncia da Procuradora teria que convencer o Tribunal de que existem os elementos contextuais dos crimes: para os crimes contra a humanidade, um ataque deliberado, sistemático ou generalizado; para o crime de genocídio, a intenção de destruição total ou parcial de um determinado grupo. Em ambos os casos, não cabe apenas analisar a consequência dos atos para que se configure o crime. É preciso que se verifique, como mencionado, a intenção do autor.

Em seguida à análise de cabimento do exercício da jurisdição da Corte, é realizado um exame de admissibilidade, em que se avalia se a ação judicial deveria ser movida em âmbito doméstico ou se prevalece a jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Nessa etapa, de acordo com o disposto no Artigo 17(1) do Estatuto de Roma, entram em apreciação dois aspectos: a complementaridade, prevista nas alíneas (a), (b) e (c) do dispositivo, e a gravidade, conforme disposto na alínea (d).

A complementaridade se traduz pelo diálogo entre a Corte e os Estados. A Câmara de Apelações⁹, no julgamento do recurso contra a decisão da Câmara de Pré-Julgamento no Caso Ruto, Kosgey e Sung, reiterou que a ideia da complementaridade é que os Estados possuem a responsabilidade primária de exercer jurisdição criminal e a Corte não substitui, mas apenas os complementa nessa função (APPEALS CHAMBER, 2011). Esse é um aspecto da admissibilidade que algumas vezes causa confusão. A ideia da complementaridade não implica o esgotamento dos recursos internos, critério em geral utilizado pelas cortes internacionais de direitos humanos.

A complementaridade pressupõe verificar se há (ou houve) algum tipo de julgamento para a situação em questão no âmbito doméstico. Caso exista, busca-se constatar se se configura algum dentre os cenários previstos no artigo 17(1). E isso envolve averiguar se houve investigações no passado e se o Estado julgou ou não as pessoas de interesse do Tribunal. Em outras palavras, o Tribunal Penal Internacional complementa a atividade doméstica de modo a julgar indivíduos que não foram processados sob a jurisdição nacional, ou que o foram, mas em processos que não hajam sido conduzidos de forma independente ou imparcial, ou que foram instaurados justamente para absolver os acusados de suas responsabilidades penais, em conformidade com as hipóteses previstas no Artigo 20(3), alíneas (a) e (b).

⁸ Em casos indicados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas os dois últimos parâmetros competenciais – *ratione personae* e *ratione loci* – não precisam estar presentes.

⁹ A Câmara de Apelações (ou Juízo de Recursos) decide sobre os recursos apresentados à decisão do Juízo de Julgamento em Primeira Instância. Tanto a Procuradora quanto a Defesa possuem o direito de recorrer da sentença. É importante destacar que os Juízes que compõem a Câmara de Apelações não são os mesmos do Juízo de Julgamento.

Por outro lado, a inexistência por completo de inquérito ou julgamento doméstico é razão suficiente para justificar-se a admissibilidade do caso perante a Corte. Isso ficou definido pela Câmara de Apelações no julgamento sobre a admissibilidade do Caso Katanga, que entendeu que, nessa circunstância, é desnecessário avaliar a admissibilidade segundo os critérios dispostos no artigo 17(1), alíneas (a) e (b), passando-se imediatamente à etapa de avaliação da gravidade, nos termos Artigo 17(1), alínea (d) (APPEALS CHAMBER, 2009).

A apreciação da gravidade é ainda parte da avaliação de admissibilidade e não está relacionada à complementaridade. Ela considera um limiar traçado pelo Tribunal para excluir casos considerados por ele de menor significância. Não há, no entanto, um número de vítimas a partir do qual se estabeleceria a gravidade. Na decisão sobre o desafio de admissibilidade pelo critério de gravidade relativo ao Caso Al Hassan, a Câmara de Apelações afirmou que os critérios quantitativos possuem relevância, mas eles não podem ser determinantes para estabelecer a gravidade da situação. Portanto, essa apreciação deve ter um caráter holístico, incorporando elementos quantitativos e qualitativos. Os componentes qualitativos, de sua parte, seriam relacionados à natureza dos crimes, ao grau de responsabilidade do autor pelos crimes cometidos, aos motivos que o moveram etc. Assim, após avaliar a gravidade em seus aspectos quantitativo e qualitativo, a Corte, apesar de ter jurisdição sobre o caso e de este cumprir os critérios de admissibilidade, pode não lhe dar prosseguimento por entendê-lo de menor gravidade (PRE-TRIAL CHAMBER I, 2019). A avaliação da gravidade talvez seja a chave para nos ajudar a compreender que nem toda violação em massa de direitos humanos será julgada no Tribunal Penal Internacional.

O Artigo 53 do Estatuto de Roma, ao listar os três aspectos que foram considerados até aqui – a competência, a admissibilidade e a gravidade – como os critérios nos quais a Procuradoria do Tribunal se baseia para decidir sobre a abertura de um inquérito, ainda apresenta um último parâmetro, fundamental para se compreender a atuação da Procuradoria e do Tribunal (e que já foi discutido em um policy paper de 2007): o ‘interesse da justiça’ (GABINETE DO PROCURADOR, 2007). Ele pressupõe o exercício da discricionariedade persecutória da Procuradoria para, com base nos fatos e circunstâncias da situação, proceder ou não para a investigação, ainda que os demais critérios tenham sido satisfeitos.

Com base na análise aqui feita do processo e da prática do Tribunal Penal Internacional nas questões de admissibilidade, cabem dois comentários acerca dos comunicados submetidos por organizações não-governamentais sobre a situação dos povos indígenas no Brasil. Em primeiro lugar, com o fim do governo Bolsonaro, diminui-se a chance do andamento do caso na esfera internacional. Acredita-se que, com uma nova administração haja uma maior propensão do governo brasileiro de investigar e julgar os crimes perpetrados pela administração anterior. Nesse sentido, pelo princípio da complementaridade a preferência para o julgamento é no ambiente doméstico. Um segundo comentário diz respeito ao critério de gravidade. Diante do panorama de questões que se colocam frente à Procuradoria do Tribunal Penal Internacional é possível que a situação dos povos indígenas do Brasil, apesar de grave, não alcance o nível de severidade necessário para figurar dentre os crimes em larga escala que tenham causado grande sofrimento ou afetado significativamente a comunidade internacional. Dadas as limitações do Tribunal, a Procuradoria necessita escolher dentre muitos casos aqueles aos quais vai dar prioridade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Outras questões não relacionadas ao procedimento do Tribunal podem igualmente afetar a decisão do Gabinete do Procurador de iniciar uma investigação a partir das informações relatadas nos comunicados. O Tribunal Penal Internacional vem sendo, ao longo dos últimos anos, alvo de muitas críticas que vão da lentidão e custo dos processos à ineficácia de seus julgamentos. Até o momento, o Tribunal condenou apenas quatro indivíduos e um deles, por uma decisão polêmica da Câmara de Apelações, em 2018, teve sua condenação revertida.¹⁰

A dificuldade de se alcançar a condenação perante o Tribunal Penal Internacional induz que a decisão da Procuradora de abrir uma investigação ou caso deva ser bastante criteriosa quanto à existência de provas inequívocas da autoria dos crimes. De outra forma, o Tribunal mobiliza testemunhas e vítimas – dependentes as últimas da condenação final para fazerem jus a reparações, e despense recursos humanos e econômicos em julgamentos de resultados exíguos, abalando sua posição como mecanismo de fortalecimento da justiça internacional.

REFERÊNCIAS

ALLRISE. **Communication under Article 15 of the Rome Statute of the International Criminal Court regarding the Commission of Crimes Against Humanity against Environmental Dependents and Defenders in the Brazilian Legal Amazon from January 2019 to present, perpetrated by Brazilian President Jair Messias Bolsonaro and principal actors of his former or current administration.** The Hague: International Criminal Court (ICC), 12 out. 2021.

APIB; SURUI, A.; METUKTIRE, R. **COMUNICAÇÃO NOS TERMOS DO ARTIGO 15 DO ESTATUTO DE ROMA Contra o Presidente da República do Brasil Jair BOLSONARO, membros de seu governo, assim como qualquer autor e cúmplice que a investigação venha a estabelecer.** Paris: International Criminal Court (ICC), 21 dez. 2020.

APIB. **Communication to the Prosecutor requesting a Preliminary Examination of Genocide and Crimes against Humanity perpetrated against the Indigenous Peoples of Brazil Committed by President Jair Messias Bolsonaro.** Brasil: International Criminal Court (ICC), 9 ago. 2021.

APPEALS CHAMBER. **Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case: The Prosecutor v. Germain Katanga.** The Hague: International Criminal Court (ICC), 25 set. 2009.

APPEALS CHAMBER. **Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute”:** The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang. The Hague: International Criminal Court (ICC), 30 ago. 2011.

ARBOUR, Louise. The Need for an Independent and Effective Prosecutor in the Permanent International Criminal Court. **Windsor Yearbook of Access to Justice**, v. 17, p. 207-220, 1999. Disponível em:

¹⁰ A decisão do Caso Bemba foi revertida pela Câmara de Apelações, que declarou que as evidências apresentadas não estabeleciam, com o grau de prova exigido, que Bemba, como comandante militar, falhou em tomar as medidas necessárias e razoáveis para prevenir e/ou punir os crimes.

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/windyrbaj17&div=10&id=&page=>. Acesso em: 23 set. 2023.

BÅDAGÅRD, Lovisa; KLAMBERG, Mark. The Gatekeeper of the ICC: Prosecutorial strategies for selecting situations and cases at the International Criminal Court. **Georgetown Journal of International Law**, v. 48, p. 639-733, 2017. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/international-law-journal/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/48-3-The-Gatekeeper-of-the-ICC.pdf>. Acesso em: 23 set. 2023.

BAKIBINGA, David B. Prosecutorial discretion and independence of the ICC prosecutor: concerns and challenges. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, v. 10, n. 2, p. 177-193, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/12/ARTIGO-10.pdf>. Acesso em: 23 set. 2023.

BRANDINO, G. **Bolsonaro pode responder por genocídio no Tribunal Penal Internacional se Justiça do Brasil falhar.** Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2023/02/20/interna_politica,1459761/bolsonaro-pode-responder-por-genocidio-no-tribunal-penal-internacional-se-j.shtml. Acesso em: 8 out. 2023.

CADHU E COMISSÃO ARNS. **Informative Note to the Prosecutor: International Criminal Court pursuant to Article 15 of the Rome Statute requesting a Preliminary Examination into Incitement to Genocide and Widespread Systematic Attacks Against Indigenous Peoples by President Jair Messias Bolsonaro in Brazil.** São Paulo: International Criminal Court (ICC), nov. 2019.

CÔTÉ, Luc. Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law. **Journal of International Criminal Justice**, v. 3, n. 1, p. 162-186, mar. 2005. Disponível em: <https://academic.oup.com/jicj/article/3/1/162/888735>. Acesso em: 23 set. 2023.

DAVIS, Cale. Political Considerations in Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court. **International Criminal Law Review**, v. 15, n. 1, p. 170-189, 2015. Disponível em: https://brill.com/downloadpdf/journals/icla/15/1/article-p170_7.xml. Acesso em: 23 set. 2023.

DeGUZMAN, Margaret M. Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court. **Michigan Journal of International Law**, v. 33, n. 2, p. 265-320, 2012. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol33/iss2/2/>. Acesso em: 23 set. 2023.

DIAS, Talita de S. 'Interests of justice': Defining the scope of Prosecutorial discretion in Article 53(1)(c) and (2)(c) of the Rome Statute of the International Criminal Court. **Leiden Journal of International Law**, v. 30, n. 3, p. 731-751, set. 2017. Disponível em: doi:[10.1017/S092215651700022X](https://doi.org/10.1017/S092215651700022X). Acesso em: 23 set. 2023.

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (ETPI). Roma, 1998.

EZENIA, Celestine N. The *Modus Operandi* of the International Criminal Court System: An Impartial or a Selective Justice Regime? **International Criminal Law Review**, v. 16, n. 3, p. 448-

479, 2016. Disponível em: https://brill.com/view/journals/icla/16/3/article-p448_3.xml?language=en. Acesso em: 23 set. 2023.

GABINETE DO PROCURADOR. **Policy paper on case selection and prioritisation**. Haia: TPI, 2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Acesso em: 23 set. 2023.

GABINETE DO PROCURADOR. **Policy Paper on the Interests of Justice**. Haia: TPI, 2007. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/ICCOTPIInterestsOfJustice.pdf>. Acesso em: 23 set. 2023.

KIYANI, Asad. Group-Based Differentiation and Local Repression: The Custom and Curse of Selectivity. **Journal of International Criminal Justice**, v. 14, n. 4, p. 939-957, set. 2016. Disponível em: <https://academic.oup.com/jicj/article/14/4/939/2236031>. Acesso em: 23 set. 2023.

KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

KOTECHA, Birju. The International Criminal Court's Selectivity and Procedural Justice. **Journal of International Criminal Justice**, v. 18, n. 1, p. 107-139, mar. 2020. Disponível em: <https://academic.oup.com/jicj/article/18/1/107/5841735>. Acesso em: 23 set. 2023.

LECHENAKOSKI, Bryan B.; DISSENHA, Rui C. O Caso Afeganistão no Tribunal Penal Internacional: como a "síndrome de Nuremberg" contaminou a corte. **Revista Húmus**, v. 10, n. 28, p. 491-519, 2020. Disponível em: <https://periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/13323>. Acesso em: 23 set. 2023.

MURPHY, Ray. Gravity Issues and the International Criminal Court. **Criminal Law Forum**, v. 17, p. 281-315, 2006. Disponível em: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s10609-006-9020-7.pdf>. Acesso em: 23 set. 2023.

OCAMPO, Luis M. The International Criminal Court in motion. *In*: STAHN, Carsten; SLUITER, Göran (eds.). **The Emerging Practice of the International Criminal Court**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 13-19.

OCHI, Megumi. **Gravity Threshold Before the International Criminal Court: an overview of the Court's practice**. ICD Brief 19. Haia: International Crimes Database (ICD), 2019. Disponível em: <https://internationalcrimesdatabase.org/upload/documents/20160111T115040-Ochi%20ICD%20Format.pdf>. Acesso em: 23 set. 2023.

OLÁSULO, Héctor. The prosecutor of the ICC before the initiation of investigations: A quasi-judicial or a political body? **International Criminal Law Review**, v. 3, p. 87-150, 2003. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2962134. Acesso em: 23 set. 2023.

PRE-TRIAL CHAMBER I. **Decision on the Admissibility Challenge raised by the Defence for Insufficient Gravity of the Cas: The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud**. The Hague: International Criminal Court (ICC), 27 set. 2019.

PRE-TRIAL CHAMBER I. **Decision on Applications for Participation in the Proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5 and VPRS-6.** ICC-01/04-101-tEN-Corr. Haia, 19 de janeiro de 2006. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-101-ten-corr>. Acesso em: 23 set. 2023.

PRE-TRIAL CHAMBER I. **Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation.** ICC-01/15. Haia, 27 de janeiro de 2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_00608.PDF. Acesso em: 23 set. 2023.

PRE-TRIAL CHAMBER I. **Decision on the Confirmation of Charges.** ICC-02/05-02/09-243-Red. Haia, 08 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02/05-02/09-243-red>. Acesso em: 23 set. 2023.

RASHID, Farid M. "The Interests of Justice" under the ICC Prosecutor Power: Escaping Forward. *In*: ESIN, Cigdem et al. (eds.). **Crossing Conceptual Boundaries V.** London: University of East London, 2013, p. 53-69.

REYNOLDS, John; XAVIER, Sujith. 'The Dark Corners of the World': TWAIL and International Criminal Justice. **Journal of International Criminal Justice**, v. 14, n. 4, p. 959-983, set. 2016. Disponível em: <https://academic.oup.com/jicj/article/14/4/959/2236032>. Acesso em: 23 set. 2023.

SÁCOUTO, Susana; CLEARY, Katherine. The Gravity Threshold of the International Criminal Court. **American University International Law Review**, v. 23, n. 5, p. 807-854, 2008. Disponível em: https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/47/. Acesso em: 23 set. 2023.

SCHABAS, William A. Victor's Justice: Selecting Situations at the International Criminal Court. **The John Marshall Law Review**, v. 43, p. 535-552, 2010. Disponível em: <https://repository.law.uic.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1085&context=lawreview>. Acesso em: 23 set. 2023.

SCHARF, Michael P. The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court. **Cornell International Law Journal**, v. 32, n. 3, p. 507-527, 1999. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1454&context=cilj>. Acesso em: 23 set. 2023.

TERENA, L. E. **Povos indígenas e o judiciário no contexto pandêmico: A ADPF 709 proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil.** Rio de Janeiro: Mórula Editorial, 2022.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA (TPII). Câmara de Apelações. Prosecutor v Zejnil DELALIC, Zdravko MUCIC (aka "PAVO"), Hazim DELIC and Esad LANDŽO (aka "ZENGA") ("ELEBICI Case"). IT-96-21-A. Haia, 20 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2023.

VAN DER WILT, Harmen. Selectivity in International Criminal Law: Assymetrical Enforcement as a Problem for Theories of Punishment. *In*: JESSBERGER, Florian; GENEUSS, Julia (eds.). **Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities?** Purposes of Punishment in International Criminal Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 305-322.

VARAKI, Maria. Revisiting the 'Interests of Justice' Policy Paper. **Journal of International Criminal Justice**, v. 15, n. 3, p. 455-470, 2017. Disponível em: <https://academic.oup.com/jicj/article/15/3/455/4085323>. Acesso em: 23 set. 2023.

DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

Recebido em: 09 de outubro de 2023;
Controle de plágio: 09 de outubro de 2023;
Decisão editorial preliminar: 14 de novembro de 2023;
Retorno rodada de correções -;
Decisão editorial final: 12 de dezembro de 2023;

Editor: ABRANTES, V. A.
Correspondente: CARRIJO, A. G.