

Prelúdios de uma Nova Ordem Mundial: O Tribunal Penal Internacional*

Paula Escarameia

Membro da Comissão de Direito Internacional da ONU, Professora Associada do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade Técnica de Lisboa e membro da delegação de Portugal às negociações para a criação de um Tribunal Penal Internacional.

Resumo

Analisa-se o processo de criação do Tribunal Penal Internacional à luz do que é visto como um momento de transição entre modelos no Direito Internacional, considerando-o como uma figura híbrida, com características vestefalianas e com aspectos de uma nova ordem. Após breve introdução sobre os principais pontos de controvérsia na negociação do Estatuto de Roma do Tribunal, passa-se à análise dos modos como foram harmonizados princípios contrários de modelos diferentes, sobretudo quanto à questão soberania estatal v. protecção dos direitos humanos (com implicações quanto à competência material do Tribunal e ao consentimento de estados para o exercício desta, entre outros), o papel dominante do estado v. desempenho internacional por indivíduos (reflectida, sobretudo, no papel dos juizes e do procurador) e, finalmente, Direito v. Política, com consequências no regime estabelecido para o Conselho de Segurança da ONU e com reflexos vivos nas reacções dos Estados ao Tribunal.

Abstract

The article analyzes the International Criminal Court in light of what is perceived as a moment of transition between models of International Law. It looks at the Court as a hybrid institution with both Westphalian characteristics and those of a new order. After a brief introduction on the most contentious aspects of the negotiations of the Rome Statute of the Court, the article examines ways in which opposing principles of the different models were harmonized, including the issue of state sovereignty v. protection of human rights, with implications, among others, for the crimes under jurisdiction and for the consent of States for the exercise of jurisdiction; the State's dominant role v. the international role of certain individuals, which is reflected mostly in the role of the judges and the prosecutor; and the tension of Law v. Politics, with implications for the role of the Security Council and States' reaction to the Court.

* A autora, que tem integrado a delegação de Portugal às negociações na ONU para a criação de um Tribunal Penal Internacional desde o seu início, em 1995, escreve este artigo na sua capacidade estritamente pessoal.

I. Introdução ou a Dimensão Especial do Momento Presente

“Era o melhor dos tempos, era o pior dos tempos”

Charles Dickens, *“História de Duas Cidades”*

O tempo que vivemos tem as características únicas do intervalo de transição entre modelos teórico-institucionais em muitos campos: um daqueles em que tais aspectos mais se revelam é, sem dúvida, o do Direito Internacional, com a sua imensa panóplia de dados, termos, conceitos, regras, normas, princípios, instituições, etc, sujeito a um desafio constante que tanto causa um arrepio de insegurança como um deslumbramento pelas potencialidades criadoras que anuncia. É, por isso, simultaneamente, o melhor e o pior dos tempos.

São variadíssimos os exemplos que reflectem a característica da insatisfação com o passado e a ansiedade pela falta de fundamentos seguros com que basear um eventual modelo futuro: encontramos-los profusamente na área do ambiente, no âmbito do desarmamento, nas questões de engenharia genética, nas relações entre sujeitos de relações internacionais e, entre muitos outros, no assunto sobre que neste momento nos debruçaremos: a justiça penal internacional. Poucos momentos podem ser, por outro lado, tão criadores como o presente, com a possibilidade de instituição de mecanismos orgânicos de aplicação e desenvolvimento do Direito Internacional, uma oportunidade que não surgia desde os fins da 2ª Guerra Mundial, com a criação, nessa altura, da ONU e de várias das suas instituições especializadas¹.

Claro que este tempo que vivemos tem ainda a característica fundamental de influenciar de modo desproporcionado o desenrolar dos acontecimentos vindouros e a configuração dos mesmos, como acontece sempre que se abandona um passado já não satisfatório e se inicia um caminho em que o futuro se vai criando a cada passo. É um tempo em que o jogo de forças se torna ainda mais visível e em que do resultado deste depende o modelo em que a Humanidade viverá por muitos mais anos, com a estabilidade (e a consequente esterilidade) que os fundamentos de um paradigma aceite conferem.

Esse tempo de futura estabilidade não é ainda o nosso tempo: aquele que vivemos é um tempo de passagem, um tempo em que os fundamentos tremeram, em que alguns ruíram

1 Para uma visão diametralmente oposta a esta, ver Koskeniemi, Martti *The Gentle Civilizer of Nations, The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, em que o autor conduz uma brilhante análise histórica para concluir que o nosso tempo corresponde a um período de enfraquecimento e queda do Direito Internacional.

de vez e em que há a possibilidade única de construir novos alicerces. Entretanto, os acontecimentos impelem o momento criador e este arranca, como pode, entre algumas ruínas, algumas bases relativamente sólidas, muitas reivindicações e uma visão de como o futuro pode ser. As instituições que origina reflectem sempre uma mistura de conservadorismo prudente com algo de novo, arrojado e modelador, porque os seus efeitos não têm ainda contornos definidos e só se podem visionar. Assim, são figuras híbridas, com características de um modelo passado, porque geram um sentimento de incapacidade face às novas realidades, e notas de um paradigma futuro, porque causam instabilidade ao anunciar características de um modelo que ainda não existe.

Poucas instituições jurídico-internacionais reflectirão melhor este hibridismo entre modelos que o Tribunal Penal Internacional (TPI), cujo Estatuto, aprovado em Roma em 17 de Julho de 1998, entrou em vigor em 1 de Julho de 2002, nos termos do artigo 126º, após ter obtido 60 ratificações ou adesões em 11 de Abril de 2002². É, pois, uma breve análise do confronto e harmonização de princípios de diferentes modelos, reflectidos nas normas do Estatuto, que me proponho abordar de seguida, não só através da análise de algumas das soluções consagradas e dos compromissos conseguidos, mas também do jogo de forças por detrás dos mesmos e, sobretudo, do modo de como este poderá influenciar a interpretação e aplicação das referidas normas, contribuindo, assim, não só para determinar o destino da primeira jurisdição penal internacional permanente e de carácter geral mas, mais profundamente, para elaborar as características do novo modelo de Direito Internacional que iremos ter num futuro relativamente breve.

2 Para leitura do texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, nas línguas oficiais, ver PCNICC/1999/INF/3, de 17 de Agosto de 1999, ou consultar a página da internet www.un.org/law; para a tradução oficial portuguesa, ver Diário da República, 1ª Série A nº 15, de 18 de Janeiro de 2002 ou Escarameia, Paula Reflexões sobre Temas de Direito Internacional: Timor, a ONU e o Tribunal Penal Internacional, ISCSF, 2001, Lisboa, pp. 297 e segs.. Para além de um Preâmbulo, o Estatuto é composto por 128 artigos, divididos em 13 Partes: “Criação do Tribunal”, “Competência, Admissibilidade e Direito Aplicável”, “Princípios Gerais de Direito Penal”, “Composição e Administração do Tribunal”, “Investigação e Procedimento Criminal”, “O Processo”, “As Penas”, “Recurso e Revisão”, “Cooperação Internacional e Assistência Judiciária”, “Execução da Pena”, “Assembleia dos Estados Partes”, “Financiamento” e “Cláusulas Finais”.

O Estatuto entrou em vigor dia 1 de Julho de 2002, nos termos do seu artigo 126º, que prescreve que a entrada em vigor ocorre no primeiro dia do mês após terem decorrido 60 dias da data de depósito do 60º instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão (que ocorreu em 11 de Abril de 2002). Portugal assinou o Estatuto em 7 de Outubro de 1998 e ratificou-o em 5 de Fevereiro de 2002. Assinaram o Estatuto 139 Estados (o período de abertura para assinaturas terminou em 31/12/2000) e, em 25/9/2002, 81 Estados tinham-no ratificado ou a ele aderido, entre os quais todos os membros da União Europeia.

II. O Processo Negocial do Estatuto como Reflexo da Tensão entre Diferentes Modelos de Direito Internacional

“Teremos que nos arrepender, nesta geração, não tanto dos actos perversos das pessoas malévolas, mas mais do silêncio espantoso das pessoas boas”.

Martin Luther King

Muito se tem escrito sobre as negociações que levaram a Roma e sobre as que se lhe seguiram até à primeira Assembleia dos Estados Partes do Tribunal e efectiva entrada em funcionamento do mesmo³. Foram estas particularmente difíceis, não apenas porque havia que superar I) alguns problemas de carácter técnico e numerosos de carácter político mas, sobretudo, porque II) foram conduzidas num período de transição entre modelos conceito-institucionais do Direito Internacional, o que, contraditoriamente, foi, simultaneamente, a causa que permitiu a existência de uma situação que levou a todo o processo de despoletamento e concretização do Tribunal.

- I) Os pontos fundamentais, e, conseqüentemente, os mais difíceis de negociar, foram, provavelmente, a) o da escolha e subsequente definição dos crimes sobre os quais o Tribunal tem competência (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão), b) os mecanismos pelos quais uma acção pode ser intentada perante o Tribunal, o que compreende as entidades que o podem fazer (Estados Partes, Conselho de Segurança e Procurador) bem como os Estados não-partes que terão que dar o seu consentimento para que a acção possa ser intentada (o Estado da nacionalidade ou o território), c) a questão da complemen-

³ Sobre os antecedentes históricos do Estatuto de Roma, ver, entre muitos outros, Escarameia, Paula “O Tribunal Criminal Internacional” in *Reflexões sobre Temas de Direito Internacional*, ISCSP, Lisboa, 2001 (artigo escrito em princípios de 1999) e Lobo, António Costa “Um Tribunal à Escala Mundial”, in *O Mundo em Português*, nº 18, Março de 2001. Para um conhecimento mais pormenorizado das negociações, ver Lee, Roy ed. *The International Criminal Court - The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague, 1999 e Leanza, Umberto “The Rome Conference on the Establishment of an International Criminal Court: a Fundamental Step in the Strengthening of International Criminal Law” in Lattanzi, Flavia and Schabas, William *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court* - vol. I, II Sirente, Itália, 1999. Para uma análise histórica dos antecedentes de uma justiça penal internacional e um estudo sobre os principais problemas que hoje se colocam, ver a série de publicações *Nouvelles Études Pénales*, èrés, n. 13, 13bis, 13 ter e 13 quater, desde 1997 a 1999, sobretudo Bassiouni, Cherif, “Historical Survey: 1919-1998” in 13 quater, pp. 1 a 44.

taridade face aos sistemas nacionais, d) o papel do Procurador e e) o papel do Conselho de Segurança da ONU.

- a) Quanto à questão da jurisdição em função da matéria, foi longo o debate sobre quais os crimes a incluir na jurisdição do Tribunal, tendo as divergências subsistido até ao último momento e dado origem à Resolução E, adoptada pela Conferência Diplomática de Roma, em que se recomenda que a Conferência de Revisão do Estatuto⁴ considere a inclusão dos crimes de terrorismo e tráfico de drogas na jurisdição do Tribunal⁵.

Os crimes que acabaram por estar previstos no art. 5º, como foi referido supra, foram o de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão. Há uma progressão de dificuldade quanto à inclusão e definição destes crimes, tendo sido relativamente simples o acordo quanto ao crime de genocídio (art. 6º), em que é transcrita a definição constante da “Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio”, de 1948, consistindo este assim, basicamente, na destruição, (acompanhada da intenção específica de destruir e não apenas de praticar o acto em causa) de grupo étnico, nacional, racial ou religioso, por homicídio, causando graves danos físicos ou mentais, infringindo condições que levem à destruição do grupo, aplicando medidas que evitem nascimentos ou transferindo, pela força, crianças desse grupo para outro⁶.

Mais difíceis foram os compromissos quanto aos crimes contra a humanidade (art. 7º), que acabaram por ser descritos como actos praticados enquanto parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra qualquer segmento da população civil, com conhecimento desse ataque, neles se incluindo o homicídio, a exterminação, a escravatura, a deportação, o encarceramento em certas condições, a tortura, a violação, a escravatura sexual, a prostituição forçada, a esterilização forçada e outras formas de violência sexual, a perse-

4 Nos termos do artigo 123º do Estatuto, esta Conferência realizar-se-á, obrigatoriamente, sete anos após a entrada em vigor do mesmo, isto é, em 2009, sendo convocada pela Secretário-Geral da ONU.

5 Doc. A/CONF.183/C.1/L.76/Add.14, de 16 de Julho de 1998. É interessante notar que o Estado que iniciou todo este processo, a Trindade e Tobago, o fez invocando precisamente a necessidade de um Tribunal para julgar crimes de tráfico internacional de drogas, crime este que não veio a constar da lista prevista no Estatuto e que é apenas referido na resolução agora citada.

6 Portugal tentou que fossem também incluídos casos de destruição de um grupo por questões políticas, visando situações como as do Camboja, por exemplo. Tal não foi possível, mas conseguiu-se, contudo, que situações destas estejam largamente cobertas pelos crimes contra a humanidade.

guição de qualquer grupo com fundamento, entre outros, em questões políticas, raciais, nacionais, étnicas, culturais, religiosas ou de género, o desaparecimento de pessoas, o crime de apartheid e qualquer outro acto desumano de gravidade comparável. Parece ser de salientar aqui a inovação da inclusão e caracterização dos crimes de violência sexual, do crime de desaparecimento de pessoas e da cláusula geral final, todos pontos muito controversos, pelos quais Portugal se bateu na linha da frente, apresentando várias propostas no sentido da protecção deste tipo, cada vez mais tristemente generalizado, de vítimas⁷.

Contudo, foram os crimes de guerra (art. 8º) que mais horas de debates ocuparam. A questão não era aqui, evidentemente, a da sua inclusão, reconhecida, pelo menos, desde o velho “Direito da Haia”, proveniente das Conferências da Paz de 1899 e 1907, e do “Direito de Genebra”, sobretudo constante das Convenções de 1949, que vieram, fundamentalmente, codificar Direito Consuetudinário que lhes era muito anterior, mas antes qual o seu conteúdo concreto. Os pontos mais controversos foram a questão da cobertura de crimes em conflitos internos, em relação aos quais, basicamente, todos os regimes ditatoriais com problemas internos criaram obstáculos constantes (embora fosse por todos reconhecido que, nos dias de hoje, a regra é a existência de conflitos sangrentos internos, sendo muito poucos os conflitos armados internacionais) e a questão das armas proibidas, mormente as armas nucleares.

O artigo acabou por ser muito longo, começando por afirmar que o Tribunal terá jurisdição sobre crimes de guerra, “em particular quando cometidos como parte de um plano ou política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes”, e prosseguindo com o enunciado dos mesmos, começando por referir as “violações graves às Convenções de Genebra de 1949”, para depois passar a actos que constituem graves violações das leis e costumes aplicáveis a conflitos internacionais e terminando com a lista (muito menor), de

7 Repare-se na novidade que constitui a inclusão dos crimes de violência sexual na categoria de crimes contra a humanidade e na sua caracterização, não apenas como tradicionalmente fora feito, em crimes contra o pudor, mas como crimes de escravatura ou tortura, por exemplo. Note-se ainda como a perseguição de certos grupos passou também a incluir o fundamento do género. Posteriormente, aquando da negociação do documento sobre os “Elementos dos Crimes”, doc. PCNICC/2000/1/Add.2, aprovado na 1ª Assembleia dos Estados Partes, foi aberta a possibilidade de actos de violência sexual serem considerados genocídio por ofensas graves à integridade física ou mental (art. 6º b) 1, nota 3). A inclusão de actos de desaparecimento de pessoas foi também uma inovação que ficou consagrada e que tinha sido muito solicitada pelas várias organizações não governamentais e alguns Estados da América Latina.

actos proibidos em casos de conflitos armados internos, em que não consta, por exemplo, qualquer proibição de armas ou estratégias de guerra. Quanto aos conflitos internacionais, é apenas proibido o uso de veneno ou armas envenenadas, de gases ou líquidos asfixiantes ou venenosos e de balas que expludam no interior do corpo humano. Após negociações muito demoradas, foi possível obter-se uma cláusula geral, que, mesmo assim, é extremamente conservadora, já que proíbe o uso de outras armas, materiais e métodos de guerra que causem sofrimento desnecessário ou que sejam inerentemente indiscriminadas, mas apenas se forem objecto de uma proibição compreensiva e forem incluídas no Estatuto, após revisão do mesmo (art. 8º nº 2 b) xx). Assim, e apesar do parecer consultivo do Tribunal Internacional de Justiça, que praticamente considera ilegal o uso de armas nucleares em todos os casos, salvo (com alguma ambiguidade), no caso de legítima defesa⁸, a solução que foi possível leva à sua não consideração como crime, ficando as armas laser e as minas anti-pessoais na mesma situação, isto é, não sendo considerada a sua utilização, de *per se*, como um crime de guerra⁹.

É ainda de salientar que, numa concessão feita à França, nas negociações já em Roma, o art. 124º permite que um Estado se torne parte do Estatuto e difira, por um período de 7 anos após a entrada em vigor do mesmo, a aceitação da jurisdição do Tribunal em relação a estes crimes, sempre que praticados por seus nacionais ou no seu território. Estas cautelas em relação aos crimes de guerra foram também o resultado da posição norte-americana, receosa, sobretudo, de actos praticados por elementos armados seus em territórios estrangeiros. A delegação dos Estados Unidos insistiu também sempre na necessidade de grande pormenorização dos “Elementos dos Crimes”, trabalho este que foi concluído, em 30 de Junho de 2000, no âmbito da Comissão Preparatória (resolução F da Conferência Diplomática) e aprovado pela 1ª Assembleia dos Estados Partes, em 4 de Setembro de 2002, afirmando ser essencial precisar minuciosamente quais os comportamentos proibidos¹⁰.

8 Parecer Consultivo nº 95 (Lista Geral) do Tribunal Internacional de Justiça, de 8 de Julho de 1996. Note-se, claro, que a ilegalidade e a qualidade de crime de determinado acto não são equivalentes, já que o ilícito criminal exige, em regra, uma gravidade superior.

9 A questão sobre a inclusão das armas nucleares foi responsável por uma proposta da Índia, que as pretendia ver incluídas, de não aprovação do Estatuto, no último dia da Conferência, proposta esta que veio a ser derrotada.

10 Para consulta dos textos dos “Elementos dos Crimes”, das “Regras de Procedimento e de Prova” e numerosos outros textos adicionais ao tratado de Roma, ver a página www.un.org/law, já citada.

- Finalmente, num crescendo de dificuldades políticas, não foi possível chegar à definição do crime de agressão, sobretudo devido ao papel que, na caracterização concreta de situações, deveria ser dado ao Conselho de Segurança, pelo que o problema ficou adiado para futuras conferências de revisão. Entretanto, os trabalhos relativos ao crime de agressão têm prosseguido, primeiro no âmbito da Comissão Preparatória e, a partir da 1ª Assembleia dos Estados Partes, num Grupo de Trabalho constituído especialmente para o efeito.
- b) Mas se acaso a escolha e definição dos crimes apresentou momentos difíceis, nenhum aspecto foi e continua a ser mais controverso que a questão do exercício da jurisdição pelo Tribunal, tendo sido o responsável pelo pedido de voto do Estatuto pelos Estados Unidos na Conferência em Roma, a razão por que este Estado votou contra o mesmo e a causa dos seus inúmeros esforços, tanto a nível da Comissão Preparatória, como a nível do Conselho de Segurança, bem como por meio de acordos bilaterais para o tentar anular.
- Após numerosas reuniões em que se tentaram várias soluções de compromisso, o nº 2 art. 12º acabou por prescrever que o Tribunal só poderia exercer a sua jurisdição se o Estado do território em que o crime ocorreu ou (e sublinhe-se a importância e o suor que a disjuntiva custou) o Estado da nacionalidade do acusado fossem partes do Estatuto ou consentissem na sua jurisdição. A preferência de alguns Estados ia, naturalmente, para a consagração da jurisdição universal em relação a estes crimes, não sendo assim necessário o consentimento de Estado algum para o início do processo, diferindo-se para o momento da cooperação com o Tribunal as questões jurídicas dos efeitos do Estatuto sobre Estados 3ºs. Não tendo de todo sido possível tal solução, parece que o compromisso encontrado, mesmo assim, ainda garante alguma flexibilidade na prossecução de alguns indivíduos, sobretudo quando os Estados da nacionalidade e do território não coincidem ou quando mudam os regimes políticos. Como esta limitação não se aplica a queixas feitas pelo Conselho de Segurança, também nesses casos haverá possibilidade dos crimes serem julgados.
- c) Outro aspecto que envolveu alguma dificuldade foi a questão da complementaridade: a palavra, de sentido mais ou menos ambíguo, foi introduzida logo na 1ª reunião do Comité Ad Hoc, em 1995, pelos Estados que mais se opunham à criação do Tribunal, para fazer prevalecer as jurisdições penais nacionais sobre este último. Após anos de consultas e reuniões sobre o tema, a questão da

complementaridade veio a reflectir-se, fundamentalmente, na ideia, constante do Preâmbulo, de que, em primeira linha, são os tribunais nacionais que deverão julgar estes crimes, tendo o Tribunal Penal Internacional a última palavra sobre esses julgamentos. Em termos do articulado, refere-se, sobretudo às questões de admissibilidade, constantes do art. 17º. Basicamente, o Tribunal não se pode ocupar de casos que estejam a ser tratados por tribunais penais nacionais com jurisdição sobre eles, nem de casos em que estes decidiram não prosseguir com o processo ou em que já tenham julgado o indivíduo, salvo se o Estado em questão for genuinamente incapaz ou não quiser prosseguir com o caso.

- d) Outro ponto que levantou celeuma significativa foi a questão do papel do Procurador, já que este tem o poder de iniciar um processo por si próprio. Assim, não apenas muita atenção é dedicada ao modo de eleição do Procurador mas também o seu poder “proprio motu” para apresentar queixas perante o Tribunal teve que ser enquadrado minuciosamente e de modo deveras cauteloso (art.15º)¹¹.
- e) Finalmente, o papel do Conselho de Segurança em relação ao Tribunal foi dos aspectos mais longamente negociados. Como tudo o que respeita à possibilidade de limitações ao poder deste órgão, as funções do Tribunal levaram a uma atitude de reserva e até de desconfiança por parte dos membros permanentes, que assim viram perdido o controle de substância, que tinham com os anteriores tribunais criminais *ad hoc*, quanto aos conflitos que poderiam estar sob alçada judicial e aos indivíduos que poderiam ser considerados criminosos de guerra. O projecto da Comissão de Direito Internacional era extremamente conservador neste aspecto, subordinando praticamente a jurisdição do Tribunal a autorização do Conselho de Segurança. Foi árduo o caminho para se chegar ao consagrado finalmente no Estatuto: o Conselho de Segurança tem uma posição

11 Portugal foi, com a Itália e a África do Sul, o primeiro país a apresentar uma proposta, ainda no âmbito do Comité Ad Hoc, em 1995, para que o Procurador pudesse iniciar uma investigação por sua iniciativa, isto é, sem que um Estado ou o Conselho de Segurança tivessem anteriormente que apresentar uma queixa, em termos semelhantes aos prescritos nos Estatutos dos Tribunais da Ex-Jugoslávia e do Ruanda (respectivamente, nos.1 dos arts. 18º e 17º dos Estatutos). A proposta, que suscitou muita resistência de início, acabou por ser aceite, embora se tenham consagrado mais limitações à apresentação de uma acção pelo Procurador do que pelos Estados Partes ou o Conselho de Segurança, já que, designadamente, a secção de instrução do Tribunal terá que dar o seu consentimento para a acção prosseguir.

privilegiada, nos termos dos arts. 12º e 13º, em relação aos Estados e ao Procurador porque pode apresentar situações (repare-se que não pode apresentar casos individuais) ao Tribunal, podendo este exercer jurisdição sem que seja necessário o consentimento de nenhum Estado para tal. Tem ainda uma posição de privilégio por poder utilizar a moratória constante do art. 16º, isto é, o deferimento do início ou continuação de qualquer processo do Tribunal por 12 meses, através de resolução que tal prescreva¹².

Muito se poderia também escrever sobre os inúmeros problemas de carácter técnico-jurídico que inevitavelmente surgem sempre que cerca de 190 Estados trabalham em conjunto para produzir um documento jurídico, sobretudo se de carácter institucional-orgânico, como o presente, com as consequentes utilizações distintas de conceitos, ausência ou imperativa necessidade de certas instituições ou modos de procedimento ou mesmo visões divergentes sobre o papel e alcance de uma instituição judiciária. Elas foram patentes em muitos aspectos, como sejam as noções de autor e de auxiliares do crime, a eventual responsabilidade penal de pessoas colectivas ou de menores, os conceitos relativos ao elemento mental do crime, a admissão ou não de julgamentos à revelia, a existência eventual de júri e por aí adiante. Face à grande diversidade de nomenclatura e mesmo de modos de formação de conceitos dos diferentes sistemas jurídicos, por vezes diferentes, não só a nível de grandes famílias jurídicas mas mesmo a nível nacional, optou-se, em geral, pela descrição do fenómeno em causa (elemento material ou mental do crime), tentando evitar-se a sua designação, necessariamente ambígua.

Se considerarmos que, mesmo a nível nacional, constitui uma empresa assinalável elaborar um Código Penal, um Código de Processo Penal e uma Lei Orgânica de um tribunal superior em menos de quatro anos, pode vislumbrar-se um pouco a energia e intensidade de trabalho que foi colocada no Estatuto de Roma. De facto, a 6ª Comissão (Comissão Jurídica) Assembleia Geral, constituiu primeiro um Comité *Ad Hoc* e, a partir de 1996, converteu-o em Comité Preparatório da Conferência para a criação de um Tribunal Internacional que levou à Conferência

12 O assunto, praticamente único, que foi discutido em Portugal, a questão da pena de prisão perpétua, não foi internacionalmente tão controverso quanto estes. Para análise desta questão ver, da autora, "Quando o Mundo das Soberanias se Transforma no Mundo das Pessoas: o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e as Constituições Nacionais" *Thémis*, Ano II, nº 3, 2001, pág.143 e segs.

de Roma, começando as negociações apenas em 1995, com base num projecto de Estatuto cuja elaboração fora pedida à Comissão de Direito Internacional em 1992¹³.

Mas, no geral, muito mais que as questões técnicas, foi, obviamente, a questão política que acabou por gerar as constantes tensões e tanto o impulso por uns como a resistência por outros, já que este Tribunal se destina a julgar pessoas que praticam crimes de tal gravidade que, por vezes, implicam a mobilização de todo um aparelho governativo e têm como responsáveis últimos os detentores dos órgãos de soberania do poder instituído. Assim, é difícil conduzir um genocídio e

-
- 13 Pela resolução nº 44/39, de 4 de Dezembro de 1989, a Assembleia Geral requereu que a Comissão de Direito Internacional (CDI) se debruçasse sobre a questão da criação de um tribunal criminal internacional, convidando-a a aprofundar o tema nos anos seguintes, através das resoluções nºs 45/41, de 28 de Novembro de 1990 e 46/54, de 9 de Dezembro de 1991. A partir de 1992, a 6ª Comissão requereu à CDI a elaboração de um projecto de Estatuto do Tribunal como matéria prioritária (res. nºs 47/33, de 25 de Novembro de 1992 e 48/31, de 9 de Dezembro de 1993). Num esforço que culminou com um dos mais rápidos trabalhos da sua história, a CDI apresentou, em 1994, o dito Projecto à Assembleia Geral, tendo a 6ª Comissão proposto a criação de um Comité Ad Hoc, o que veio a ser consagrado na res. nº 49/53, de 9 de Dezembro de 1994, para “rever os principais assuntos constantes do Estatuto e considerar a convocação de uma conferência internacional de plenipotenciários para adopção do Estatuto”. O dito Comité reuniu-se durante 4 semanas em 1995 e, nesse ano, após terem sido vencidas as muitas resistências, foi possível converter o dito Comité num Comité Preparatório, pela res. nº 50/46, de 11 de Dezembro de 1995, encarregado de “redigir um texto consolidado, que fosse geralmente aceitável, do estatuto para um tribunal criminal internacional, como passo adicional para a sua apreciação por uma conferência de plenipotenciários”.

O referido Comité Preparatório trabalhou intensamente de 1996 a 1998 (5 semanas em 1996, 6 semanas em 1997 e 3 semanas em 1998 - res. nºs 51/207, de 17 de Dezembro de 1996 e 52/160, de 15 de Dezembro de 1997), tendo transmitido, após a reunião de Março/Abril de 1998, o dito Projecto de Estatuto à Conferência Diplomática, a realizar em Junho/Julho desse ano.

Embora muitas sejam as razões que se podem apontar para o facto de, finalmente, o desejo antigo (com referido, já em 1989, por iniciativa da Trindade e Tobago, a AG aprovou a res. nº 44/39, em que se refere a criação de um tribunal criminal internacional), ter conseguido traduzir-se num Estatuto aprovado numa Conferência em que estiveram presentes 160 Estados e 124 ONGs, uma das mais próximas e decisivas foi, sem dúvida, a de evitar a criação, pelo Conselho de Segurança, de tribunais ad hoc somente para situações em que houvesse concordância dos 5 membros permanentes. Apesar dos esforços para uma aprovação do Estatuto por consenso, tal não foi possível, como já referido, devido ao pedido para realização de votação que partiu dos Estados Unidos, no último momento da Conferência, e que se saldou em 120 votos a favor, 21 abstenções e 7 votos contra (Estados Unidos, Israel, China, Líbén, Iraque e Qatar). Os trabalhos continuaram após a Conferência de Roma, desta vez no âmbito da Comissão Preparatória para o Tribunal Penal Internacional, instituída pela Resolução F, aprovada na Conferência de Roma em 17 de Julho de 2000, que teve 10 sessões de duas semanas cada, até Julho de 2002, e produziu numerosos documentos, de onde se destacam os “Elementos dos Crimes” e as “Regras Processuais e de Prova”. Estes vieram a ser todos aprovados, por consenso, na 1ª Assembleia dos Estados Partes, que esteve reunida de 3 a 10 de Setembro de 2002. De referir, ainda, que todos os trabalhos estiveram, desde o seu início, abertos a todos os Estados, mesmo não -membros das Nações Unidas, e que as reuniões decorreram na sede da ONU, em Nova Iorque, à excepção, obviamente, da Conferência de Roma.

mesmo alguns crimes contra a humanidade sem que haja um elevado nível de disponibilidade de meios e uma elaborada organização dos mesmos e é mesmo impossível praticar um crime de agressão se o autor não ocupar um posto chave na hierarquia estatal. A consciência desta situação levou, naturalmente, ao reforço das resistências a todo o processo e, também, pelas razões exactamente opostas, à energia acrescida daqueles que o queriam ver vencer.

- II) Apesar de as dificuldades de carácter técnico e político que se assinalaram terem tido uma influência decisiva nas negociações, creio que o processo toca um aspecto muito mais estruturante e desestabilizador: é que ele se desenrola, como já assinalado, num período de transição concepto-institucional entre modelos de Direito Internacional, pondo fim definitivo ao tempo vestefaliano e anunciando novas bases cujos fundamentos ainda são demasiado incipientes para fazerem parte de um todo coerente, de um modelo que ofereça uma base de argumentação reconhecida e um espaço de manobra limitado por princípios não disputáveis. Assim, torna-se mais fácil assinalar aquilo com que o futuro modelo rompe do que propriamente quais as características que reveste.

Estamos cada vez mais longe de um mundo organizado exclusivamente em Estados, definidos fundamentalmente como entidades territoriais que exercem poderes exclusivos sobre os seus territórios (incluindo, naturalmente, sobre os seus habitantes), sem intervenção de factores exteriores às fronteiras que delimitam o referido espaço. Contudo, como sublinhado anteriormente, não estamos ainda a operar no âmbito de um modelo sucessor, pelo que sentimos as alterações reais que levam a uma insuficiência dos nossos conceitos e das nossas instituições orgânicas de elaboração e aplicação do Direito Internacional mas não temos ainda entidades que as substituam, ou, pelo menos, que o façam de um modo generalizado e consensualmente aceite. Talvez os aspectos em que mais saliente esta insuficiência tenham que ver com a alteração de sujeitos da cena internacional, reflectido no protagonismo adquirido, entre outros, por empresas multinacionais, por organizações não governamentais, por grupos envolvidos em actos terroristas ou tráfico internacional de seres humanos ou armas, por certas individualidades que medeiam conflitos ou sobre os mesmos se pronunciam, por vezes com carácter jurídico obrigatório, como é o caso dos juizes dos tribunais internacionais ou regionais. Contudo, a mudança profunda não se reflecte meramente no aparecimento o papel de novas entidades mas, mais substantivamente, na estrutura básica em que

assenta o Direito Internacional, como seja na importância relativa das suas fontes, com um recente aumento de autoridade proveniente da jurisprudência e o aparecimento de princípios directores, sobretudo em áreas como o ambiente ou os direitos humanos, que têm a inovadora característica jurídica de normas programáticas, ou o confronto real entre princípios cada vez menos harmonizáveis, como a defesa dos direitos humanos e o desenvolvimento económico, por um lado, e a não intervenção nos assuntos internos e o não uso da força, por outro.

É num período como este, de desestabilização e descrédito do modelo anterior mas de não aceitação de um modelo alternativo (por exemplo, com grupos de interesses como sujeitos, sem quaisquer bases territoriais), que nasce o Tribunal Penal Internacional. Como já assinalado, o seu próprio aparecimento só me parece possível devido à desagregação parcial do modelo anterior e as suas características parecem-me um reflexo do momento presente, traduzindo o confronto de ideais opostos e o jogo de forças que levou à consagração de soluções de um compromisso próprio da riqueza e fecundidade dos momentos de transição. Como será visto mais adiante, penso que o seu próprio desempenho e o papel que preencherá nos anos que virão influenciará o mundo em determinado sentido e esse confronto de forças será determinante no moldar das formas que o nosso modelo futuro assumirá. É, pois, uma análise breve das suas características e do seu próprio porvir, que, à luz do que foi afirmado, se seguirá.

III. O Tribunal Penal Internacional como Figura Híbrida entre Modelos

“Nada é mais forte do que uma ideia cujo tempo chegou”

Ditado alemão

Entre muitas outras análises teóricas que poderiam ser feitas do processo de negociação e do resultado obtido, talvez tenha cabimento, no seguimento do que foi dito anteriormente, olhar o Estatuto de Roma e o Tribunal que este cria como o resultado de tensões constantes entre princípios jurídicos diferentes, entre agentes diversos que operam nas Relações e Direito Internacionais e, finalmente, como um confronto entre o Direito e uma realidade, política, que tem dificuldades de se submeter ao mesmo. Assim, passarei a analisar o Estatuto e a organização por ele criada, sob três pontos de vista: 1. a tensão entre a ideia de soberania e a de protecção dos direitos humanos; 2. a emergência da

relevância do papel de certos indivíduos na cena internacional; 3. o confronto Direito/Política, designadamente a questão da revisão judicial de decisões de órgãos políticos.

1. Soberania estatal v. protecção dos direitos humanos – A própria existência do Tribunal corresponde a uma vitória fundamental da protecção dos direitos humanos mais básicos relativos a situações extremas de violência e de abuso do poder, como são as que originam crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão¹⁴. Por outro lado, esta protecção é decididamente reforçada pela ausência de quaisquer imunidades baseadas na qualidade oficial do autor dos crimes em causa: o artigo 27º, sob a epígrafe “Irrelevância da qualidade oficial”, é muito claro ao prescrever que “1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá, de *per se* motivo de redução da pena. 2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.”¹⁵.

14 O Preâmbulo reflecte bem este sentimento ao referir que “Os Estados Partes no presente Estatuto... Tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, mulheres e homens têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade...*Afirmando* que os crimes de maior gravidade, que afectam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efectivamente assegurada através da adopção de medidas a nível nacional e do reforço da cooperação internacional...*Decididos* a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes...” (para. 2, 3 e 4).

15 A total ausência de imunidades para muitos dos crimes previstos no Estatuto já constava de várias convenções, como é o caso das “violações graves” das Convenções de Genebra de 1949 e Protocolos Adicionais de 1977, sobre Direito Humanitário (artigos 50º da 1ª Convenção, 51º da 2ª Convenção, 130º da 3ª Convenção, 147º da 4ª Convenção e arts. 11º e 85º nº 3 do Protocolo I) que se referem, fundamentalmente, aos crimes de guerra do Estatuto, a “Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio” de 1948, que, no seu artigo IV, declara irrelevante a qualidade oficial, a “Convenção sobre Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes”, de 1984, cujo art. 41º vai no mesmo sentido, e os Estatutos dos dois Tribunais *Ad Hoc*, respectivamente, de 1993 e 1994, (art. 7º nº 2 do da Ex-Jugoslávia, instituído pelas resoluções do Conselho de Segurança nº 808 (1993) e 827(1993) e art. 6º nº 2 do do Ruanda, criado pela res. nº 955(1994)), que também repetem a completa ausência de imunidades.

Este pendore para a protecção do indivíduo revela-se ainda em campos mais inovadores, como sejam a possibilidade que o Procurador tem, segundo o art. 15º do Estatuto, para, *moto proprio*, intentar uma acção junto do Tribunal, tendo recebido informações sobre o caso em questão de qualquer entidade, inclusive de uma organização não governamental. Esta norma representa, no seguimento do que consta dos Estatutos dos Tribunais Ad Hoc para a Ex-Jugoslávia e para o Ruanda (arts. 18º nº 1 e 17º nº 1 dos respectivos Estatutos) uma verdadeira ligação entre cada indivíduo e, em conjunto, a sociedade civil, por um lado, e um Tribunal criado por um tratado interestatal, por outro. A percepção da novidade desta solução, que estabelece a dita ligação e dá poderes a um indivíduo para fazer uma queixa que pode iniciar uma acção internacional penal (já que o art. 13º do Estatuto consagra essa via, através do Procurador) foi particularmente sentida no início das negociações, quando Portugal a propôs, em 1995, tendo sido necessário vencer inúmeras resistências (e aceder a vários compromissos, como veremos mais adiante) para que a mesma acabasse por ficar consagrada.

Talvez mais arrojada, contudo, que a possibilidade agora referida, e centro das maiores controvérsias, que estão vivamente presentes nos nossos dias, é a consagração do regime de jurisdição do Tribunal. Este regime foi o causador do pedido de votação do Estatuto pelos Estados Unidos (quando se esperava que o mesmo fosse aprovado por consenso) e continua a ser a causa primordial da hostilidade que esse Estado tem votado ao Tribunal, estando na origem da aprovação de leis internas, de uma resolução no Conselho de Segurança (res. 1422 (2002)) e de uma série de acordos bilaterais para isentar indivíduos de nacionalidade americana da jurisdição do Tribunal: trata-se do disposto no art. 12º do Estatuto sobre os indivíduos em relação aos quais o Tribunal tem jurisdição. Afirma o nº 2 do dito artigo: “Nos casos referidos nas alíneas a) ou c) do artigo 13º [acção intentada por um Estado Parte ou pelo Procurador *moto proprio*], o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados foram Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no nº 3: a) Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou aeronave, do Estado de matrícula do navio ou aeronave; b) Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado o crime.” O resultado deste preceito é que um Estado pode não ser parte do Estatuto e os seus nacionais podem vir a ser julgados pelo Tribunal, por terem praticado crimes no território de um Estado Parte (ou que aceite a competência do Tribunal).

Esta norma, que está em conformidade com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, designadamente o seu artigo 34º (“Um tratado não cria obrigações para um estado terceiro sem o consentimento deste último”), já que se refere a jurisdição sobre indivíduos e não sobre Estados, tem sido contestada, ocasionalmente, por quem entende, ao contrário da larga maioria da doutrina e dos Estados, que a sua base jurídica é duvidosa (o Estatuto produziria efeitos em relação a terceiros Estados) e pela sua “perigosidade política”, já que permitiria o julgamento de indivíduos de determinada nacionalidade por razões de desacordo político com o referido Estado. Este argumento tem sido quase que exclusivamente apresentado pelos Estados Unidos, sobretudo invocando a situação dos seus militares no estrangeiro, e tem estado na base de toda a campanha anti-Tribunal que tem activamente conduzido nos tempos mais recentes.

De qualquer modo, trata-se de uma característica inovadora, sem paralelo noutra convenção, já que o Tribunal é o primeiro órgão judicial criminal permanente a ser instituído por um tratado, visto os dois Tribunais Ad Hoc o terem sido por resoluções do Conselho de Segurança, ao abrigo do Capítulo VII da Carta (“Acção em caso de ameaça à paz, ruptura da paz e acto de agressão”), sendo a sua jurisdição obrigatória para todos os Estados, de acordo com o artigo 25º da mesma¹⁶.

As características de uma ordem jurídica mais conservadora, que reflecte a essencialidade da soberania e que olha a organização mundial, primordialmente, não como um conjunto comum de interesses e valores de indivíduos unidos pelos mesmos, mas fundamentalmente como uma divisão territorial sobre a qual Estados exercem soberania, está, contudo, claramente reflectida noutros aspectos do Estatuto, designadamente no facto de este ser um tratado interestadual, de ser necessário o consentimento de algum Estado para que o Tribunal exerça jurisdição sobre o caso em questão (imediate ou mediatamente, como quando o Conselho de Segurança o refere) e pela ideia da complementaridade.

16 Prescreve o dito artigo: “Os membros das Nações Unidas concordam em aceitar e aplicar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.”. Para análise da justificação jurídica para a possibilidade da criação de um tribunal internacional com competência penal sobre indivíduos pelo Conselho de Segurança, ver o doc. S/25704, de 3 de Maio de 1993, “Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808(1993)”, págs. 21 e segs.

Assim, embora no início das negociações se tivesse aventado a possibilidade de uma revisão da Carta para inclusão do Tribunal Penal Internacional como órgão das Nações Unidas, com jurisdição penal sobre indivíduos (como o Tribunal Internacional de Justiça o é face a Estados), aplicável a todos os Estados Membros da Organização, cedo foi esta abandonada, numa atitude realista da impossibilidade da concretização mesma. Deste modo, foi consensual que o Tribunal seria constituído por tratado interestadual que vincularia, naturalmente, nos termos do art. 36º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, apenas os Estados Partes no mesmo.

Para além disso, o Tribunal não tem uma jurisdição universal, sendo necessário, nos termos do art. 12º, que o Estado da nacionalidade do presumível autor ou o do território em que o crime ocorreu sejam partes do Estatuto ou tenham expressamente concordado com a dita jurisdição, salvo se a entidade que refere a situação for o Conselho de Segurança. Deste modo, situações, muito frequentes, em que o autor e o território são de um Estado não Parte, ficam de fora da dita jurisdição, o que reflecte, evidentemente, o pendor intergovernamental de prevalência do conceito de soberania do Estado sobre o de protecção dos direitos humanos dos indivíduos vítimas dos crimes em questão.

Por último, como já referido, o Tribunal é complementar das jurisdições nacionais, não tendo, assim, uma jurisdição primária. O Estatuto salienta este regime logo no Preâmbulo (“*Sublinhando* que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar das jurisdições penais nacionais...” penúltimo parágrafo), repetindo-o no artigo 1º (“...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 das jurisdições penais nacionais...”) e aplicando-o nos artigos 17º (“Questões relativas à admissibilidade”) e 18º (“Decisões preliminares sobre admissibilidade”), donde resulta que os tribunais nacionais têm jurisdição primária sobre estes crimes e que o Tribunal Penal só a terá se, no seu entender, o Estado não pode (designadamente, por quebra total ou parcial do sistema judiciário) ou não quer (designadamente, processo não independente ou não imparcial ou incompatível com a intenção de fazer o arguido responder perante a justiça) julgar o indivíduo em causa.

Esta característica reflecte, mais uma vez, uma visão do ordenamento jurídico mundial através de divisões e organismos estatais, estando, por isso, muito mais

próxima de uma ideia de soberania territorial do que de uma justiça universal que actue em nome dos valores humanos que, com total irrelevância pelo local onde ocorrem ou por quem os vê violados, se aplicasse primariamente¹⁷.

2. Relevância de certos indivíduos na cena internacional v. papel preponderante dos Estados - A tensão entre estes dois fenómenos, o último dos quais associado a uma ordem jurídica tradicional e o primeiro a uma ordem emergente, é sobretudo notória no papel que os juizes e o Procurador têm no Estatuto. Na realidade, estas entidades terão uma acção determinante na evolução do Direito e, em geral, da ordem internacionais, através de uma jurisprudência e de uma actuação prosecutória que, face à novidade do projecto, serão necessariamente criativas. Para mais, os juizes e o Procurador (bem como os Vice-Procuradores) têm mandatos longos, de 9 anos, e não podem ser reeleitos (respectivamente, art. 36º nº 9 a) e art. 42º nº 4), sistema este que veio consagrar uma proposta de Portugal que pretendia garantir que estas entidades tivessem a maior independência possível em relação aos Estados que as apresentam e nelas votam, segundo regimes estabelecidos nos artigos acima citados. Para mais, o Procurador, como foi referido anteriormente, tem poderes *moto proprio* para instaurar uma acção, o que torna o seu papel, não só inovador, mas também poderoso. Todas estas características fazem-nos apartar do tradicional modelo vestefaliano de Direito Internacional e apontam para uma nova ordem que ajudam a criar.
Por outro lado, a tensão sempre presente com o princípio tradicional de que são os Estados os principais actores da cena internacional reflecte-se nos controlos que foram colocados à actuação destas entidades, elas mesmas eleitas por Estados, ao ser exigido, relativamente ao Procurador, que, sempre que este inicie, *moto proprio*, um processo, este não possa prosseguir sem que, segundo o art. 15º n.ºs 3, 4 e 5, o juízo de instrução (que é composto por um ou três juizes, conforme os casos) dê autorização para tal, e, em relação aos juizes, que estes actuem no âmbito dos “Elementos dos Crimes” e das “Regras Processuais e de Prova”, documentos estes, como já referido, elaborados pela Comissão Preparatória para um Tribunal Penal

¹⁷ Claro que, como já foi salientado, o regime é híbrido, sendo que a ideia de universalidade de valores é reflectida no facto de os tribunais nacionais terem que aplicar os crimes constantes do Estatuto (já não se passando o mesmo quanto às penas, que, nos termos do art. 80º, são as nacionais) e a ideia de uma justiça que actua em nome da comunidade internacional estar reflectida no facto de ser sempre o TPI a ter a última palavra quanto à seriedade do processo em curso a nível nacional.

Internacional, que se seguiu a Roma e adoptados pela 1ª Assembleia dos Estados partes do Tribunal, em 3 de Setembro de 2002)¹⁸ que, pela especificação normativa, estabelecem limites à discricionariedade de apreciação das situações em causa. De salientar, ainda, que estes documentos têm força normativa obrigatória, devendo o Tribunal, nos termos do art. 21º do Estatuto, aplicá-los em primeira linha, conjuntamente com o Estatuto. A falta de confiança no poder discricionário e inovador dos juizes e do Procurador (presentes largamente no carácter minimalista dos Estatutos dos Tribunais Ad Hoc para a Ex-Jugoslávia e o Ruanda), teve menos que ver com a ideia da sacralidade do princípio da legalidade em Direito Penal do que com necessidades políticas de refrear a liberdade de entidades não-estatais que produzem efeitos na cena internacional.

3. A tensão Direito v. Política – Atingimos agora o cerne fulcral de todo o sistema vestefaliano, ao tentar inovadoramente alargar a aplicação das normas jurídicas às decisões de órgãos políticos e, em última instância, a revê-los segundo esta ordem. Se as normas que se pretendem ver aplicadas dizem respeito ao foro penal e primordialmente visam actuações dos detentores do poder político instituído, a situação assume um dramatismo que leva a constantes impasses e à extrema dificuldade na obtenção de consensos, como é exemplo o que se tem passado com as negociações da definição do crime de agressão¹⁹ e das condições da competência do Tribunal relativamente ao mesmo.

Esta tensão entre Direito e Política tem manifestações, sobretudo, na relação difícil estabelecida pelo Estatuto entre o Tribunal e o Conselho de Segurança, por um lado, e no modo como os Estados factualmente mais poderosos têm encarado os poderes e a própria existência do Tribunal.

Relativamente à relação com o Conselho de Segurança, reduto último, pelo menos para alguns, da possibilidade de discricionariedade política, o Estatuto

18 O “Projecto Final das Regras Processuais e de Prova” consta do documento PCNICC/2000/1/Add.1 e o “Projecto Final dos Elementos dos Crimes” do documento PCNICC/2000/1/Add.2, ambos aprovados por consenso pela Comissão Preparatória para o Tribunal Penal Internacional em 30 de Junho de 2001, tendo passado a documentos definitivos em 4 de Setembro de 2002, com a aprovação, por consenso, pela 1ª Assembleia dos Estados Partes do Tribunal Penal Internacional, como referido.

19 Para uma visão dos principais pontos de controvérsia quanto ao crime de agressão, ver Clark, Roger “Rethinking Aggression as a Crime and Formulating Its Elements: the Final Work-Product of the Preparatory Commission for the International Criminal Court” a ser publicado brevemente na revista *Criminal Law Forum* ou *The Rome Statute of the International Criminal Court – The Crime of Aggression*, edit. Politi, Mauro e Nesi, Giuseppe, Ashgate, Darthmouth, Reino Unido, (publicação a breve trecho).

acabou por consagrar uma série de compromissos que, como vimos, dão a este órgão uma posição de privilégio: assim, entre outros aspectos, o Conselho de Segurança pode, nos termos dos artigos 12º e 13º, denunciar qualquer situação ao Tribunal sem que tenha que haver o consentimento de qualquer Estado, nem mesmo do território ou da nacionalidade do presumível autor (que, recorde-se, é necessário, nos termos do nº 2 do art. 12º, quando a denúncia tiver partido de um Estado Parte ou o processo tiver começado por iniciativa do Procurador); por outro lado, o Conselho de Segurança pode, por resolução, determinar que um processo a iniciar ou já começado não prossiga, ficando suspenso por 12 meses, período este que poderá ser sempre renovado por resolução sucessiva (art. 16º), o que lhe dá um poder de moratória considerado aceitável pelos negociadores atendendo a situações cuja resolução política poderá ser mais expediente, deste modo, não deixando de exigir que não haja qualquer veto, o que implica a concordância de todos os membros permanentes e um número mínimo de 9 votos favoráveis²⁰; finalmente, o Conselho terá uma posição especial quanto ao crime de agressão, cuja definição e condições de exercício não estão ainda definidas, que lhe advêm das funções que lhe são atribuídas pelo art. 39º da Carta, ao referir que “O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou acto de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.”. Pelo menos para a maioria dos negociadores, o facto de o crime individual de agressão pressupor a existência de um acto estatal de agressão, a intervenção do Conselho de Segurança seria inevitável. Para os membros permanentes, este órgão é mesmo visto como tendo o exclusivo poder de determinação da existência de agressão, pelo que só poderiam ser julgados os indivíduos envolvidos em situações que o Conselho de Segurança considerasse previamente de agressão. A maioria dos negociadores, contudo, considera que outros órgãos, como o Tribunal Internacional de Justiça, a Assembleia Geral e o próprio TPI

20 De acordo com o artigo 27º da Carta, que prescreve: “1. Cada membro do Conselho de Segurança terá um voto. 2. As decisões do Conselho de Segurança, em questões de procedimento, serão tomadas pelo voto afirmativo de nove membros. 3. As decisões do Conselho de Segurança sobre quaisquer outros assuntos serão tomadas pelo voto favorável de nove membros, incluindo os votos de todos os membros permanentes, ficando entendido que, no que se refere às decisões tomadas nos termos do capítulo VI e do nº 3 do artigo 52º, aquele que for parte numa controvérsia se absterá de votar”.

têm competência para se pronunciarem sobre se ocorreu um acto de agressão²¹, pelo que presentemente se encontram em discussão várias propostas, actualmente consolidadas num documento da coordenadora do Grupo de Trabalho (aberto a todos os Estados)²², prevendo possibilidades que vão desde o julgamento directo pelo TPI (proposta Portugal e Grécia²³) até à possibilidade de julgamento no caso de pronúncia favorável pelo Tribunal Internacional de Justiça, no seguimento de parecer consultivo pedido pela Assembleia Geral (proposta da Bósnia, Nova Zelândia e Roménia)²⁴.

O aspecto político está também presente na posição tomada, face ao Estatuto, por alguns Estados poderosos, como seja a exigência, pela França, da já referida inserção do art. 124º (possibilidade, durante os 7 primeiros anos de vigência do Estatuto, de não aplicação a um Estado Parte da jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes de guerra) ou de inclusão do artigo 98º pelos Estados Unidos, que se desenvolverá seguidamente. Enquanto a França, uma vez obtido o art. 124º, foi dos primeiros Estados a ratificar o Estatuto de Roma, tendo defendido os seus princípios desde então, o que se tem passado com os Estados Unidos tem sido radicalmente diferente, sendo hoje este a principal força política que se opõe ao dito tratado.

Apesar de terem pedido a votação do Estatuto em Roma, os Estados Unidos mantiveram-se participantes nos trabalhos subsequentes, tendo desempenhado um papel relevante na elaboração dos importantes documentos “Elementos dos Crimes” e “Regras Processuais e de Prova”. No último dia do período de assinaturas do Estatuto, dia 31 de Dezembro de 2000, os Estados Unidos assinaram o referido texto, sendo que, posteriormente, com a mudança da Administração, a sua atitude transformou-se radicalmente, de uma aceitação pacífica sobre a futura existência e funcionamento do Tribunal para uma hostilidade militante contra o mesmo, através da aprovação do “American Servicemembers Protection Act”

21 Para uma argumentação jurídica deste ponto de vista, ver, da autora “The ICC and the Security Council on Aggression: Overlapping Competencies?” in *The Rome Statute of the International Criminal Court - The Crime of Aggression*, op. cit.

22 Documento PCNICC/2002/WGCA/RT.1/Rev.2, que pode ser consultado na página das Nações Unidas na internet, referida supra. A primeira Assembleia dos Estados Partes aprovou uma resolução, constante do doc. PCNICC/2002/WGCA/L.2/Rev.1, pela qual foi criado um grupo de trabalho especial sobre o crime de agressão, que terá uma sessão de trabalho em 2003.

23 PCNICC/1999/WGCA/DP.1, de 7 de Dezembro de 1999.

24 A proposta revista encontra-se em PCNICC/2001/WGCA/DP.2 e Add.1, de 27 de Agosto de 2001.

(ASPA)²⁵, de uma ausência total das negociações e da retirada da assinatura já dada (o que, não tendo quaisquer impedimentos do ponto de vista legal, aconteceu, pela primeira vez, na história dos tratados), visando a exclusão de cidadãos americanos da jurisdição do mesmo. Embora tal já tivesse sido tentado aquando da elaboração do “Acordo de Relação entre a Organização das Nações Unidas e o Tribunal Penal Internacional”²⁶, pela tentativa de introdução de uma cláusula que visava a dita exclusão²⁷, é pela aprovação da resolução 1422 (2002) pelo Conselho de Segurança, em 12 de Julho de 2002, que ficam excluídos dessa jurisdição, por um período de 12 meses, renovável por resolução futura, os oficiais e pessoal, actual ou anterior, membros de forças ao serviço do Conselho de Segurança, desde de que nacionais de Estados não Partes, utilizando, para tal, o art. 16º do Estatuto²⁸, referido supra, e é pelas pressões, actualmente, sobre vários Estados, para que concluam acordos bilaterais, que ficariam excluídos completamente cidadãos americanos da jurisdição do Tribunal²⁹.

-
- 25 Esta lei interna americana, aprovada em 7 de Dezembro de 2001 pelo Senado, não só impede a colaboração de qualquer órgão americano com o Tribunal mas retira apoio militar a todos os Estados que ratificarem o dito tratado (com as excepções dos parceiros da NATO e de alguns aliados tradicionais) e permite qualquer meio (incluindo o uso da força armada) para impedir que americanos venham a ser julgados pelo TPI, sendo, por isso, conhecida na gíria internacional como o “Hague Invasion Act”, já que os acusados se encontrariam provavelmente detidos na Haia, aguardando julgamento pelo Tribunal.
- 26 Este Acordo foi elaborado pela Comissão Preparatória para o Tribunal Penal Internacional, constando do documento PCNICC/2001/WGICC-UN/L.1, que pode ser também consultado na página da internet das Nações Unidas, já referida.
- 27 No âmbito do Comité Preparatório para o Tribunal Penal Internacional, tentaram os Estados Unidos então utilizar o art. 98º do Estatuto, que se refere a acordos incompatíveis com o mesmo, para permitir que o próprio Tribunal concluísse acordos com entidades, neste caso as Nações Unidas, excluindo a aplicação de certas normas do Estatuto, neste caso das referentes à jurisdição. Portugal tinha então a presidência da União Europeia e a sua delegação teve um papel relevante em impedir esta tentativa, que iria violar directamente vários artigos do Tratado.
- 28 Para a legalidade da utilização do art. 16º, ver, sobretudo, a carta dirigida pelo coordenador da Coligação das ONGs para o Tribunal Penal Internacional aos Ministros dos Negócios Estrangeiros de Estados Não-Membros do Conselho de Segurança, “Open Letter to Foreign Ministers of Non-Security Council Members – U.S.A. Anti-ICC PKO Resolutions from the Coalition for the International Criminal Court”, de 8 de Julho de 2002, um dos documentos relevantes constantes da página desta organização, em www.iccnw.org.
- 29 Pretende a Administração americana obter, através destes acordos, imunidades face ao Tribunal para os seus nacionais através do compromisso do outro Estado Parte no Acordo de nunca os entregar ao TPI, utilizando, para tal, as possibilidades alegadamente abertas pelo nº 2 do art. 98º do Estatuto, que prescreve: “O Tribunal não pode dar seguimento à execução de um pedido de entrega por força do qual o Estado requerido devesse actuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem em virtude de acordos internacionais à luz dos quais o consentimento do Estado de envio é necessário para que uma pessoa pertencente a esse Estado seja entregue ao Tribunal, a menos que o Tribunal consiga, previamente, obter a cooperação do

A reacção violenta da única superpotência dos nossos dias face ao Tribunal reflecte, assim, a necessidade, por vezes desesperada, de manutenção do *status quo*, de um modelo que pretende conservar os Estados como os actores fundamentais das relações internacionais e a protecção internacional de entidades não estatais, como sejam os indivíduos ou as empresas, exclusivamente através do vínculo da nacionalidade que têm com esse Estado.

IV. Conclusões

“Outra mudança faz de mor espanto/Que não se muda já como soía.”

Camões, soneto

O Tribunal Penal Internacional é, provavelmente, o exemplo institucional mais acabado de um mundo jurídico-internacional em transição, combinando características de um modelo que passou e anunciando outras de um modelo que estará para chegar, numa bem sucedida mediação de tensões entre princípios contrários que originaram os compromissos presentes nas normas do seu Estatuto. Mas o momento que vivemos é, também, “o pior dos tempos”, com o confronto de visões divergentes que se reflectem, por um lado, no surpreendentemente elevado número de ratificações do Estatuto e no apoio incondicional da sociedade civil ao projecto³⁰, e, por outro, na resistência militante contra o mesmo da

Estado de envio para consentir na entrega.” Parece claro que esta disposição se destinava a tornar compatíveis as obrigações provenientes do Estatuto com obrigações prévias decorrentes de acordos SOFA's e SOMA's (para forças armadas e missões especiais) e não para servir de base a novos acordos que incluíssem todos os cidadãos de um determinado país. Neste sentido, ver as declarações feitas na sessão de encerramento da 1ª Assembleia dos Estados Partes, sobretudo pelo Canadá, Suíça, Suécia e Nova Zelândia, por um lado, e pela Coalition for an International Criminal Court, pela Human Rights Watch, pela Amnistia Internacional e pela No Peace Without Justice, todas no mesmo sentido da ilegalidade de tais propostas de Acordos. Ver, ainda, no mesmo sentido, Wirth, Steffen “Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute” *Criminal Law Forum*, vol. 12, 2001.

- 30 Poucos terão sido as instâncias, e certamente nenhuma no âmbito estritamente jurídico, em que a participação das ONGs tenha sido mais activa e determinante que na elaboração e promoção da aplicação do Estatuto de Roma: desde a 1a reunião do “Comité Ad Hoc para um Tribunal Penal Internacional” que a sua presença, através de estudos, produção de documentos informais, promoção de conferências e reuniões, etc, foi assinalável, tendo, desde então, sido criada uma Coligação de ONGs para o Tribunal Penal Internacional que, actualmente, conta com mais de 1000 ONGs entre os seus membros e que criou grupos para protecção de certos interesses especiais, como foi o caso do Women's Caucus, fundamental quanto aos aspectos

maior potência mundial e a oposição, mais ou menos silenciosa, de alguns outros Estados que não gostariam de o ver triunfar.

Este momento é, também, contudo, “o melhor dos tempos”, não só porque permite a inovação mas também porque é dotado de uma particular propriedade de influência sobre o futuro, no sentido de que as soluções por que optarmos hoje terão reflexos no paradigma jurídico-internacional e, conseqüentemente, no tipo de mundo em que viveremos amanhã. E esta magia de um tempo que encerra em si o futuro é uma característica que surge muito raras vezes, sendo, por isso, demasiado preciosa para não ser olhada devidamente na sua complexa riqueza. Não se trata, por isso, apenas do funcionamento de um tribunal internacional e do seu sucesso na prevenção de abusos intoleráveis do poder instituído³¹: o seu significado abarca muito mais que isso pois estende-se aos próprios fundamentos do tipo de estrutura concepto-jurídica em que desejamos passar a viver no futuro, com implicações em todos os aspectos das nossas vidas. Sem dúvida que habitamos um momento muito especial, em que se realiza o ambíguo ditado chinês, que é simultaneamente um desejo potencialmente de boa e má ventura: “Que vivas em tempos interessantes”. Muito “interessantes” têm sido estes tempos, em que as mudanças causam espanto porque, como diz o verso de Camões, já não parecem ser iguais aquelas a que estávamos rotineiramente habituados.

inovadores no tratamento de crimes internacionais de violência contra mulheres. Particular relevo, pela alta qualidade dos trabalhos produzidos no âmbito das negociações, deve ser dado à Human Rights Watch, à Amnistia Internacional, ao International Lawyers' Committee, aos Parliamentarians for Global Action, à No Peace Without Justice e à ELSA, entre outros. Para um melhor conhecimento das actividades da Coligação, ver a respectiva página na internet, já referida.

31 Ver, para uma visão de algum cepticismo quanto à possibilidade de um órgão judicial pronunciar-se, com repercussões efectivas, sobre situações sociais tão dramáticas como as previstas no Estatuto, Tallgren, *Immi*, *European Journal of International Law*, vol. 13 n.3, Junho de 2002, pág. 561 e segs. e Koskeniemmi, Martti “Between Impunity and Show Trials”, 2002, manuscrito entregue à autora, a ser publicado em breve; por outro lado, para uma visão sociológica da justificação da existência do Tribunal, ver Pureza, José Manuel, “Da Cultura da Impunidade à Judicialização Global: O Tribunal Penal Internacional”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n° 60, Outubro 2001, pág. 121 e segs..