

A jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional e o deslocamento forçado do Povo Rohingya: o caso Myanmar v. Bangladesh do TPI

The universal jurisdiction of the International Criminal Court and the forced displacement of the Rohingya People: TPI's Myanmar v. Bangladesh case

Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro*
Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

1. Introdução

A necessidade de ressignificação dos elementos caracterizadores dos crimes contra a humanidade, para a incidência da jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional (TPI), motivou o presente estudo a respeito do deslocamento forçado do Povo Rohingya, que migra de Myanmar para Bangladesh, vitimizado pelos crimes praticados em seu Estado de origem.

Nesse contexto, o objetivo geral do artigo é analisar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional para processar os crimes contra a humanidade praticados, originariamente, no território de um Estado que não é parte do Estatuto de Roma de 1998. Por sua vez, o objetivo específico do trabalho é estudar a incidência da jurisdição da Corte no caso do Povo Rohingya, notadamente na hipótese em que um Estado não é parte do Estatuto do

*Pós-Doutoranda em Direito pela Nova School of Law – Lisboa; Pós-Doutora em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Pesquisa em nível de Pós-Doutorado em Direito Internacional e Comparado concluída pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia; Professora do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: crmloureiro@gmail.com. Orcid: 0000-0002-0471-5711.

Tribunal (Myanmar), em relação à prática de atos ilícitos que provocam desdobramentos no território de um Estado que é parte do Estatuto (Bangladesh), de acordo com o Parecer da Procuradora do Tribunal Penal Internacional, bem como da decisão da Câmara de Pré-Julgamento III, exarados no contexto do mesmo caso.

Para alcançar os objetivos geral e específico, o trabalho será conduzido pelo método dedutivo, partindo da premissa de que existem crimes de interesse da humanidade que ensejam a incidência da jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional, até mesmo diante de uma situação em que um dos Estados envolvidos não seja parte do Estatuto de Roma.

Os procedimentos adotados para o desenvolvimento das ideias apresentadas no trabalho são a análise doutrinária, jurisprudencial e documental, em especial o Parecer da Procuradora do TPI no caso do Povo Ronhingga e a decisão da Câmara de Pré-Julgamento III, do mesmo Tribunal, que autorizou o início das investigações.

Inicialmente, o artigo fará uma breve introdução a respeito da constituição do Tribunal Penal Internacional pelo Estatuto de Roma de 1998, bem como da regulamentação do instituto jurídico da jurisdição, além de abordar os princípios elementares que norteiam a atuação do Tribunal em apreço.

O trabalho apresentará a ideia de que os crimes praticados pelo Estado de Myanmar contra o Povo Rohingya configuram atos anti-imigração, que devem ser analisados sob a perspectiva interseccional pelo Tribunal Penal Internacional, instituição permanente, com sede em Haia e dotada de personalidade jurídica internacional¹, que visa a responsabilização penal individual² pela prática de crimes contra a humanidade.

O estudo apresenta uma problematização relevante em relação ao instituto jurídico da jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional, uma vez que referido instituto se aplica se os crimes forem cometidos por um nacional de um Estado-parte³, se forem praticados no território de um

1 CARDOSO, 2012.

2 ICC, *s.d.*

3 Cf. Artigo 12 (2) do Estatuto de Roma. Ver também o Artigo 5º do Estatuto de Roma: “1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão. 2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes

Estado que aceitou a jurisdição da Corte, e se houver remessa dos casos à Procuradoria do Tribunal Penal Internacional, pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU)⁴.

Na última hipótese, importante acrescentar que, se o Conselho de Segurança da ONU não remeter ao Tribunal os fatos no prazo de até 6 (seis) meses após a notificação, a investigação poderá ser iniciada pela Procuradoria do Tribunal ou mediante requerimento de um Estado-parte.

Além disso, a jurisdição do TPI poderá ser exercida dentro do contexto da complementaridade dos sistemas nacionais criminais, se o Estado não iniciar os processos ou se não quiser ou não estiver preparado para tal mister.

Após as noções preliminares sobre o Tribunal Penal Internacional e sobre o Estatuto de Roma, o trabalho discorrerá a respeito do instituto jurídico da jurisdição e de alguns princípios relativos ao Tribunal em estudo.

2. A jurisdição universal do TPI e os princípios balizadores do Estatuto de Roma de 1998

A consecução da jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional está intrinsecamente ligada a determinados princípios⁵ balizadores do Estatuto de Roma de 1998, tais como o princípio da territorialidade, o da coope-

da Carta das Nações Unidas” (BRASIL, 2002). Ainda, sob o aspecto estrutural, o Tribunal é composto por três órgãos: a Assembleia dos Estados Partes, o Tribunal Penal Internacional e o Fundo das Vítimas. A Assembleia Geral se reúne para tomar as decisões mais importantes para o Tribunal como eleição de juízes, eleição do procurador e para aprovação do orçamento da Corte, dentre outras hipóteses. O Tribunal, por sua vez, se subdivide em Presidência, a Divisão Judicial, Órgão de Condução de Investigações Preliminares e dos Processos e o Registro. A Presidência conduz as relações externas com os Estados e demais situações relacionadas ao trabalho da Corte. A Divisão Judicial é composta por 18 juízes divididos em três funções: pré-julgamento, julgamento e apelação. Por sua vez, o órgão de condução das investigações preliminares conduz as investigações e os processos. Por fim, o Registro realiza atividades não judiciais, tais como promover a segurança, a interpretação e o suporte aos advogados de defesa e das vítimas, além de outras funções estabelecidas no Estatuto de Roma (MENEZES, 2013, p. 219).

4 SALMÓN, 2011.

5 BROWNLIE, 2008, pp. 4-19. Ver também: Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito” (BRASIL, 1945).

ração e o da complementaridade, que serão desenvolvidos nesse capítulo, no contexto do exercício da jurisdição universal.

A jurisdição universal⁶ tem a natureza jurídica de um princípio que requer que os Estados realizem procedimentos criminais em relação a determinados atos, independentemente do local onde o crime ocorreu e da nacionalidade do perpetrador ou da vítima, o que representa uma forma de derrogação das regras ordinárias de jurisdição criminal.

A assertiva está fundada na ideia de que certos crimes são tão prejudiciais aos interesses internacionais que os Estados estão autorizados e obrigados a desencadear o processo relativo aos crimes internacionais em face de seus perpetradores⁷, que não podem se valer de escusas, diante da prática de atos que dizem respeito a comunidade internacional e que adentraram no contexto das normas de natureza *jus cogens*⁸.

Historicamente, o instituto jurídico da jurisdição remonta a Grotius e ao crime de pirataria, mas tornou-se mais evidente após a instituição dos Tribunais Militares Internacionais e com a adoção de novas convenções contendo explícita ou implicitamente cláusulas de jurisdição universal, a exemplo da Convenção de Genebra de 1949⁹.

6 A propósito do conceito de jurisdição internacional, interessante destacar a contribuição doutrinária que define a jurisdição internacional como: “a capacidade atributiva (poder) exercida por um Tribunal Internacional constituído a partir de um tratado, decorrente da vontade soberana dos Estados, no sentido de resolver os conflitos à medida que a ele sejam apresentados, em lugar daqueles que no conflito estão envolvidos, mediante a aplicação de uma solução contida no sistema jurídico normativo baseado na própria concepção do Direito Internacional, fontes, princípios e, principalmente, a vontade definidora e delimitadora dos estados componentes da sociedade internacional.” (MENEZES, 2013, p. 331).

7 ICC, s.d.

8 Sobre o conceito de *jus cogens*, conferir: “In international law, the term “*jus cogens*” (literally, “compelling law”) refers to norms that command peremptory authority, superseding conflicting treaties and custom. The influential *Restatement on Foreign Relations of the United States (Restatement)* defines *jus cogens* to include, at a minimum, the prohibitions against genocide; slavery or slave trade; murder or disappearance of individuals; torture or other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment; prolonged arbitrary detention; systematic racial discrimination; and “the principles of the United Nations Charter prohibiting the use of force.” *Jus cogens* norms are considered peremptory in the sense that they are mandatory, do not admit derogation, and can be modified only by general international norms of equivalent authority” (CRIDDLE, 2009, p. 331).

9 A Convenção de Genebra de 1949 regula a jurisdição universal em seus artigos 49, 50, 129 e 146. Outros documentos internacionais também contêm a previsão da jurisdição universal, tais como a Convenção de Haia de 1954 sobre Proteção da Propriedade Cultural em Conflitos Armados; a Convenção contra a Tortura de 1984 e a Convenção Internacional para a Proteção de Pessoas contra Desaparecimento Forçado de 2006.

Além disso, a jurisdição universal foi reconhecida pela jurisprudência internacional nos casos Eichmann (1961), Demanjuk (1985), Pinochet (1999) e Butare Four (2001) ao enfatizar a tese de que a jurisdição universal deveria incidir nos casos que dizem respeito a crimes internacionais e que os Estados deveriam processar crimes que causassem danos à comunidade internacional¹⁰.

Embora haja um *hard core* do direito internacional dos direitos humanos no sentido de efetivar a jurisdição universal, sua implementação exige um grau específico de jurisdição universal como uma definição clara a respeito de seus elementos constitutivos e de mecanismos nacionais que obriguem os Estados a exercer a jurisdição sobre os crimes internacionais, devido à prerrogativa dos Estados de processar referidos crimes, mesmo que não haja conexão entre o crime praticado e o Estado que o processa, em razão da jurisdição universal¹¹.

Nesse contexto, é importante destacar a relação entre a jurisdição universal e o princípio da territorialidade¹² que, de acordo com artigo 12 (2)

10 A propósito dos casos, consultar: District court of Jerusalem, Israel. Attorney General v. Adolf Eichmann (ISRAEL, 1961); Supreme Court of Israel. State of Israel v. Ivan Demjanjuk (ISRAEL, 1993); House of Lords, Great Britain (UK). Peggina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others ex parte Pinochet (REINO UNIDO, 1998); International Criminal Tribunal for Rwanda, Tanzania. The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko et al. (TANZÂNIA, 2011). Sobre a Convenção de Genebra de 1949, importa destacar que: regula a jurisdição universal em seus artigos 49, 50, 129 e 146. Outros documentos internacionais também contêm a previsão da jurisdição universal, tais como a Convenção de Haia de 1954 sobre Proteção da Propriedade Cultural em Conflitos Armados; a Convenção contra a Tortura de 1984 e a Convenção Internacional para a Proteção de Pessoas contra Desaparecimento Forçado de 2006.

11 Nesse sentido, “*In this way, it appears that as early as 1927 it was clearly explained that, while states enjoy a wide margin of discretion in the endorsement of rules of prescriptive jurisdiction, which in effect brought conduct committed abroad within the reach of their judicial machinery, their discretion is circumscribed by rules of international law, rather than rules of national law. This ‘modernised’ model of territoriality appears to have reformulated the basic issue of criminal jurisdiction along the following lines; “...although the territorial principle is not absolute, an exercise of extraterritorial jurisdiction requires a justifying principle, whether nationality; the requirements of security; the universality principle as in piracy jure gentium; or finally that interpretation of territoriality which has become known as the objective territorial principle [...]”.* The instances, at which the extension of the jurisdiction of a state beyond its borders infringed upon the rights of other subjects of international law and violated rules of international law were to be regulated on a case by case basis.⁷⁵ The practical solution in cases of conflict was to be found in the exclusive character of enforcement jurisdiction enjoyed by the territorial state.⁷⁶ Accordingly, no matter what the particular legal basis invoked by a state may be, the actual foundation of criminal jurisdiction, in practice, was the presence or custody of the accused in the state’s territory, or in a place assimilated to it” (VAGIAS, 2011, p. 30).

12 Sobre o princípio da territorialidade, conferir: “*There are four’ different theories of criminal jurisdiction, namely: (1) territorial, (2) Roman, (3) injured forum, and (4) cosmopolitan. The territorial*

do Estatuto de Roma de 1998, conforma o parâmetro territorial do exercício da jurisdição da Corte, que autoriza um Estado a exercer sua autoridade judicial sobre seus nacionais e dentro de seu território, salvo as exceções autorizadas por lei¹³.

Nesse sentido, a aceção tradicional do princípio da territorialidade adota a posição de que a jurisdição criminal depende do lugar da prática do crime¹⁴, ou seja, o território do Estado onde o crime foi cometido tem jurisdição sobre a ofensa, o que está em consonância com o princípio da soberania estatal¹⁵.

Entretanto, a racionalidade da jurisdição universal se concentra na necessidade de se evitar a impunidade e de se prevenir a prática de crimes internacionais graves¹⁶, o que torna os Estados aptos a processar e punir os crimes que afetam a sociedade internacional¹⁷, como os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, com a edição de leis e adoção de políticas públicas para a criação de mecanismos processuais, no sentido de consolidar o exercício da jurisdição universal pelos Estados, em seus ordenamentos jurídicos domésticos¹⁸.

theory takes the position that criminal jurisdiction depends upon the place of perpetration. That is, the nation on whose territory the crime was committed has jurisdiction of the offense. It is a logical outgrowth of the conception of law enforcement as a means of keeping the peace. The perpetrator, rather than the place of perpetration, is the determinant under the Roman theory. A nation, in this view, has jurisdiction over its national wherever he may be and hence can hold him accountable for his criminal misdeed wherever committed. It is a logical outgrowth of the conception of law enforcement as a means of disciplining members of the tribe or clan. While sometimes referred to as the "personal" theory, the traditional label is "Roman" because this was the position of the Roman law which held the Roman citizen accountable to it wherever he might be" (PERKINS, 1971, p. 1155).

13 VAGIAS, 2012, pp. 43-64.

14 PERKINS, 1971, pp.1155-1172.

15 Sobre a soberania estatal, Labuda esclarece que: "As a result, the ICC's jurisdictional and institutional setup straddles a fine line between post-Westphalian universalism, in which individual criminal responsibility takes centre stage, and traditional conceptions of sovereignty, in which the international legal order protects the prerogatives of the state" (LABUDA, 2014, p. 308).

16 PROULX, 2003, pp. 1009-1089.

17 Sobre o exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, conferir trecho do documento da Procuradora do Tribunal Penal Internacional: "(...)32. Commentators agree that States can exercise jurisdiction in relation to crimes that occurred only in part on their territory,60 including based on "subjective territoriality" (when crimes were commenced on a State's territory, but completed in another) and "objective territoriality" (when crimes were completed on a State's territory, but commenced in another).61 What is important in both scenarios is States' legitimate interest in conduct which occurs partially on their territory, resulting in their exercise of jurisdiction" (ICC, 2018, p. 15).

18 PROULX, 2003, pp. 1009-1089.

Assim, é salutar destacar que os princípios da jurisdição universal e da complementaridade¹⁹ estão entrelaçados, pois o princípio da primazia da jurisdição nacional foi delineado dentro do contexto do princípio da complementaridade, a fim de possibilitar que os Estados exerçam sua jurisdição nacional, no sentido de punir os crimes internacionais e os crimes contra a humanidade²⁰.

Pode-se afirmar, portanto, que a jurisdição universal, sob determinado aspecto, é antagônica à jurisdição nacional e a transcende, uma vez que os Estados exercem a jurisdição universal como sub-rogados da comunidade internacional²¹, valendo-se da ação popular contra pessoas que causaram mal à sociedade internacional.

Por essa razão, verifica-se a conexão entre a jurisdição universal com outro princípio previsto no Estatuto de Roma de 1998, o da cooperação, que informa que todo Estado deve exercer com primazia a jurisdição universal, em face de crimes que afetam os interesses da sociedade internacional e da humanidade, investigando e processando crimes contra a humanidade em seus ordenamentos domésticos, em cooperação com a sociedade internacional.

Nesse contexto, a jurisdição universal fundamenta uma posição universalista que reconhece valores inderrogáveis e interesses internacionais aceitos e compartilhados pela comunidade internacional como obrigatórios e que, portanto, transcendem a singularidade dos interesses nacionais, repousando na tese do direito cosmopolita, que tem como fundamento principal a concretização das normas de direito internacional dos direitos humanos²².

Além disso, certos interesses comuns e compartilhados pela comunidade internacional requerem mecanismos de implementação que transcendem os interesses peculiares da soberania nacional. Nesse contexto, o Estado que exerce o direito de punir universalmente um crime cometido

19 Artigo 1º do Estatuto de Roma de 1998: “É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional (“o Tribunal”). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto” (BRASIL, 2002).

20 POGGE, 1992, pp. 48-75.

21 BASSIOUNI, 2001-2002, pp. 81-162.

22 POGGE, 1992, pp. 48-75.

por um indivíduo, em outro país, exerce a jurisdição universal, não agindo de acordo com os interesses da soberania estatal, mas de acordo com os interesses da humanidade²³.

Por isso, a jurisdição universal não se confunde com as teorias da jurisdição criminal da territorialidade e da extraterritorialidade, uma vez que comporta os crimes que pertencem ao âmbito das normas internacionais *jus cogens*, o que pode ser explicado pelas remessas de casos feitas pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas ao Tribunal Penal Internacional²⁴.

O princípio da jurisdição universal ainda se relaciona com o princípio da “competência da competência”, pois permite que um Tribunal determine a extensão de sua própria jurisdição e decida como exercerá referida competência, aspecto que foi ressaltado no caso do Povo Rohingya, relativo aos Estados de Myanmar e Bangladesh, conforme parecer da Procuradora do TPI, que será estudado no próximo capítulo.

3. A jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional no Caso do Povo Rohingya

A jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional, nos termos acima estudados, pode ser aplicada ao caso do Povo Rohingya no qual a Procuradora do Tribunal buscou estabelecer uma regra do exercício da jurisdição da Corte para os crimes contra a humanidade praticados na região, tais como assassinatos; deportação forçada; genocídio; tortura, ofensas sexuais²⁵ dentre outros, o que desencadeou o deslocamento forçado de

23 HABERMAS, 2012.

24 Sobre os crimes contra a humanidade, a CorteIDH ainda ressaltou que: “A obrigação de colocar em prática e fazer funcionar o sistema de justiça em casos de violações de direitos humanos recai, fundamentalmente, no Estado onde ocorrem. No que concerne aos crimes contra a humanidade, a citada obrigação não se altera, pois a responsabilidade de prestar contas à sociedade sobre essas condutas também é primordialmente do Estado responsável. Não obstante, atendendo à natureza e à gravidade dos crimes contra a humanidade, essa obrigação transcende o território do Estado onde ocorreram os fatos, por se tratar de “atos desumanos que, por sua extensão e gravidade, vão além dos limites do tolerável para a comunidade internacional, que deve necessariamente exigir sua punição. [O]s crimes contra a humanidade também transcendem o indivíduo, porque, quando o indivíduo é agredido, se ataca e se nega a humanidade toda” (CORTEIDH, 2018, parágrafo 295).

25 A propósito dos crimes contra a humanidade praticados por Myanmar contra o Povo Rohingya, importante destacar a situação das mulheres, estupradas e grávidas, excluídas pela comunidade e rejeitadas pelos maridos, em função do aspecto religioso, o que demonstra que

mais de 670.000 Rohingyas, desde agosto de 2017, de Myanmar para Bangladesh²⁶.

O caso do Povo Rohingya despertou a preocupação da sociedade internacional, descrito pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos²⁷ como exemplo de limpeza étnica, como genocídio, uma vez que o Povo Rohingya, apátrida em Myanmar²⁸, tem sido vítima de violência institucionalizada e de deslocamento forçado²⁹.

A relação do caso do Povo Rohingya com a jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional se concentra no fato de Myanmar não ser parte do Estatuto de Roma e, portanto, na problemática de como o Tribunal exerceria a jurisdição universal no caso em apreço, se o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas não decidir remetê-lo ao Tribunal.

a discriminação de gênero é uma arma de guerra poderosa para a consecução do genocídio (ISTOÉ, 2016). Ainda no contexto da tipificação do estupro como crime de genocídio, relevante destacar que o estupro pode ser considerado em sua acepção individual e coletiva e, nesse caso, sua caracterização destina-se a proteção de determinado grupo. Referida concepção teve a contribuição do precedente do caso Akayesu (Tribunal Penal Internacional para Ruanda), em que, pela primeira vez, um tribunal internacional formulou uma definição de estupro. Entretanto, a análise complexa da caracterização do estupro como crime de genocídio foge ao escopo do objeto central desse trabalho, ficando o importante registro da problemática (VITO; GILL; SHORT, 2009).

26 “Who are the Rohingya? Described as the world’s most persecuted people, 1.1 million Rohingya people live in Myanmar. They live predominately in Rakhine state, where they have co-existed uneasily alongside Buddhists for decades. Rohingya people say they are descendants of Muslims, perhaps Persian and Arab traders, who came to Myanmar generations ago. Unlike the Buddhist community, they speak a language similar to the Bengali dialect of Chittagong in Bangladesh. The Rohingya are reviled by many in Myanmar as illegal immigrants and they suffer from systematic discrimination. The Myanmar government treats them as stateless people, denying them citizenship. Stringent restrictions have been placed on Rohingya people’s freedom of movement, access to medical assistance, education and other basic services” (RATCLIFFE, 2017).

27 OHCHR, 2018.

28 A respeito da situação do Povo Rohingya, cumpre ressaltar: “The Rohingya have suffered decades of severe discrimination by the Myanmar authorities. The vast majority of Rohingya in Rakhine State do not have citizenship. The UN Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar (‘UN IFFM’) has described the lack of legal status of the Rohingya as the “cornerstone” of a system of severe and institutionalised oppression affecting the Rohingya. For decades the Rohingya have been subjected to large-scale and severe violations of fundamental human rights. Allegedly, they have also been subjected to periodic waves of violence (including in 1978, 1991- 1992, 2012) at the hands of the Myanmar authorities. The Prosecution’s request is mainly concerned with the two most recent waves of violence” (ICC, 2019, p. 3).

29 “The Rohingya self-identify as a distinct ethnic group with their own language and culture, and claim a long-standing connection to Rakhine State. Successive Myanmar Governments have rejected these claims. Instead the Rohingya are widely regarded as ‘illegal immigrants’ from neighbouring Bangladesh, and are often referred to as ‘Bengalis’. Even use of the term ‘Rohingya’ is contested” (ICC, 2019b, pp. 6-7).

Para corroborar a tese de que o Tribunal Penal Internacional pode exercer a jurisdição universal no caso do Povo Rohingya, aplica-se a ideia de que, embora a prática dos atos coercitivos de deportação tenha ocorrido no território de um Estado que não é parte no Estatuto de Roma, pelo menos um elemento essencial para a caracterização do crime ultrapassou a fronteira nacional³⁰ e gerou efeitos no território de um outro país, Bangladesh, que é parte do Estatuto de Roma de 1988.

Por isso, a Procuradoria do Tribunal considerou que a Corte pode exercer a sua jurisdição sobre o caso de acordo com o artigo 12 (2) do Estatuto de Roma de 1998³¹, uma vez que a conduta ocorreu no território de um Estado que não é parte do Estatuto, mas gerou consequências no território de um Estado que ratificou referido documento internacional³².

E, de acordo com o entendimento da Procuradoria do Tribunal, a incidência do dispositivo em apreço requer que apenas um elemento do crime de deportação forçada tenha ocorrido no território de um Estado Parte³³.

Logo, quando uma pessoa é deportada para o território de um país, o elemento legal para a tipificação do crime fica caracterizado. Assim, no momento em que a pessoa atravessa a fronteira e entra no território do país de destino e, nesse caso, se esse país é um Estado Parte, a Corte pode exercer sua jurisdição de acordo com a incidência do artigo 12 (2) do Estatuto de Roma.

A tese da Procuradoria do Tribunal é decorrente da amplitude da jurisdição universal do Tribunal, bem como do princípio da “competência da competência”, uma vez que o Tribunal afirmou, no caso, que há a possibi-

30 JESSUP, 1965.

31 “2. Consistent and credible public reports reviewed by the Prosecution indicate that since August 2017 more than 670,000 Rohingya, lawfully present in Myanmar, have been intentionally deported across the international border into Bangladesh. The UN High Commissioner for Human Rights has described the Rohingya crisis as “a textbook example of ethnic cleansing”,¹ and according to the UN Special Envoy for human rights in Myanmar, it potentially bears the “hallmarks of a genocide”.² The coercive acts relevant to the deportations occurred on the territory of a State which is not a party to the Rome Statute (Myanmar). However, the Prosecution considers that the Court may nonetheless exercise jurisdiction under article 12(2)(a) of the Statute because an essential legal element of the crime – crossing an international border – occurred on the territory of a State which is a party to the Rome Statute (Bangladesh)” (ICC, s.d., p. 3).

32 Artigo 12 (2) do Estatuto de Roma: “2. Nos casos referidos nos parágrafos a) ou c) do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3º” (BRASIL. 2002).

33 Artigo 12 (2) do Estatuto de Roma (BRASIL, 2002).

lidade de os crimes serem abrangidos pela jurisdição do Tribunal, autorizando o início das investigações, o que também lhe confere a prerrogativa de decidir como exercerá a sua competência³⁴.

Nesse contexto, afirma-se que o Tribunal pode exercer a sua jurisdição no caso Rohingya, mesmo Myanmar não sendo parte do Estatuto de Roma, pois a transposição da fronteira de Myanmar para Bangladesh fundamenta a aplicação da jurisdição universal do Tribunal e possibilita o julgamento dos conflitos relativos ao povo Rohingya, o que faz com que os propósitos da Corte alcancem a punição dos crimes contra a humanidade.

O caso também se refere ao princípio da territorialidade, aplicável ao contexto do Tribunal Penal Internacional, em dois sentidos: o da territorialidade objetiva e o da territorialidade subjetiva. No primeiro caso, a jurisdição do Tribunal pode ser exercida no território onde os efeitos dos atos praticados foram verificados e, no segundo, o princípio da territorialidade pode ser compreendido no sentido de que a jurisdição do Tribunal se aplica no território onde as ações foram praticadas³⁵.

Assim, pela aplicação da teoria da territorialidade objetiva, o Tribunal pode exercer a sua jurisdição sobre o caso do Povo Rohingya, mesmo que os atos tenham sido praticados no território de um Estado que não é parte do Estatuto de Roma, uma vez que os efeitos foram suportados no território de um Estado-Parte, entendimento que já ficou consagrado no Caso Lotus, julgado pela Corte Internacional de Justiça³⁶.

A aplicação da teoria da territorialidade objetiva também encontra respaldo na ideia de que a palavra *conduct*, expressa no artigo 12 (2) do Estatuto de Roma, significa crime, o que inclui ações e efeitos.

Por isso, a Câmara de pré-julgamento do Tribunal Penal Internacional, de acordo com requerimento feito pela Procuradoria decidiu, por maioria, que a Corte pode exercer sua jurisdição sobre os atos de deportação dos Rohingya de Myanmar, Estado que não é parte no Estatuto de Roma, para Bangladesh que é parte do Estatuto, tendo a Procuradoria do TPI anunciando a abertura de investigação preliminar sobre o caso³⁷.

34 A decisão da Câmara de Pré-Julgamento, que autorizou o início das investigações, está disponível em: ICC, 2019a.

35 CURFMANN, 2018.

36 CIJ, 1927.

37 “On 14 November 2019, Pre-Trial Chamber III of the International Criminal Court (“ICC” or the “Court”) authorised the Prosecutor to proceed with an investigation for the alleged crimes within the

Além de estar sob investigação no TPI, o caso de deportação forçada do Povo Rohingya, de Myanmar para Bangladesh, teve um importante desdobramento da Corte Internacional de Justiça, com a ação de Gâmbia contra Myanmar, pela prática do crime de genocídio, e sua apreciação por este Tribunal Internacional pode representar um precedente importante para a consolidação do significado e da amplitude dos interesses da humanidade³⁸.

No que concerne aos interesses da humanidade, no contexto da Convenção do Genocídio de 1948, importante esclarecer que a razão de ser do documento internacional não é a defesa dos interesses particulares dos Estados, mas sim os interesses comuns da humanidade, para alcançar os propósitos da Convenção e para endossar os princípios elementares de moralidade³⁹.

Assim, a análise da situação do Povo Rohingya pelo Tribunal Penal Internacional e pela Corte Internacional de Justiça representará uma importante mudança de paradigma no que concerne aos crimes contra a humanidade e para a consolidação da amplitude do conceito de interesses da humanidade⁴⁰.

Além disso, o precedente do caso do Povo Rohingya gera consequências jurídicas relevantes para a consolidação do regime jurídico decorrente do microssistema jurídico internacional destinado a punição e ao combate aos crimes contra a humanidade, conforme será analisado a seguir.

ICC's jurisdiction in the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar ("the situation in Bangladesh/Myanmar"). (...) Pre-Chamber III authorised the commencement of the investigation in relation to any crime, including any future crime, as long as: a) it is within the jurisdiction of the Court, b) it is allegedly committed at least in part on the territory of Bangladesh, or on the territory of any other State Party or State accepting the ICC jurisdiction, c) it is sufficiently linked to the situation as described in the present decision, and d) it was allegedly committed on or after the date of entry into force of the Rome Statute for Bangladesh or other relevant State Party." (ICC, 2019a).

38 A respeito do caso, consultar: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/178/178-20200123-ORD-01-00-EN.pdf>; <https://www.icj-cij.org/files/case-related/178/178-20200123-ORD-01-00-EN.pdf>; <https://www.icj-cij.org/en/case/178>; <https://www.icj-cij.org/files/case-related/178/178-20200123-PRE-01-00-EN.pdf>.

39 A propósito: *"was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality. In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the raison d'être of the convention"* (ICJ, 1951, p. 23).

40 A propósito do conceito de interesses da comunidade, insta salientar que pode ser compreendido como o *"consensus according to which respect for certain fundamental values is not to be left to the free disposition of States individually or inter se but is recognized and sanctioned by international law as a matter of concern to all States"* (KAUL; CHAITIDOU, 2011, p. 975). A respeito do tema, consultar também: BESSON, 2018, pp. 35-49.

4. Do regime jurídico decorrente do Caso Myanmar v. Bangladesh. Análise do parecer da Procuradoria e da decisão da Câmara de Pré-Julgamento III do TPI

O Parecer da Procuradora do TPI e a decisão da Câmara de Pré-Julgamento III, a respeito do caso do Povo Rohingya, consignaram um regime jurídico relevante para a consolidação da justiça de transição, para possibilitar a ressignificação dos requisitos para a caracterização dos crimes contra a humanidade, para a mudança de paradigma da soberania nacional para a soberania universal, no contexto do direito cosmopolita e para a consideração da vulnerabilidade dos migrantes sob a perspectiva interseccional, no sentido de consolidar os atos anti-imigração como crimes contra a humanidade.

No que diz respeito à justiça de transição, interessante destacar que o Tribunal Penal Internacional vem sofrendo críticas a respeito de sua atuação, sendo apontado como um tribunal imperialista e colonialista, em especial pela quantidade de investigações e de processos em face de indivíduos provenientes de países do continente africano, o que deu ensejo à tentativa de denúncia do Estatuto de Roma de 1998 por parte de alguns países, dentre eles, a África do Sul.

Por isso, a necessidade de realização da justiça de transição pode ser apontada como o maior desafio do Tribunal Penal Internacional, que se expressa pela necessidade de implantação de períodos de ruptura para propiciar a escolha por uma narrativa que tem o objetivo de reconhecer o significado social dos conflitos passados, para reconstruir o presente e os efeitos futuros, contestando narrativas históricas na era da globalização⁴¹.

Assim, o Tribunal Penal Internacional é a resposta da sociedade internacional para a expansão e normalização da justiça e da jurisprudência de transição entre um passado de exclusão e de desrespeito aos direitos humanos para a era da responsabilização criminal individual, no âmbito da sociedade internacional globalizada.

Nesse contexto, a fragmentação adjudicatória do exercício da jurisdição pelos Estados com a implantação da jurisdição universal, com a realização da justiça de transição e com a atuação do Tribunal Penal Internacional, reflete a importância do direito humanitário para a formação da *opinio juris* de que os Estados estão obrigados a respeitar os direitos humanos,

41 TEITEL, 2003.

ideia que se extrai de um costume internacional, que perfaz o *jus cogens* do direito internacional dos direitos humanos.

O Tribunal também tem como objetivo a consolidação da justiça internacional obrigatória, uma vez que os tribunais internacionais devem ter como compromisso o *jus necessarium* em detrimento do voluntarismo estatal, o que decorre dos ditames do direito cosmopolita⁴².

Nesse sentido, interessante destacar a necessidade de o TPI propiciar uma releitura do conceito e da amplitude dos crimes contra a humanidade⁴³, ofensas odiosas, que constituem sério ataque ao core da dignidade humana, consequência de generalizada e sistemática prática de atrocidades decorrentes de política governamental ou tolerada pelos governos ou autoridades⁴⁴, vedada por norma *jus cogens*, com a finalidade de expandir seus pressupostos para a consideração dos atos anti-imigração como crimes contra a humanidade.

Como órgão jurisdicional internacional que investiga e processa os crimes considerados mais graves pela comunidade internacional, com fundamento no princípio da universalidade, que suplanta a ideia do princípio da territorialidade⁴⁵, o Tribunal Penal Internacional tem o dever de pro-

42 CANÇADO TRINDADE, 2009.

43 A noção de crimes contra a humanidade foi desenvolvida pela primeira vez em 1915, por ocasião do genocídio dos Armênios pelo Império Otomano. Após a I Guerra Mundial, ficou estabelecido no relatório da Conferência de Versalhes que fosse criado um tribunal penal internacional com jurisdição sobre as ofensas contra as leis da humanidade. A discussão em torno da noção de crimes contra a humanidade tem-se desenvolvido desde 1907 e o Estatuto do Tribunal de Nuremberg definiu em seu artigo 6.c como crimes dessa natureza, 'os atos desumanos cometidos contra a população civil, a perseguição por motivos políticos, o homicídio, o extermínio, a deportação e outros'. Mais recentemente, outros estatutos voltaram a contemplar o crime contra a humanidade, como o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (1993) e o Estatuto do Tribunal Penal para Ruanda (1994). O Estatuto de Roma, de 1998, que criou o Tribunal Penal Internacional, definiu em seu art. 7º como sendo crimes contra a humanidade, aqueles cometidos num quadro de ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque, destacando-se: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, [...]; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) O crime do Apartheid; k) Outros crimes desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou mental (CARDOSO, 2012).

44 CASSESE, 2008, pp. 98-101.

45 Os crimes contra a humanidade devem atender a requisitos objetivos e subjetivos. Como elementos objetivos, tem-se o ataque generalizado e sistemático contra a população civil e,

piciar a releitura dos requisitos para a caracterização dos crimes contra a humanidade, sendo possível afirmar que um costume internacional ou uma norma *soft law* pode criar precedentes para a caracterização dos atos anti-imigração como crimes contra a humanidade, pois há uma necessidade de desenvolvimento de uma noção contemporânea de crimes contra a humanidade⁴⁶.

Nesse sentido, é possível constatar, a partir da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional, que ao artigo 7º foram incorporados crimes contra a humanidade assentados pela jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*, a exemplo do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia nos casos Stakic e Kupreskic⁴⁷, em que referido tribunal definiu outros atos desumanos como uma categoria residual de crimes contra a humanidade.

Além disso, no caso Akayesu, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda considerou a nudez forçada como ato desumano, o que demonstra a importância da jurisprudência para a interpretação e para a evolução do direito internacional, em especial para a ressignificação dos crimes contra a humanidade.

Assim como no caso Eichman⁴⁸, em que a jurisdição de um tribunal foi baseada em um costume internacional, a grande corrupção e o ecocídio, a título de exemplo, também por força de um costume internacional, podem ser, eventualmente, considerados atos desumanos e, portanto, crimes contra a humanidade, em decorrência do entendimento da sociedade internacional de que tais atos se inserem no contexto dos *core crimes*, o que dá ensejo à consideração dos atos anti-imigração como crimes contra a humanidade⁴⁹.

Referido raciocínio decorre da ideia de que a proibição de se praticar crimes contra a humanidade é uma emergência global, baseada em norma *jus cogens*, que não pode ser afastada pela vontade dos Estados e pela soberania estatal, o que impõe a necessidade de se conjugar os crimes previstos no artigo 7 (1) com os elementos adicionais (2) e (3) do mesmo dispositivo

como elemento subjetivo, a intenção de causar determinado resultado (CASSESE, 2008, pp. 109; 114-116).

46 PROULX, 2003, pp. 1009-1089.

47 O caso está disponível em: TANZÂNIA, 2001; ICT, 2002; ICT, 2007.

48 O caso está disponível em: ISRAEL, 1961.

49 DOUKELLIS, 2015.

legal do Estatuto de Roma de 1998, para que sejam aplicáveis aos crimes contra a humanidade de modo a concretizar a jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional.

Além da necessidade de se revisitar o conceito e a amplitude dos crimes contra a humanidade, o caso do Povo Rohingya também revela a importância da mudança de paradigma⁵⁰ do princípio da soberania estatal para a soberania universal, consolidando a solidariedade cosmopolita, o princípio da cooperação transnacional entre os Estados e a aceitação da descentralização vertical do exercício da soberania para a concretização da justiça global.

É nesse sentido que se apresentam os pensamentos de Ulrich Beck e Anthony Giddens, que consideram a globalização como um processo através do qual a soberania nacional dos Estados se transforma em transnacionalidade, uma vez que as relações entre os Estados ultrapassam as fronteiras, o que se dá de forma complexa, gerando consequências em diversos aspectos na sociedade internacional, inclusive no direito, em especial nos direitos humanos⁵¹.

A relação entre globalização e a transnacionalidade das relações jurídicas é decorrente da sociedade de risco, que substituiu a sociedade industrial, na medida em que a atividade humana, conjugada com o desenvolvimento da ciência e da tecnologia, já não pode mais controlar os riscos, o que acentuou a dicotomia entre países centrais e países periféricos, em que há a distinção entre aqueles que tomam as decisões e aqueles que suportam os riscos das decisões⁵², de modo que a produção dos riscos se expande para um horizonte global onde as fronteiras e os limites se tornam frágeis e porosos.

Assim, o risco global gera a necessidade de se criar um direito cosmopolita fundado no reconhecimento do outro, de modo que os interesses dos membros vulneráveis da Terra devem ser tratados com prioridade, de acordo com o direito humano universal da inviolabilidade da dignidade humana, no contexto da solidariedade cosmopolita e da abertura dos Es-

50 KUHN, 2013.

51 JESSUP, 1965; BECK, 2002; GIDDENS, 2000.

52 É nesse sentido que Herrera Flores afirma que “a falta de visão global do fenômeno migratório e da realidade da multiplicidade de formas de vida faz a migração ser considerada como simples necessidade de mão-de-obra e não como fenômeno causado pelas injustiças da globalização neoliberal selvagem, o que vem aprofundando o abismo entre os Países ricos e os Países pobres” (2002, p. 11).

tados aos direitos humanos, consequência da intrínseca relação com a tese da hospitalidade Kantiana⁵³.

Desse modo, os riscos globais desencadeiam a política cosmopolita e acarretam a necessidade de se promover a justiça global, como uma forma de empoderar as sociedades nacionais e os Estados, revelando novas fontes de legitimação e de ações em redes transnacionais, vislumbrando-se a cooperação cosmopolita como o centro da nova política e governança globais⁵⁴.

Nesse sentido, para Thomas Pogge, o cosmopolitismo legal está fundado numa ordem global em que todos são cidadãos de uma república universal, com direitos e deveres equivalentes. Por sua vez, o cosmopolitismo moral implica necessariamente o respeito mútuo, na medida em que todos têm uma estatura global com uma unidade moral com princípios fundamentais de justiça⁵⁵.

O direito cosmopolita⁵⁶, portanto, se refere a regras que reconhecem *standards* legais para todos igualmente, sem abolir o aspecto nacional, mas que gera efeitos além das fronteiras dos Estados, conformando o contrato social cosmopolita nas obrigações de cidadania, para a cooperação social, possibilitando que as pessoas exerçam seus direitos fundamentais em qualquer lugar do mundo.

Logo, o direito internacional dos direitos humanos é o fundamento do direito cosmopolita⁵⁷, representado por um complexo de leis que não

53 KANT, 2008.

54 HABERMAS, 2012.

55 POGGE, 1992, pp. 48-75.

56 ROSAS, 1995.

57 Sobre o significado de mundo cosmopolita, vale destacar: “The word ‘cosmopolitan’, which derives from the Greek word *kosmopolitês* (‘citizen of the world’), has been used to describe a wide variety of important views in moral and socio-political philosophy. The nebulous core shared by all cosmopolitan views is the idea that all human beings, regardless of their political affiliation, are (or can and should be) citizens in a single community. Different versions of cosmopolitanism envision this community in different ways, some focusing on political institutions, others on moral norms or relationships, and still others focusing on shared markets or forms of cultural expression. In most versions of cosmopolitanism, the universal community of world citizens functions as a positive ideal to be cultivated, but a few versions exist in which it serves primarily as a ground for denying the existence of special obligations to local forms of political organizations. Versions of cosmopolitanism also vary depending on the notion of citizenship they employ, including whether they use the notion of ‘world citizenship’ literally or metaphorically. The philosophical interest in cosmopolitanism lies in its challenge to commonly recognized attachments to fellow-citizens, the local state, parochially shared cultures, and the like” (KLEINGELD; BROWN, 2014).

são nem constitucionais, nem internacionais, mas sim cosmopolitas, sendo aplicado como o direito comum da boa governança⁵⁸.

Assim, pode-se afirmar que, ao se manifestar pela incidência da jurisdição do TPI ao caso do Povo Rohingya, mesmo diante da constatação de que Myanmar não é parte do Estatuto de Roma, o Tribunal propõe uma mudança de paradigma e de narrativa no sentido de consolidar o entendimento de que os atos anti-imigração são crimes contra a humanidade, que devem ser analisados de maneira interseccional.

Nesse sentido, o caso do Povo Rohingya deve criar um precedente para além da condenação dos responsáveis pelo crime de genocídio, de deportação forçada, de tortura, individualmente considerados, e reconhecer a prática dos atos anti-imigração como crimes contra a humanidade, em perspectiva interseccional, no contexto da releitura dos crimes contra a humanidade.

Além disso, a adoção da perspectiva interseccional⁵⁹ para o reconhecimento dos atos anti-imigração como crimes contra a humanidade deve levar em consideração a vulnerabilidade dos migrantes, que pode ser entendida como uma condição de falta de poder, com base na premissa de que são inerentemente vulneráveis como sujeitos de direitos humanos desde o momento em que deixam suas casas, ao iniciar a migração, até chegar ao seu destino, portanto, durante todo o percurso migratório⁶⁰.

A contribuição da perspectiva interseccional para o direito dos migrantes representa uma estratégia importante para o alcance da igualdade por este grupo vulnerável, funcionando como uma ferramenta para uma análise contextualizada, o que, no caso dos migrantes, significa reconhecer que o conjunto de suas vulnerabilidades e o problema da discriminação devem ser analisados de forma contextualizada, e não de maneira uni-

58 Martha Nussbaum entende o cosmopolitismo como a comunidade moral feita pela humanidade de todos os seres humanos. Para a autora, todas as pessoas devem exercitar suas capacidades em qualquer lugar do mundo, pois onde quer que a pessoa esteja, estará associada à comunidade mundial, que tem o poder de coagir as pessoas à observância das leis universais (NUSSBAUM, 1999, pp. 13-29).

59 O tema da interseccionalidade foi desenvolvido pela Prof^a Kimberlé Crenshaw, para quem interseccionalidade é: “uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento” (CRENSHAW, 2002, pp. 171-263).

60 BUSTAMANTE, 2010.

dimensional, para possibilitar o reconhecimento e a reparação plena dos direitos desrespeitados, além de criar a mentalidade intergeracional de respeito aos direitos humanos.

Assim, a vulnerabilidade dos migrantes às violações dos direitos humanos resulta de múltiplas e interseccionais formas de discriminação⁶¹, desigualdade e dinâmicas sociais que geram desiguais níveis de poder e de exercício de direitos e a análise interseccional envolve a compreensão de diversos graus e fundamentos de discriminação que interagem uns com os outros produzindo experiências específicas de discriminação.

Logo, os múltiplos atos anti-imigração como a devolução, a deportação, a colocação de imigrantes em campos de refugiados, o impedimento ao acesso ao devido processo legal, dentre outros atos, analisados de forma interseccional⁶², demandam uma resposta transicional do Tribunal Penal Internacional, para fazer frente à demanda da mobilidade humana, no sentido de provocar a ruptura da narrativa dos atos anti-imigração com a finalidade de consolidar a cidadania universal dos migrantes.

Assim, a discriminação interseccional⁶³ combina a prática de diversos atos que têm início no país de origem dos migrantes, os acompanham por

61 MAKKONEM, 2002.

62 Crenshaw citada por Makkonem, esclarece que: “*speaking of the intersectioning of “race” and gender, has noted that ‘neither the gender aspects of racial discrimination nor the racial aspects of gender discrimination are fully comprehended within human rights discourses’*. By this she means that the specificity of the experiences of minority and immigrant women have been excluded both when discussing gender discrimination and when discussing racial discrimination. This analysis could be extended to any subgroup facing intersectional discrimination. This exclusion follows mainly from the fact, that simplification and generalization is needed in order to render various complex real-life phenomena (such as discrimination) more understandable and manageable. However, these processes of simplification and generalization serve only to recognize typical manifestations of that particular phenomenon, meaning that the experiences of a subgroup are not included into the cluster of typical experiences of the group as a whole” (MAKKONEM, 2002).

63 Nesse contexto, salutar a seguinte ideia a respeito da discriminação interseccional: “*Intersectional discrimination, in its wider meaning, can result from any combination of these various types of discrimination. If, for instance, halal food is not available for elderly Muslims in a public institution for the care of the elderly in a non-Muslim country, we can see that there is direct discrimination, which may be intentional or unintentional, on the basis of religion, and also what we might call structural discrimination on the basis of age, because the society has not seen to it that people adhering to different religious beliefs are equally treated in public institutions for the elderly. The elderly in such a situation, while treated equally before the law, are not granted the equal protection of the laws*” (MAKKONEM, 2002, p. 14). Ainda, na lição de Crenshaw: “*Intersectional discrimination is particularly difficult to identify in contexts where economic, cultural or social forces quietly shape the background in a manner that places women in a position where they are then impacted by some other system of subordination. This structural backdrop is often rendered invisible because it is so common or widespread that it appears to simply constitute a natural – or at least unchangeable - fact of life. The effect is that only the most immediate aspect of discrimination is noticed, while the background structures remain obscured*” (CRENSHAW, 2000).

todo o movimento migratório e se perpetuam no país de destino, o que demanda a análise interseccional dos atos anti-imigração.

Desse modo, o Tribunal Penal Internacional, ao analisar os crimes contra a humanidade praticados contra os migrantes, tem o dever de buscar as origens e os fundamentos da prática dos atos anti-imigração, a fim de contribuir com a transição da exclusão para a jurisdição cosmopolita, como consequência do direito cosmopolita, a fim de realizar plenamente os direitos humanos dos migrantes.

5. Conclusão

A pesquisa realizada conclui pela aplicação da jurisdição universal do TPI no sentido de consolidar a justiça global e os interesses da humanidade, para a punição e prevenção dos crimes contra a humanidade, através de mecanismos de implementação que transcendem os interesses peculiares dos Estados e a proteção da soberania nacional.

A incidência da jurisdição universal do TPI tem especial relevância no caso do Povo Rohingya, por envolver a prática de crimes contra a humanidade que tiveram início no território de um Estado que não é parte do Estatuto de Roma, Myanmar, o que acarretou consequências transnacionais, por terem operado efeitos no território de um Estado que ratificou referido diploma legal, ou seja, Bangladesh.

Nesse sentido o TPI, após o Parecer da Procuradoria que expressou a possibilidade de incidência da jurisdição do TPI no caso, com fundamento no artigo 12 (2) do Estatuto de Roma, autorizou, por decisão da Câmara de Pré-Julgamento III, o início das investigações dos possíveis crimes contra a humanidade praticados contra o Povo Rohingya, caso não remetido ao Tribunal pelo Conselho de Segurança da ONU.

No que concerne ao caso em apreço, a postura do TPI expressa uma relevante contribuição à consolidação do conceito e da amplitude de interesses da humanidade, como valores fundamentais, que não estão sujeitos à livre manifestação da vontade dos Estados, mas que devem ser reconhecidos e sancionados pelo Direito Internacional como objeto de interesse de todos os Estados.

Com isso, o Tribunal inaugura a construção de um importante regime jurídico no sentido de consolidar a justiça de transição entre o passado de impunidade e de desrespeito aos direitos humanos para o presente, com a

necessidade de consolidação da justiça intergeracional para a proteção dos migrantes como grupo vulnerável.

Por isso, salutar a releitura e a ressignificação do conceito e da amplitude dos crimes contra a humanidade, para a consideração dos atos anti-imigração como crimes contra a humanidade, como crimes que ofendem os valores fundamentais compartilhados pela comunidade universal, em perspectiva interseccional, para abranger, de forma multidimensional os atos ilícitos previstos no Estatuto de Roma como crimes contra a humanidade.

Assim, o regime jurídico decorrente dos documentos analisados na pesquisa contribui para a consecução da justiça global, decorrente da globalização dos riscos e da transnacionalidade presentes no caso, no sentido de consolidar o direito cosmopolita, que tem como valor fundamental a proteção e o respeito aos direitos humanos na ordem global.

Referências

- BASSIOUNI, Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, n. 1, p. 81-162, 2001-2002.
- BECK, Ulrich. What is globalization? Trad. Patrick Camiller. Cambridge: Polity Press, 2002.
- BESSON, Samantha. Community Interests in International Law: Whose Interests Are They and How Should We Best Identify Them? In: BEN-VENISTI, Eyal; NOLTE, Georg (ed.). *Community Interests Across International Law*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/159157428.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Brasília, DF: Presidência da República, 22 out. 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Brasília, DF: Presidência da República, 25 set. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 7ª ed. Newyork: Oxford University Press, 2008.

- BUSTAMANTE, Jorge A. Extreme vulnerability of migrants: the cases of the United Nations and Mexico. *Georgetown Immigration Law Journal*, Washington, v. 24, p. 565-583, 2010. Disponível em: http://scholarship.law.georgetown.edu/imbr_2010/5. Acesso em: 25 ago. 2018.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Jus cogens – the determination and the gradual expansion of its material content. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 9, p. 29-44, dez. 2009. Disponível em: <http://milas.x10host.com/ojs/index.php/ibdh/article/view/130>. Acesso em: 30 ago. 2019.
- CARDOSO, Elio. Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil. Brasília: Funag, 2012. Disponível em: http://funag.gov.br/biblioteca/download/986Tribunal_Penal_Internacional_CONCEITOS.pdf. Acesso em: 31 maio 2019.
- CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vladimir Herzog e outros vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018. Corte IDH, [S.I.], 15 mar. 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2019.
- CRENSHAW, Kimberle. Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero. *Estudos Feministas*, Florianópolis, n. 01, pp. 171-263, 2002. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2020.
- CRIDDLE, Evan. A fiduciary theory of jus cogens. *Yale Journal of International Law*, Connecticut, vol. 34, n. 2, pp. 331-387, 2009. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1360&context=yjil>. Acesso em 27 dez. 2020.
- CURFMAN, Geoff. *ICC jurisdiction and the Rohingya Crisis in Myanmar*. Just Security, Nova Iorque, 09 jan. 2018. Disponível em: <https://www.justsecurity.org/50793/icc-jurisdiction-rohingya-crisis-myanmar/>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- DOUKELLIS, Nikolaos. Fighting Grand Corruption: A Criticism of the ‘Crime Against Humanity’ Approach & A Feasible Solution, s.l., n° 18, pp. 1-30, dec. 2015. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2779609>.
- GIDDENS, Anthony. *Runaway world: how globalization is reshaping our lives*. New York: Routledge, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. Trad. Denilson L. Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.

- HERRERA FLORES, Joaquim. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, vol.23, n. 44, pp. 9-30, 2002. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1489>. Acesso em: 22 dez. 2020.
- ICC. International Criminal Court. *How de Court Works*. ICC, Haia, [s.d.]. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works>. Acesso em: 5 jun. 2019.
- ICC. International Criminal Court. *ICC judges authorise opening of an investigation into the situation in Bangladesh/Myanmar*. ICC, Haia, 14 nov. 2019a. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1495>. Acesso em: 5 jun. 2019.
- ICC. International Criminal Court. *Prosecution's request for a ruling on jurisdiction under article 19 (3) of the Statute*. ICC, Haia, 9 abr. 2018. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02057.PDF. Acesso em: 25 jun. 2019.
- ICC. International Criminal Court. *Situation in the people's Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*. ICC, Haia, 14 nov. 2019b. Disponível em https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_06955.PDF. Acesso em: 20 dez. 2020.
- ICC. International Criminal Court. *The ICC at a glance*. ICC, Haia, [s.d.]. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/Publications/ICCAAtAGlanceENG.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2019.
- ICJ. International Court of Justice. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951*. ICJ, Haia, 28 maio 1951. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/12>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- ICTY. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. “*Lašva Valley*” (IT-95-16) *Kupreškić et al.* [S.I.], 9 de abril de 2002. Disponível em: <https://www.icty.org/case/kupreskic/>. Acesso em: 26 abr. 2019.
- ICTY. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. “*Prijedor*” (IT-97-24) *Milomir Stakić*. [S.I.], 12 de janeiro de 2007. Disponível em: <https://www.icty.org/case/stakic/>. Acesso em: 26 abr. 2019.
- ISRAEL. District Court of Jerusalem. *Attorney General v. Adolf Eichmann*. Criminal Case No. 40/61. Relator Judge Moshe Landau, Jerusalém, 11 de dezembro de 1961. Disponível em: <http://www.international-crimesdatabase.org/Case/192/Eichmann/>. Acesso em: 08 maio 2019.

- ISRAEL. Supreme Court of Israel. *State of Israel v. Ivan Demjanjuk*. Case No. 347/88. Relator Justice Meir Shamgar, Jerusalém, 29 de julho de 1993. Disponível em: <http://www.internationalcrimesdatabase.org/case/191/demjanjuk/>. Acesso em 08 maio 2019.
- ISTOÉ. 'Nos estupraram, um a um', conta mulher rohingya que fugiu de Mianmar. *ISTOÉ*, [S.I.], 25 nov. 2016. Disponível em: <https://istoe.com.br/nos-estupraram-um-a-um-conta-mulher-rohingya-que-fugiu-de-mianmar/>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- JESSUP. Philip C. *Direito transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.
- KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua*. Trad. Artur Mourão. Coleção textos clássicos de filosofia. Covilhã: Universidade de Beira Interior, 2008.
- KAUL, Hans-Peter; CHAITIDOU, Eleni. Balancing individual and community interests: reflections on the International Criminal Court. In: FASTENRATH, Ulrich; GEIGER, Rudolf; KHAN, Daniel-Erasmus; PAULUS, Andreas; SCHORLEMER, Sabine von; VEDDER, Christoph (ed.). *From bilateralism to community interest*. Essays in honour of Judge Bruno Simma. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 975-1003. Disponível em <https://www.legal-tools.org/doc/56470c/pdf/>. Acesso em: 26 dez. 2020.
- KLEINGELD, Pauline; BROWN, Eric. Cosmopolitanism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2014 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), 2002. Disponível em <https://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/cosmopolitanism/>. Acesso em: 05 ago. 2019.
- KUHN. Thomas. *A estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- LABUDA. Patrik. The international criminal court and perceptions of sovereignty, colonialism and pan-african solidarity. *African Yearbook of International Law*, [S.l.], vol. 20, pp. 289-321, 2013-2014. Disponível em: https://www.academia.edu/25770509/The_International_Criminal_Court_and_Perceptions_of_Sovereignty_Neo_Colonialism_and_Pan_Africanism. Acesso em: 22 dez. 2020.
- MAKKONEM, Timo. *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*. Institute for human rights. Abo Akademi University, Turku, April 2002. Disponível em <https://www.abo.fi/wp-content/uploads/2018/03/2002-Makkonen-Multiple-compound-and-intersectional-discrimination.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

- MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais*. Jurisdição e Competência. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NUSSBAUM, Martha. *Los límites del patriotism*. Barcelona: Editorial Paídos, 1999.
- PERKINS, Rollin M. The territorial principle in criminal law. *Hastings Law Journal*, São Francisco, vol. 22, n. 5/2, pp. 1155-1172, 1971. Disponível em https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2186&context=hastings_law_journal. Acesso em 27 dez. 2020.
- POGGE, Thomas. Cosmopolitanism and Sovereignty. *Ethics*, Chicago, vol. 103, n. 1, pp. 48-75, Oct. 1992. University of Chicago Press Stable. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2381495>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- PROULX, V. J. Rethinking the Jurisdiction of the International Criminal Court in the Post-September 11th Era: should acts of terrorism qualify as crimes against humanity? *American University International Law Review*, Washington, vol. 19, n. 5, pp. 1009-1089, 2003. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1175&context=auilr>. Acesso em: 27 dez. 2020.
- RATCLIFFE, Rebecca. Who are the Rohingya and what is happening in Myanmar? *The Guardian*, [S.I.], 6 set. 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/global-development/2017/sep/06/who-are-the-rohingya-and-what-is-happening-in-myanmar>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- REINO UNIDO. House of Lords. *Pegina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others ex parte Pinochet*. Londres, 25 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.internationalcrimes-database.org/Case/855/Pinochet/>. Acesso em: 08 maio 2019.
- ROSAS, Allan. State Sovereignty and Human Rights: towards a global constitutional Project. *Political Studies*, [S.I.], XLIII, p. 61-78, 1995. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9248.1995.tb01736.x>.
- SALMÓN, E. El crimen de agresión después de Kampala: soberania de los estados y lucha contra la impunidad. *Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidade Católica del Perú*, Lima, 2011. Disponível em: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/el_crimen_de_agresion_despues_de_kampala.pdf. Acesso em: 10 maio 2019.
- TANZÂNIA. International Criminal Tribunal for Rwanda (Appeals Cham-

- ber). *The Prosecutor v. The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*. ICTR-96-4-A. Relator Claude Jord, [S.I.], 1 de junho de 2001. Disponível em: <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/50/Akayesu/>. Acesso em: 26 abr. 2019.
- TANZÂNIA. International Criminal Tribunal for Rwanda. *The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko et al.* ICTR-98-42-T. Relator Judge William H. Sekule, [S.I.], 24 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/853/Nyiramasuhuko-et-al/>. Acesso em: 08 maio 2019.
- TEITEL, Ruti. Transitional justice genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, Cambridge, vol. 16, pp. 69-94. 2003. Disponível em <http://www.qub.ac.uk/Research/GRI/mitchell-institute/FileStore/Filetoupload,697310,en.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.
- OHCHR. Office of the High Commissioner for Human Rights. “*Statement by Ms Yanghee Lee, Special Rapporteur on the situation of human rights in Myanmar at the 37th session of the Human Rights Council*”, 12 March 2018. Disponível em <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22806&LangID=E>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- VAGIAS, Michail. The territorial jurisdiction of the International Criminal Court. A jurisdictional rule of the ICC? *Netherlands International Law Review*, Haia, vol. 59 n. 1, pp. 43-64, 2012. Disponível em <https://link.springer.com/journal/40802/volumes-and-issues/59-1>. Acesso em: 27 dez. 2020.
- VAGIAS, Michail. *The territorial jurisdiction of the International Criminal Court*. Certain contested issues. PH.d. Thesis. Bynkers Hoek Publishing – Leiden University, Leiden, 2011. Disponível em: <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/17669>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- VITO, Daniela de; GILL, Aisha; SHORT, Damien. A tipificação do estupro como genocídio. *SUR – Revista de Direito Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, vol. 6, n. 10, jun. 2009.

Recebido em 25 de março de 2020.

Aprovado em 26 de janeiro de 2021.

RESUMO: O artigo analisa a jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional de acordo com o previsto no Estatuto de Roma de 1998, bem como em consonância com os princípios da territorialidade, complementaridade e cooperação. O objetivo principal do artigo é estudar a incidência da jurisdição do Tribunal e o objetivo específico é analisar como a jurisdição universal do Tribunal pode ser aplicada aos crimes praticados no território de um Estado que não é parte do Estatuto de Roma, utilizando-se como fonte principal o caso do Povo Rohingya, que tem uma relação intrínseca com a tese da jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional, aspecto que representa a originalidade do trabalho. O critério dedutivo foi o método adotado para o desenvolvimento do trabalho, com o estudo do aspecto normativo, doutrinário e jurisprudencial. O trabalho concluirá que a jurisdição universal do TPI deve ser reavaliada para ser aplicada de acordo com a releitura do princípio da soberania estatal e da adequada interpretação dos crimes internacionais de interesse da humanidade, sob a perspectiva interseccional para a consideração dos atos anti-imigração como crimes contra a humanidade.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional; jurisdição universal; Estatuto de Roma; deportação; princípio da territorialidade; Estado que não é parte do Estatuto do Tribunal; atos anti-imigração.

ABSTRACT: The article analyzes the universal jurisdiction of the International Criminal Court in accordance with the 1998 Rome Statute, as well as in line with the principles of territoriality, complementarity and cooperation. The main objective of the article is therefore to study the jurisdiction of the Court and the specific objective is to examine how the universal jurisdiction of the Court can be applied to crimes occurring in the territory of States that are not part of the Rome Statute, using as a source the case of the Rohingya People, which is intrinsically linked to the universal jurisdiction of the International Criminal Court, what is the original aspect of the paper. The deductive method was the methodology adopted for the development of the work, with the study of the normative, doctrinal and jurisprudential aspect. The work will conclude that the universal jurisdiction of the ICC should be re-evaluated to be applied in accordance with the re-reading of the principle of state sovereignty and the proper interpretation of international crimes of interest to humanity, from the intersectional perspective for the consideration of anti-immigration acts as crimes against humanity.

Keywords: International Criminal Court; universal jurisdiction; Rome Statute; D=deportation; principle of territoriality; State did not accept the jurisdiction of the Court; anti-immigration acts.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. A jurisdição Universal do Tribunal Penal Internacional e o deslocamento forçado do povo Rohingya: o caso Myanmar v. Bangladesh do TPI. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 59, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1410>.