

O Tribunal Penal Internacional e o Problema da Jurisdição Universal*

Fernando Araújo

Sumário: 1. O PROBLEMA POLÍTICO; 1.1. A jurisdição universal; 1.2. As perplexidades com o art. 12º do Estatuto; 1.3. Uma jurisdição obrigatória?; 1.4. Tribunal Penal ou Internacional?; 1.5. Porquê uma jurisdição internacional?; 1.6. Coordenação diplomática ou subordinação judiciária?; 1.7. Os riscos da nova ordem e as concessões à velha ordem; 1.8. Julgamento de indivíduos ou de Estados? A complementaridade; 1.9. A despromoção do Conselho de Segurança e a resistência norte-americana; 1.10. Porquê um tribunal permanente?; 1.11. O risco de manipulação ideológica; 1.12. Um Tribunal Penal Militar Internacional?; 1.13. A falta de um apoio Constitucional; 2. O problema jurídico; 2.1. Base consuetudinária e susceptibilidade de delegação da jurisdição universal; 2.2. A ausência de precedentes para a delegação de jurisdição universal; 2.3. A hipótese de delegação da competência territorial – uma cessão de posição contratual?; 2.4. Hipóteses de instauração de uma nova forma de jurisdição; 2.4.A) O Estatuto do TPI emergindo do *ius cogens*?; 2.4.B) A geração de um costume instantâneo?; 2.4.C) A superação da territorialidade?; 3. Uma idéia prematura e infeliz? de boas intenções...

Summary: 1. THE POLITICAL PROBLEM; 1.1. The universal jurisdiction; 1.2. The perplexities with the art. 12 of the Statute; 1.3. A mandatory jurisdiction?; 1.4. Penal or International Court?; 1.5. Why an international jurisdiction?; 1.6. Diplomatic Coordination or judicial subordination?; 1.7. The risks of the new order and the concessions to the old order; 1.8. Judgement of individuals or of States? The complementarity; 1.9. The despromotion of the Security Council and the North American resistance; 1.10. Why a permanent Court?; 1.11. The risk of ideological manipulation; 1.12. An International Military Penal Court?; 1.13. The lack of a Constitutional support; 2. The legal problem; 2.1. Consuetudinary Basis and the susceptibility of delegation of universal jurisdiction; 2.2. The absence of preceding for the delegation of universal jurisdiction; 2.3. The hypothesis of delegation of the territorial competence – a cession of contractual position?; 2.4. Hypotheses about the institution of a new model of jurisdiction; 2.4.A) The TPI arising from *ius cogens*?; 2.4.B) The generation of an instant custom?; 2.4.C) The surpassing of the territoriality?; 3. A premature and inappropriate idea of good intentions...

Presidiu à elaboração do Estatuto de Roma, que institui o Tribunal Penal Internacional (TPI),¹ o intuito fulcral de incrementar uma “cultura de responsabilidade” que, sob a égide de uma instância jurisdicional de vocação universal mas dentro de um âmbito mais vasto de colaboração dos tribunais nacionais com as instâncias internacionais, propiciasse maior eficiência na punição efectiva de crimes de impacto internacional;² e

* O texto corresponde a uma intervenção, em Agosto de 2002, nas jornadas jurídicas da FESA, em Luanda.

¹ Para uma panorâmica da configuração do TPI nos termos do Estatuto, cfr. Bassiouni, M. Cherif, “Note Explicative sur le Statut de la Cour Pénale Internationale (CPI)”, *Revue internationale de droit pénal / International review of penal law*, 71, 2000, pp. 1-41, Lisboa, 11 de setembro de 2002.

² Cfr. Kirsch, Philippe, “The International Criminal Court: Current Issues and Perspectives”, *Law & contemporary problems*, 64, 2001, pp. 4-5.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

esse intuito concitou, como seria de esperar, o entusiasmo de progressistas e internacionalistas de todo o mundo, convencidos de que a iniciativa constituiria um contributo mais no sentido da “juridificação” das relações internacionais e, através dela, no sentido do estabelecimento de uma verdadeira ordem jurídica mundial.

Descontado esse entusiasmo, cabe perguntar se as soluções preconizadas pelo Estatuto do TPI representam um verdadeiro avanço civilizacional, se elas vêm recobertas de uma legitimidade jurídica mínima, e se apresentam verdadeira viabilidade política. A maior parte das críticas têm incidido nos “recuos civilizacionais” representados nalgumas soluções “fortes” adoptadas em Roma – a imprescritibilidade dos crimes, a prisão perpétua, etc. –³ propomo-nos antes privilegiar, na análise subsequente, o problema da aparente atribuição ao TPI de prerrogativas de jurisdição universal – atribuição que consideraremos singularmente desprovida de fundamento jurídico e propensa a suscitar graves melindres de ordem política.

Não nos complexa o facto de afrontarmos as consciências satisfeitas daqueles que julgam ser necessário empunhar o pendão internacionalista para se abordar a temática internacional, nem tão pouco a circunstância de a ratificação do Estatuto do TPI pelo Estado Português ser, neste momento, um facto consumado e triunfantemente proclamado: um entendimento adequado do que é a consciência jurídica e do que é a atitude universitária sugere-nos que é nas circunstâncias em que há consonância monotónica de opiniões apoiadas no peso das instituições que há “bons combates” a travar, que é nessas circunstâncias que a dissonância crítica verdadeiramente pode ser fértil, que é nelas – talvez só nelas – que se mede, contra ventos e marés, a independência em que a sociedade investe os académicos, esperando deles um amor à verdade que a tudo sobreleva.

1 O Problema Político

1.1 A jurisdição universal

Ao estabelecer a sua jurisdição sobre genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade (art. 5º do Estatuto), o TPI fica exposto a um problema melindroso: a maior parte desses crimes serão presumivelmente cometidos, como o têm sido até agora, por agentes de Estados, por ordem dos poderes políticos desses Estados ou com a complacência destes; ora isso tornará difícil a perseguição de criminosos quando a isso se oponha o Estado mandante ou o Estado de nacionalidade desses criminosos – sendo que um Estado implicado na comissão desses crimes dificilmente se submeterá à jurisdição de um tribunal internacional, procurando furtar-se formalmente à aceitação dessa jurisdição.

³ Veja-se, a esse propósito, a exemplar denúncia de: Caeiro, Pedro, “Ut Puras Servaret Manus”: Alegações contra a Assunção, pelo Estado Português, da Obrigação de Entrega ao Tribunal Penal Internacional de um Cidadão que Possa Ter de Cumprir uma Pena de Prisão Perpétua”, *Revista portuguesa de ciência criminal*, 11, 2001, pp. 39-65.

É esta a razão pela qual o art. 12º do Estatuto reconhece ao TPI jurisdição sobre nacionais de Estados que não sejam partes do tratado instituidor do TPI, mesmo quando haja oposição do Estado da nacionalidade e mesmo quando não haja jurisdição assente numa acção do Conselho de Segurança nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas (em especial o art. 25º da Carta) – bastando que o crime tenha sido cometido no território de um Estado que reconheça a jurisdição do TPI. Isso significa que o TPI se *arroga uma jurisdição universal do tipo daquela que os Estados invocam também para eles, a possibilidade de aplicação da lei penal a factos cometidos fora do território nacional (e de que é exemplo o art. 5º do Código penal português).*⁴

Por um lado, cria-se aqui uma lacuna de jurisdição (por exemplo, quanto aos crimes cometidos por um nacional de um Estado que não reconhece a jurisdição do TPI no território de um Estado que também não reconhece essa jurisdição – como os crimes cometidos internamente num Estado que não reconhece a jurisdição do TPI, nomeadamente no decurso de uma guerra civil).

Mas por outro lado, a atribuição de jurisdição sobre nacionais de um Estado que não reconhece a jurisdição do TPI por não ter sido parte do tratado instituidor viola o princípio fundamental da relatividade no direito dos tratados internacionais.⁶

1.2 As perplexidades com o art. 12º do Estatuto

O art. 12º do Estatuto é equívoco, na sua redacção, quanto à referida jurisdição universal ou “exorbitante”: por um lado, o nº 2 do art. 12º parece claramente estabelecer que, para legitimar-se a intervenção do TPI, basta a aceitação do Estado com jurisdição territorial, dispensando-se a do Estado de nacionalidade daquele a quem o crime é imputado; por outro lado, o nº 3 do mesmo artigo admite a eventualidade de a aceitação da competência do TPI por um Estado terceiro ser necessária “*nos termos do nº 2*”⁷ – o que poderia entender-se ficar restrito aos casos em que nem o Estado com jurisdição territorial nem o Estado de nacionalidade são Estados-partes, não fosse o art. 4º, 2 do Estatuto condicionar a jurisdição territorial do TPI relativamente a Estados terceiros à aceitação prévia destes *por acordo especial* –.

Além disso, um Estado terceiro poderá bloquear pragmaticamente a jurisdição do TPI através da adesão, limitando a competência do Tribunal *ratione temporis*

⁴ Na redacção da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro.

⁵ Para que não haja dúvidas quanto à amplitude dessa jurisdição, basta pensarmos na “doutrina dos efeitos”, que concede jurisdição a um Estado por actos praticados noutro Estado mas que tenham efeitos dentro das fronteiras do primeiro (como ficou estabelecido em 1927 no caso *Lotus* e em 1945 no caso *Alcoa*). Cfr. Scharf, Michael P., “The ICC’s Jurisdiction Over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position”, *Law & contemporary problems*, 64, 2001, p. 69, nº7.

⁶ Cfr. Morris, Madeline, “High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States”, *Law & contemporary problems*, 64 (2001), p. 14; Broomhall, Bruce, “Toward U.S. Acceptance of the International Criminal Court”, *Law & contemporary problems*, 64, 2001, p. 142.

⁷ Cfr. também o art. 19º, 2, c) do Estatuto.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

(art. 11º, 2), tal como um Estado-parte pode simetricamente extinguir a jurisdição do Tribunal através da sua retirada (art. 127º).

A segunda destas possibilidades é fácil de entender, pois de outro modo um Estado-parte nunca poderia verdadeiramente tornar-se em Estado-terceiro, e a “retirada” seria efectivamente impossível.

Já a primeira das duas hipóteses é mais difícil de entender: o próprio art. 11º, 2 do Estatuto admite que o “bloqueio através da adesão” só não ocorra se anteriormente o “Estado-terceiro” tivesse feito uma declaração de aceitação da jurisdição do TPI “nos termos do nº 3 do art. 12º”, o que reforça a ideia de que, na ausência dessa declaração, a jurisdição do TPI sobre Estados terceiros fica contingentemente presa à complacência destes, e pode a todo o tempo ser “sacudida” por um estratagema *ad hoc*. Se pensarmos que, além disso, quanto à cooperação internacional e auxílio judiciário (Capítulo IX do Estatuto), o art. 87º, 5 reconhece que nada se pode obter de Estados terceiros sem o acordo destes, assegurado por convénios *ad hoc*, não admirará que, comedido, alguns preferiram dar por assente apenas o facto de o TPI ter jurisdição sobre os Estados-partes.⁸

Parece assim que o art. 12º, afinal um dos pontos de discórdia na gestação do TPI, acaba afectado por uma grave – e dificilmente sanável – contradição: é que se, nos termos do nº 2 desse artigo, a jurisdição do TPI se basta com a aceitação de um Estado conexo com os actos julgados – parecendo pois dispensar a aceitação por parte de um Estado terceiro igualmente conexo com aqueles actos, seja o Estado de nacionalidade do agente seja o do território em que os actos tiveram lugar –, o nº 3 do art. 12º refere a *eventualidade* de ser necessário o consentimento do Estado terceiro que esteja conexo com os actos a serem julgados.

É certo que poderá sustentar-se que esse consentimento é necessário apenas em termos pragmáticos, quando esse Estado terceiro tiver o *poder de facto* de impedir a entrega de provas ou dos acusados ao tribunal, bloqueando a susceptibilidade de exercício concreto da jurisdição. Em todo o caso, visto que o nº 3 não é explícito a esse propósito, ele consente uma argumentação *a contrario* – até porque, como sublinhámos, fala do consentimento do Estado terceiro “nos termos do nº 2” –, a de que a jurisdição do TPI só “exorbita” verdadeiramente para países terceiros quando ela é consentida *ad hoc*, caso a caso, por estes.^{9,10}

⁸ Cfr. Steiner, Sylvia Helena Figueiredo, “O Tribunal Penal Internacional”, *Revista do tribunal regional federal*, 3ª Região, 41, 2000, p. 98.

⁹ Sendo que, em reforço deste entendimento, os Estados terceiros devem ser notificados das iniciativas do Procurador do TPI, no termos do art. 18º, 1 do Estatuto.

¹⁰ Esta inconsistência foi já detectada, entre outros, por: Scharf, Michael P., “The ICC’s Jurisdiction Over the Nationals of Non-Party States”, *cit.*, p. 78. nº56; Wexler, Leila Sadat & S. Richard Carden, “The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution”, *Georgetown law journal*, 88 (2000), p. 413, nº192.

1.3 Uma jurisdição obrigatória?

A noção de que existe uma jurisdição obrigatória de vocação universal dificilmente resiste, pois, à combinação do art. 11º, 2 com o art. 12º, ambos do Estatuto do TPI. O primeiro estabelece uma estrita limitação da jurisdição *ratione temporis*, mas essa limitação não se coaduna com a jurisdição “exorbitante” sobre “Estados terceiros”, visto que o Estado que se torna parte do Estatuto era, antes disso, um desses Estados terceiros.¹¹

Isso suscita um curioso, e melindroso, problema de qualificação daquilo que se opera por força desse art. 11º, 2: é que, nos termos do art. 24º, 1, a responsabilidade criminal das pessoas existe já a partir da entrada em vigor do Estatuto – e portanto, por força do preenchimento dos requisitos do art. 126º, por quaisquer actos praticados após 1 de Julho de 2002 –. Querirá isso implicar que essa responsabilidade criminal se dissolve supervenientemente por adesão ao Estatuto do TPI? Significará isso que o art. 11º, 2 promete uma *amnistia* a troco de uma adesão?

Mas se assim for, isso representa uma total incongruência com os propósitos que presidiram à edificação do TPI e que procuraram fazer dele um passo adiante em matéria de “juridificação” das relações internacionais, e nomeadamente de generalização de uma autêntica jurisdição obrigatória, a que nenhum criminoso, mesmo aquele que tivesse a apoiá-lo a totalidade da força de um Estado, conseguiria eximir-se.

E com efeito, enquanto que a sujeição à jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça é estritamente voluntária, de acordo com o princípio da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória,¹² seja através de uma subordinação genérica e previamente declarada, seja por uma declaração *ad hoc* já na pendência de um litígio, ou classe de litígios, em particular (art. 36º, 1 do Estatuto do TIJ),¹³ por força do art. 12º do Estatuto de Roma a jurisdição do TPI pode alargar-se a

¹¹ Como observa: Wedgwood, Ruth, “The Irresolution of Rome”, *Law & contemporary problems*, 64, 2001, p. 201.

¹² Cfr. Miranda, Jorge, *Curso de direito internacional público*, Cascais, Principia, 2002, p. 34; Pereira, André Gonçalves & Fausto de Quadros, *Manual de direito internacional público*, Coimbra, Almedina, 3, 2001, p. 504.

¹³ Mesmo a jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que é obrigatória para os Estados-membros, deixa ampla margem para a discricionariedade dos Estados na busca de remédios diplomáticos bilaterais, começando pela intervenção do Conselho de Ministros prevista no art. 46º, 2 da Convenção Europeia – cfr. Clements, L.J., Nuala Mole & Alan Simmons, *European Human Rights: Taking a case under the convention*, London, Sweet & Maxwell, 21999, pp. 9-10. E a cooperação judiciária internacional em matéria penal, além de se subordinar “à protecção dos interesses da soberania, da segurança, da ordem pública e de outros interesses da República Portuguesa, constitucionalmente definidos”, também se sujeita a estritos princípios de reciprocidade, com poucas excepções (arts. 2º, 1 e 4º da Lei nº 144/99, de 31 de Agosto; veja-se ainda as alterações e aditamentos introduzidos pela Lei nº 104/2001, de 25 de Agosto).

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

actos oficiais praticados pelo nacional de um Estado, independentemente de esse Estado sustentar a inexistência desses actos, ou pelo contrário defender a respectiva legitimidade, e independentemente de esse Estado reconhecer, ou não, a jurisdição do TPI.

É a aparência dessa força jurisdicional obrigatória que naturalmente fará com que a questão *sub iudice* seja:

- a. a do direito daquele Estado de sustentar a legalidade do acto – e por isso do direito de esse Estado congruentemente se recusar a perseguir os agentes alegadamente implicados, o que desencadeará a reacção prevista no art. 17º do Estatuto, já que a legitimidade da inacção será controvertida do ponto de vista do Tribunal, suscitando um outro tipo de jurisdição universal que tem a ver, não com a gravidade do crime mas com o *locus delicti*, com o facto de não haver vontade de exercer jurisdição da parte do Estado que tem uma conexão territorial com os factos julgados,¹⁴ ou
- b. a do direito daquele Estado de praticar, ou mandar praticar, o acto.

Deixando a questão *sub iudice* de ser, como aparentemente se pretenderia que sucedesse sempre, a do valor criminal de um acto praticado por um indivíduo *qualquer*, com juízos de imputação estritamente individuais (ainda que na prática as duas vertentes do problema apareçam indissociadas na apreciação do Tribunal).¹⁵

A dimensão internacional ressalta imediatamente, porventura a sugerir que a solução da jurisdição universal obrigatória não resistirá à transposição dos problemas para este outro plano – e a prová-lo está a remissão do art. 119º, 2 do Estatuto do TPI para o Tribunal Internacional de Justiça, remissão que, como é evidente, pode não resolver em última instância os diferendos entre os Estados, já que a actuação do Tribunal Internacional de Justiça, como acabámos de referir, está limitada pela aceitação voluntária da jurisdição.

Compreende-se que, diante destas perplexidades em torno do verdadeiro alcance da jurisdição do TPI, e em nome da preservação da margem de manobra diplomática ditada pela soberania dos Estados, a representação norte-americana em Roma tenha proposto a consagração da imunidade de nacionais de Estados terceiros relativamente à prática de actos reconhecidos como actos oficiais por esses mesmos Estados, o que acabou por não encontrar consagração no Estatuto do TPI,¹⁶ mas em contrapartida deixou reflexos no

¹⁴ Cfr. Wexler, Leila Sadat & S. Richard Carden, "The New International Criminal Court", *cit.*, nº 156, p. 407.

¹⁵ Cfr. Morris, Madeline, "High Crimes and Misconceptions", *cit.*, pp. 21-25.

¹⁶ E redundaria nalguma incongruência, pois acabaria por admitir jurisdição universal do TPI sobre actos "não-oficiais" de cidadãos de Estados terceiros. Cfr. Scharf, Michael P., "The ICC's Jurisdiction Over the Nationals of Non-Party States", *cit.*, p. 78.

“alçapão” paradoxal do art. 98º – disposição que acaba por deixar entrar “pela janela” as imunidades que os arts. 27º e 28º do Estatuto se tinham esforçado por erradicar.

1.4 Tribunal penal ou internacional?

Os equívocos gerados em torno da vocação universal da jurisdição do TPI derivam em larga medida do facto de ele ter sido concebido mais como um tribunal criminal, *tout court*, do que como um tribunal internacional, ou seja, de ter sido edificado como um tribunal que se centraria muito mais em puras questões de responsabilidade criminal individual do que nas implicações politico-diplomáticas de uma indagação sobre a legitimidade de actos oficiais praticados em nome de Estados, e que ao mesmo tempo consubstanciem crimes tipificados no Estatuto de Roma – ou, com mais verosimilhança ainda, em litígios em que um Estado queixoso alega a existência de um crime, contra o entendimento do Estado de nacionalidade daquele que é acusado desse crime.

Nesses casos deixa realisticamente de configurar-se a actuação do TPI como o de um simples tribunal penal (com algumas facetas de tribunal cível),¹⁷ para passar a actuar como um verdadeiro tribunal internacional que adjudica direitos em litígios entre Estados. Ora é nestas vestes de instância de resolução de conflitos entre Estados que o TPI revela as suas maiores deficiências, porque não são essas funções que presidem à configuração dos seus Estatutos: mesmo que indirectamente – por interposta pessoa –, é a legitimidade dos regimes e das suas políticas, a soberania e o domínio reservado dos Estados que vão ser postos em causa.¹⁸

Ora a ideia de adjudicação de querelas internacionais através de um processo penal, mais a mais com a “mão pesada” da imprescritibilidade e de sanções que vão até à prisão perpétua¹⁹ e por pouco incluiriam até a pena de morte,²⁰ é por si só suficientemente aberrante para que se consiga perceber a resistência de alguns Estados quanto à participação no TPI, e mais ainda a resistência desses Estados à ideia de subordinação obrigatória a uma jurisdição universal, *erga omnes*, que tivesse sido associada ao funcionamento do TPI.²¹

¹⁷ Visto que, nos termos do art. 75º do Estatuto, admite a reparação das vítimas ou dos titulares do direito à reparação através de uma indemnização a ser suportada pela pessoa condenada.

¹⁸ Cfr. Escarameia, Paula, “Quando o Mundo das Soberanias se Transforma no Mundo das Pessoas: O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e as Constituições Nacionais”, *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, 2/3, 2001, pp. 146-147.

¹⁹ Violando o “adquirido civilizacional” já consagrado em ordens jurídicas como a portuguesa – cfr. Caeiro, Pedro, “Ut Puras Servaret Manus”, *cit.*, pp. 46-52.

²⁰ Hipótese que tinha amplo apoio entre os participantes na elaboração do Estatuto de Roma, como o testemunham: Escarameia, Paula, “Quando o Mundo das Soberanias se Transforma no Mundo das Pessoas”, *cit.*, p. 174; Steiner, Sylvia Helena Figueiredo, “O Tribunal Penal Internacional”, *cit.*, p. 105.

²¹ Cfr. Morris, Madeline, “High Crimes and Misconceptions”, *cit.*, 14-15, p. 66.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

Dito de forma mais elementar, a litigância e a lógica da adjudicação distributiva – desacompanhadas da “arte do possível” que é a política – não serão as melhores formas de interacção colectiva, mormente entre pares capazes de contemporizações através de reciprocidades, orientadas para outras finalidades que não exclusivamente a da promoção da justiça, finalidades essas eventualmente superiores ainda, como a da erradicação da violência e a da generalização da paz.

1.5 Porquê uma jurisdição internacional?

É verdade que alguns antecedentes faziam desesperar da jurisdição nacional no combate aos crimes de guerra, aos crimes contra a humanidade e ao genocídio: por exemplo, aquela competência que era atribuída aos Estados com jurisdição territorial pela Convenção sobre o Genocídio, de 1948, e que *nunca* conduziu a um julgamento nacional, ou as competências atribuídas pelas Convenções de Genebra de 1949, relativamente a “infracções graves”²² e a crimes de guerra, que tiveram a mesma irrelevância judicial – sendo aliás preocupante que o Estatuto do TPI venha agora, no seu art. 8º, 2, a), reflectir as mesmas indefinições, as mesmas referências vagas a “ilegalidades” que comprometeram a aplicação das Convenções de 1949 –.

E é fácil de explicar, conquanto não de justificar, essa inacção das jurisdições nacionais: nuns casos não seria de esperar que o Estado que promoveu esses crimes, ou foi complacente com eles, viesse supervenientemente a persegui-los e a expor-se à censura internacional; noutros casos, nem tal iniciativa seria desejável, como sucederia em situações de sucessão de regimes em que o recurso a julgamentos não seria senão a cobertura, mais ou menos diáfana, para actos de vingança contra governantes depostos, sem quaisquer garantias de isenção – razão pela qual muitas vezes a sucessão de regimes fica internamente dependente de compromissos que garantem a impunidade dos governantes depostos, o que tantas vezes é entendido politicamente como o preço adequado a pagar pela deposição dos anteriores governantes.

Em contrapartida, os antecedentes de jurisdição internacional também não foram, as mais das vezes, senão a aplicação de uma justiça *selectiva* e parcial, a “justiça dos vencedores”, viciada por falta de legalidade na tipificação dos crimes e por retroactividade na incriminação – com uma cobertura legitimadora que raramente recobriu, em altissonâncias ideológicas, o propósito vingativo, pervertendo o Direito a uma derradeira instrumentalização bélica, como se ele fosse uma última arma, um último meio de subjugação e humilhação, a guerra por outros meios.

Aliás, mesmo que assim não fosse, mesmo que transparecessem com muita evidência a legalidade e a imparcialidade deste tipo de solução, quem poderia garantir que essa jurisdição internacional seria coroada de sucesso, se ela fosse desacompa-

²² Cfr. Carmona, Mafalda, “Conflitos Armados Não Internacionais – Em Especial, o Problema dos Crimes de Guerra”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 42, 2001, pp. 430 e ss.

nhada de um poder político efectivo que lhe servisse de alicerce? Como bem observa Alfred Rubin, “quando as pessoas estão dispostas a morrer por uma causa, a enviar os seus filhos para a morte por ela, e a pagar o esforço com provisões e outros meios, a ideia de que uma supervisão internacional limitará as atrocidades é irrealista na ausência da panóplia total dos meios de governação mundial”.²³

Temos assim que o precedente do Tribunal de Nuremberga, se é muito importante para a consolidação do combate à impunidade das violações mais graves dos direitos humanos,²⁴ é ao mesmo tempo algo ilusório, algo enganador, visto que as condições em que ele exerceu a sua jurisdição são tão peculiares que dificilmente voltarão a repetir-se: bastando pensar-se no já referido facto de muitas crises humanitárias envolverem regimes que permanecem no poder, ou regimes que têm conseguido negociar uma amnistia como condição do afastamento do poder – sem aquele colapso súbito, pois, que permitiu *de facto*, no final da 2ª Guerra, a imposição da vontade justiceira dos Estados vencedores.²⁵

No fundo, a vontade de instituição de uma jurisdição universal de base internacional, que se plasma no TPI, corresponde à esperança de que aquilo que nasceu com a aparência de justiça dos vencedores, de vindicta e de reacção *après-coup*,²⁶ acabasse recoberto pela respeitabilidade de um direito positivado pela ordem jurídica internacional, uma espécie de prefiguração dos pilares de uma federação cosmopolita.²⁷ O propósito será, em tese geral, louvável, mas não pode permitir-se escamotear as relações de força e as circunstâncias históricas de que está contingentemente preso e de que depende o seu sucesso.

1.6 Coordenação diplomática ou subordinação judiciária?

A juridificação e a judicialização das relações internacionais fazem sua primeira vítima a tradição diplomática – que tomam tantas vezes como ressonância atávica de um mundo de bilateralismo que elas visam superar. Ora a tradição diplomática é essen-

²³ Rubin, Alfred P., “The International Criminal Court: Possibilities for Prosecutorial Abuse”, *Law & contemporary problems*, 64 (2001), pp. 153-165 (157); eiusdem, “Challenging the Conventional Wisdom: Another View of the International Criminal Court”, *Journal of international affairs*, 52, 1999, pp. 783 e ss.

²⁴ Cfr. Scheffer, David J., “Developments in International Criminal Law: The United States and the International Criminal Court”, *American journal of international law*, 93, 1999, 12 e ss.; Hwang, Phyllis, “Defining Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, *Fordham international law journal*, 22, 1998, pp. 457 e ss.

²⁵ Cfr. Bass, Gary Jonathan, “International Law: War Crimes and the Limits of Legalism”, *Michigan law review*, 97, 1999, p. 2115.

²⁶ Cfr. Taylor, Telford, *The anatomy of the Nuremberg trials. A personal memoir*, New York, Knopf, 1992, pp. 635-636.

²⁷ Cfr. Simma, Bruno & Andreas L. Paulus, “The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View”, *American journal of international law*, 93, 1999, pp. 308-309.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

cialmente um veículo não-distributivo de resolução de conflitos entre os Estados, que preserva para os Estados alguma margem de actuação, algum “espaço de manobra” na prossecução dos fins para que são constituídos (começando pela defesa dos direitos dos seus cidadãos), margem que reduz os riscos do desfecho de uma pura litigância e permite alcançar formas menos traumatizantes e mais construtivas do que uma condenação de um agente de um Estado que seja universalmente proclamada – com as suas consequências estigmatizadoras e a sua vulnerabilidade à exploração ideológica.

Daí a relutância *real*, ainda quando não declarada, dos Estados em admitirem instâncias judiciais supranacionais – mais a mais aquelas que não tenham ainda dado provas, não tenham uma prática judiciária a balizar-lhes a amplitude decisória –. Isso de resto é reflectido nas limitações de que vem acompanhado o funcionamento de outras instâncias judicativas internacionais, como por exemplo o Tribunal Internacional de Justiça, ou o sistema de resolução de litígios no seio da Organização Mundial de Comércio, em que se reflectem as salvaguardas dos Estados quanto à possibilidade de recorrerem a soluções comutativas e não-jurisdicionais.²⁸ E isso acaba também por reflectir-se, *volente nolente*, no próprio Estatuto do TPI, com as concessões que se vêm feitas quanto à resolução de litígios no seio do Tribunal Internacional de Justiça ou à operação do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Assim, se é inegável a tendência crescente para o recurso a instâncias jurisdicionais supranacionais, não é menos evidente que a consagração desse recurso é ainda minoritária – porque, insistamos, ela conflitua com as vias diplomáticas ordinárias através das quais os Estados procuram preservar um controle total sobre o modo, o momento e as consequências pragmáticas da resolução de litígios, mormente naqueles pontos conflituantes nos quais se verifique falta ou ambiguidade normativa ou nebulosidade e insegurança na determinação dos factos, como é muito plausível que suceda com o tipo de crimes que o TPI se propõe julgar – por maioria de razão, aliás, relativamente ao que sucede já quanto às matérias sujeitas à jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça, e que explica já por si a acumulação de embaraços e de inoperâncias que têm acompanhado o já longo funcionamento deste outro Tribunal.²⁹

De facto, é natural que, existindo bem estabelecida uma tradição diplomática que evita, na superação de diferendos de elevado melindre, a identificação de vencedores e perdedores, permitindo àqueles Estados que cedem nas suas posições salva-

²⁸ Cfr. Morris, Madeline, “High Crimes and Misconceptions”, *cit.*, p. 15.

²⁹ Cfr. Bilder, Richard, “Some Limitations of Adjudication as an International Dispute Settlement Technique”, *Virginia Journal of international law*, 23, 1982, pp. 2-4; Fitzmaurice, Gerald, “Enlargement of the Contentious Jurisdiction of the Court”, in Gross, Leo (org.), *The future of the international court of justice*, Dobbs Ferry NY, Oceana, 1976, II, pp. 461 e ss.; Gross, Leo, “The International Court of Justice: Consideration of Requirements for Enhancing Its Role in the International Legal Order”, in Gross, Leo (org.), *The future of the international court of justice*, *cit.*, I, pp. 22 e ss.; Morris, Madeline, “High Crimes and Misconceptions”, *cit.*, pp. 16-17; Rovine, Arthur, “The National Interest and the World Court”, in Gross, Leo (org.), *The future of the international court of justice*, *cit.*, I, pp. 314 e ss.

rem a face *diplomaticamente*, evitando ainda a cristalização de um precedente decisório que lhes seja desfavorável ou estigmatizador ou a rigidez de uma adjudicação distributiva que, pela melhor das razões, desconsidera a margem de compromisso e transigência que possa existir entre o Estado culpado e o Estado agravado – substituindo-se, com pouca eficiência, a uma solução que, espontaneamente encontrada no universo restrito da pura bilateralidade, teria “custos de transacção” mínimos –, a vontade de vinculação permanente a uma instância permanente e supranacional não seja realmente muito intensa, nem objectivamente muito recomendável.³⁰

1.7 Os riscos da nova ordem e as concessões à velha ordem

A agravar este ponto está a já mencionada margem de incerteza que é inerente à instauração de novas instituições ainda não espartilhadas por uma prática reiterada – um risco *objectivamente* muito superior àquele que muitos Estados estão dispostos a aceitar nas suas relações externas, nomeadamente o risco político de um veredicto condenatório daquilo que tenham sido actos oficiais ou políticas de um Estado.

O ponto do risco inerente à criação de uma nova jurisdição não é despiciendo, precisamente porque o que essa nova jurisdição pretende simbolizar é uma certa “positivação”, apoiada em poderes coercivos, de princípios jurídicos que se entenderam reger as relações internacionais,³¹ com a consequência de que é agora possível adoptar uma visão mais *realista* e mais *positivista* quanto à criação de decisões concretas pelo tribunal: implicando o *realismo* que os juízes se orientarão pelos seus entendimentos morais e políticos – permeáveis ao ascendente ideológico, ao “espírito de facção”, a “afinidades regionais”, à demonização de “bodes expiatórios” –, que uma regra jurídica recobrirá *a posteriori*, e o *positivismo* que nenhum princípio jurídico antecipará ou condicionará a expressão volitiva consagrada pela norma: ambos com a consequência do aumento da imprevisibilidade das decisões judiciais.³²

E que princípio geral de direito exigirá dos governantes que abandonem a consideração dos interesses nacionais em proveito da perspectiva internacional – quando não apenas o que se acoita nesta última perspectiva não é senão a amálgama de outros interesses nacionais, como também o que se reclama é a *rendição incondicional* a esse pronunciamento entusiástico de máximas com roupagem cosmopolita? Pragmaticamente, e fora dos dogmas e dos *idola fori* do “politicamente correcto”,

³⁰ Cfr. Merrills, J.G., *International dispute settlement*, Cambridge, Cambridge U.P., 31998, pp. 293-294; Szasz, Paul, “Enhancing the Advisory Competence of the World Court”, in Gross, Leo (org.), *The future of the international court of justice*, cit., II, p. 511.

³¹ Cfr. Andrews, Lucas W., “Comment, Sailing Around the Flat Earth: The International Tribunal for the Former Yugoslavia as a Failure of Jurisprudential Theory”, *Emory international law review*, 11, 1997, p. 481.

³² Cfr. Dworkin, Ronald M., *Taking rights seriously*, Cambridge Mass., Harvard U.P., 1977, xi, p. 3.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

quem assegura que os interesses dos últimos destinatários da política, e do próprio direito, são mais adequadamente protegidos pelo uniformismo legalista do multilateralismo do que pela multiforme e inorgânica – mas historicamente sedimentada – articulação de interesses nacional e regionalmente agregados?

Não quer isso sugerir que a actual organização internacional seja a ideal, que seja fruto de uma lógica estrita, ou que esteja perfeitamente sintonizada com os novos “ventos da história” da “linguagem dos direitos”, da emergência do indivíduo no panorama internacional, das iniciativas de ingerência “ideológico-humanitária”. Mas realisticamente tem que se reconhecer, pelos resultados, que todo o equilíbrio institucional que gravita em torno da ONU e se alimenta dos tradicionais instrumentos diplomáticos tem conseguido alcançar os principais objectivos que se esperam da primazia do direito internacional público nas relações entre Estados.

É por isso duvidoso o propósito e o alcance dos defensores do TPI no sentido de uma reformulação do *status quo* institucional, de “instauração de uma nova ordem” – com tudo o que a expressão tem de “depurador”, de sinistramente platónico.

Dir-se-á que o equilíbrio espelhado na estrutura da ONU, e em especial no funcionamento do Conselho de Segurança, é *injusto*, mas as condições pragmáticas, realistas, da preservação da paz e da segurança internacionais nunca se esgotaram em simples considerações de justiça.³³

De resto, como realçámos já, o Estatuto do TPI paga aberto tributo a esse estado de coisas, já que, mesmo remetendo para momento ulterior um “acordo” global entre TPI e ONU (art. 2º), deixa inteiramente – e *incondicionadamente* – ao arbítrio do Conselho de Segurança a possibilidade de prosseguir um inquérito ou procedimento criminal, ou de não o prosseguir *ad aeternum*, bloqueando-o definitivamente (art. 16º): o que, no mínimo, se dirá que é já um preço demasiado a pagar pela ilusão com que o Estatuto de Roma se arrogou atribuir ao TPI um poder de revisão judicial de decisões políticas, tanto as dos Estados como as do Conselho de Segurança –³⁴ e, mais adequadamente porventura, se poderia caracterizar como uma verdadeira *capitulação* dos sonhos de autonomia da nova jurisdição internacional.

Há uma outra forma de explicar essa “capitulação”: é que, na medida em que se se pretendeu instaurar uma jurisdição universal que abranjeria até Estados terceiros, não se podia razoavelmente fazer “exorbitar” senão a jurisdição “adjudicativa”, e não uma jurisdição “executiva” que efectivamente se propusesse forçar, seja os Estados membros, seja os Estados terceiros, a acatarem as decisões do tribunal, ou a sofrerem punições efectivas por esse não-acatamento,³⁵ tendo que

³³ Cfr. Lietzau, William K., “International Criminal Law After Rome: Concerns from a U.S. Military Perspective”, *Law & contemporary problems*, 64, 2001, pp. 133-135.

³⁴ Cfr. Escármeia, Paula, “Quando o Mundo das Soberanias se Transforma no Mundo das Pessoas”, *cit.*, pp. 148-149.

³⁵ E daí, por exemplo, a ressalva do art. 98º do Estatuto do TPI.

presumir-se que nesse ponto o sistema de segurança erigido na ONU deverá considerar-se a forma executiva que permanece válida.³⁶

Nestes termos, dir-se-á que o art. 12º do Estatuto admite o julgamento com base em territorialidade – e mesmo contra a oposição do Estado de nacionalidade que seja não-membro –, mas não se propõe vincular os Estados não-membros a deveres de cooperação que envolvam a entrega de provas ou de acusados que se encontrem nos seus territórios, ou signifiquem interferência em questões de segurança interna ou internacional,³⁷ porque isso esbarraria de forma irresolúvel na soberania desses Estados.³⁸

1.8 Julgamento de indivíduos ou de Estados? A complementaridade

Algo do que temos dito poderá eventualmente entender-se viciado por uma confusão – a do plano estritamente penal com o plano internacional, o plano da incriminação de indivíduos com o plano da responsabilidade internacional dos Estados, sendo que é aquele, e não este, que ressalta do articulado do Estatuto do TPI. O ponto não é pacífico, havendo precisamente quem insista que há que demarcar a responsabilidade penal individual da responsabilidade dos Estados,³⁹ e que a confusão de planos apenas pretende afirmar o princípio da exclusividade da jurisdição do Estado da nacionalidade sobre os actos oficiais praticados no estrangeiro, bloqueando a jurisdição territorial do Estado em que os crimes tenham sido cometidos – o que poderia ser entendido, no mínimo, como uma extensão extrema e ilegítima das regras da imunidade, um resquício porventura de arrogâncias imperialistas.⁴⁰

Em todo o caso, como o demonstra a reacção dos EUA às pretensões de jurisdição universal invocadas pelo TPI, não há que iludir o problema que resulta da extrema facilidade com que o julgamento de indivíduos pode converter-se num apuramento de responsabilidades dos Estados e dos seus titulares de cargos po-

³⁶ Sobre os vários sentidos de jurisdição, cfr. Randall, Kenneth C., "Universal Jurisdiction Under International Law", *Texas law review*, 66, 1988, p. 786.

³⁷ Essa a razão pela qual o art. 72º do Estatuto procura satisfazer as necessidades de segurança admitindo uma triagem da informação que os próprios Estados partes fornecem ao Tribunal.

³⁸ Cfr. Bodansky, Daniel, "Human Rights and Universal Jurisdiction", in Gibney, Mark (org.), *World Justice: U.S. Courts and international human rights*, Boulder Col., Westview, 1991, p. 6; Scharf, Michael P., "The ICC's Jurisdiction Over the Nationals of Non-Party States", *cit.*, p. 71, nº23; eisdem, "The ICC's Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States", in Sewall, Sarah B. & Carl Kaysen (orgs.), *The United States and the international criminal court: National security and international law*, Lanham MD, Rowman & Littlefield, 2000, pp. 213 e ss.

³⁹ Cfr. Scharf, Michael P., *Balkan Justice: The story behind the first international war crimes trial since Nuremberg*, Durham NC, Carolina Academic Press, 1997, pp. 150-155; Triffterer, Otto, "Prosecution of States for Crimes of State", *International review of penal law*, 67, 1996, p. 346.

⁴⁰ Cfr. Brown, Bartram S., "U.S. Objections to the Statute of the International Criminal Court: A Brief Response", *New York University journal of international law and policy*, 31, 1999, pp. 871-872.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

líticos – uma espécie de responsabilidade *objectiva* por actos dos seus comissários, eventualmente pervertida até, em simetria, numa responsabilidade *subjectiva* por participação política em regimes internacionalmente estigmatizados, as “responsabilidades colectivas” que, como *avatar* das represálias de antanho, as ideologias do século XX foram tão pródigas a conceber. Já assim não seria, porventura, se a jurisdição do TPI se configurasse mais claramente como complementar ou subsidiária da dos Estados – o que evitaria uma interferência inopinada do TPI na política de Estados com clara reputação de acatamento de normas punitivas de crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio, e em contrapartida evitaria que, para cúmulo da ironia, a existência de um TPI politicamente alinhado se convertesse numa cobertura legitimadora para a omissão de procedimento penal na ordem interna por parte de alguns Estados menos apegados à tradição do Estado de Direito,⁴¹ ou para a apatia militar da comunidade internacional relativamente a intervenções humanitárias.⁴²

É certo que o preâmbulo do Estatuto de Roma remata enfatizando o carácter complementar do TPI face às jurisdições penais nacionais, o mesmo fazendo o art. 1º, com corolários nos arts. 17º a 19º. Mas o que é decisivo é que é o próprio TPI que avalia as condições dessa complementaridade e o momento em que ultrapassa a jurisdição nacional (veja-se o art. 17º, 2 e 3 do Estatuto), o que não é isento de melindres constitucionais.⁴³ É o Tribunal que determina “*se há ou não vontade de agir num determinado caso*” (art. 17º, 2), se há vontade ou capacidade para levar a cabo o inquérito ou o procedimento criminal (art. 17º, 1), se há intento de subtrair o arguido à sua responsabilidade criminal, se há independência e imparcialidade, e genericamente se existe ou existiu uma actuação consentânea “*com a intenção de submeter a pessoa à acção da justiça*” (art. 20º, 3 do Estatuto): a última palavra pertence ao próprio Tribunal,⁴⁴ o que se aceitará em tese geral como

⁴¹ Estados que, confiados na “simpatia” do TPI, de imediato abririam mão da sua jurisdição internacional – assegurando a impunidade dos seus nacionais.

⁴² Pense-se que há quem argumente que o próprio Tribunal Criminal Internacional para a ex-Jugoslávia mais não é do que uma iniciativa cínica e de má consciência da parte do Conselho de Segurança, que não foi capaz de prevenir a violência e a guerra civil quando tinha meios para fazê-lo – Cfr. Andrews, Lucas W., “Comment, Sailing Around the Flat Earth”, *cit.*, pp. 472-475.

⁴³ Pense-se no caso português: como é na condição da complementaridade que a Constituição portuguesa aceita, no seu art. 7º, 7, a jurisdição do TPI – e porque tanto a Resolução da Assembleia da República nº 3/2002, de 18/1, como o Decreto do Presidente da República nº 2/2002, de 18/1 (que respectivamente aprovam para ratificação e ratificam o Estatuto do TPI), declaram a intenção de exercício de jurisdição nacional de acordo com as regras constitucionais – poderá ainda argumentar-se que o Estado português se reserva a última palavra na apreciação das condições em que o TPI se arroga complementar a jurisdição nacional.

⁴⁴ Cfr. Escaramcia, Paula, “Quando o Mundo das Soberanias se Transforma no Mundo das Pessoas”, *cit.*, p. 147.

justo porque indispensável à sua vocação jurisdicional e consentâneo com o princípio “*aut dedere, aut iudicare*” já consagrado nas legislações nacionais (como no art. 5º do Código Penal português) –⁴⁵ mas se reconhecerá que pode subverter inteiramente a lógica da “complementaridade”.⁴⁶

Ainda quanto à confusão de planos entre responsabilidade individual e estadual, o elenco de crimes que caem na jurisdição do TPI praticamente exclui a hipótese de um Estado considerar menos relevantes ou melindrosos os actos que sejam apreciados pelo Tribunal e que, da perspectiva do Estado da nacionalidade do infractor, sejam considerados actos oficiais, actos praticados no desempenho de funções do Estado, mormente funções militares. Ora, dada a relativa escassez de antecedentes de jurisdição internacional sobre esses crimes – afinal a razão principal para a *urgência* na aprovação do Estatuto de Roma –, é evidente que a incerteza dos rumos que tomará a efectivação dessa jurisdição aumentará a relutância dos Estados quanto à eventualidade de se submeterem a uma instância supranacional que, como vimos, não só promete ser estigmatizadora para o Estado de nacionalidade de quem venha a ser condenado, como ainda representa praticamente a renúncia às vias diplomáticas tradicionais. Mais ainda, o estatuto embrionário da jurisprudência internacional sobre os crimes de genocídio, que se tem manifestado em oscilações sobre a tipificação dos crimes nas instâncias internacionais, e mormente nos tribunais *ad hoc*, confere só por si um poder anormalmente amplo ao TPI na definição e consolidação *ex novo* do direito penal internacional.

I.9 A despromoção do Conselho de Segurança e a resistência norte-americana

Não ajuda a este estado de coisas o facto de essa superação das vias tradicionais da “velha ordem” ter sido um objectivo assumido pela maioria dos participantes na elaboração do Estatuto do TPI; por um lado, entendeu-se genericamente que a litigância perante uma instância supranacional tenderia a nivelar os Estados e a favorecer os Estados mais fracos, mais desprovidos de peso diplomático;⁴⁷ por outro lado, e mais especificamente, os próprios protagonistas principais na Conferência de Roma admitem que houve a vontade deliberada de retirar o protagonismo ao Conselho de Segurança na administração da justiça internacional, que alguns países e organizações internacionais consideravam

⁴⁵ Cfr. Palma, Maria Fernanda, “Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal”, *Revista portuguesa de ciência criminal*, 11, 2001, p. 32.

⁴⁶ Pensemos que a recusa constitucional de aplicação, em Portugal, de uma pena de prisão perpétua pode constituir motivo para o Tribunal avocar logo a si o julgamento do caso – não podendo Portugal, como Estado-parte, recusar a entrega do acusado. Cfr. Caciro, Pedro, “Ut Puras Servaret Manus”, *cit.*, pp. 39-65.

⁴⁷ Rovine, Arthur, “The National Interest and the World Court”, *cit.*, p. 319.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

“monopolista” e ostensivamente favorecedora dos interesses dos países diplomaticamente mais poderosos, dada a consagração do poder de veto:⁴⁸ foi propósito maioritário encontrar-se, para o TPI, uma independência de funcionamento face ao Conselho de Segurança.⁴⁹

Ora, por tudo o que vimos, o mínimo que se dirá é que um tal “abalo” nas competências do Conselho de Segurança, se vier a ser bem sucedido, poderá constituir um embaraço no funcionamento da ONU em geral, e até na impunidade de muitas das mais graves atrocidades, se elas forem cometidas no interior de um só país – por ocasião de uma guerra civil, nomeadamente – e não houver denúncia da situação pelo Conselho de Segurança (nos termos do art. 13º, b) do Estatuto), a que não corresponderá já a imunidade das forças que tomem a iniciativa de pôr termo àquelas atrocidades:

- pense-se no que teria sucedido no Kosovo, se o TPI já existisse na altura e se o regime de Slobodan Milosevic não tivesse ratificado o Estatuto do TPI mas tivesse consentido, nos termos do seu art. 12º, a perseguição criminal das “tropas invasoras”, e o Conselho de Segurança não tivesse sancionado a constituição de um tribunal internacional *ad hoc*: a punição das atrocidades cometidas internamente não dispensaria a intervenção do Conselho de Segurança (que poderia ser *vetada*), mas já seria dispensada essa intervenção para questionar em termos de perseguição penal a intervenção militar que fosse motivada por um direito de ingerência humanitária;⁵⁰

- poucas dúvidas podem subsistir de que o TPI teria condenado os EUA, a Grã-Bretanha e a União Soviética por crimes de guerra cometidos contra a população civil da Alemanha nazi,⁵¹ sendo que o regime nazi poderia ter-se furtado à jurisdição do TPI, não aderindo ao Estatuto, retirando-se dele... ou aderindo tardiamente para aproveitar a tábua-rasa concedida às novas adesões!

Além disso, de um ponto de vista estritamente jurídico, uma tal despromoção das competências exclusivas do Conselho de Segurança, a ter sucesso, seria inválida, por violação dos arts. 108º e 109º da Carta das Nações Unidas – uma *emenda irregular*

⁴⁸ Kirsch, Philippe, “The International Criminal Court: Consensus and Debate on the International Adjudication of Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes, and Aggression”, *Cornell international law journal*, 32, 1999, pp. 437 e ss.; eiusdem, “The International Criminal Court: Current Issues and Perspectives”, *cit.*, p. 4; Steiner, Sylvia Helena Figueiredo, “O Tribunal Penal Internacional”, *cit.*, p. 95.

⁴⁹ Cfr. Kirsch, Philippe & John T. Holmes, “Developments in International Criminal Law. The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process”, *American journal of international law*, 93, 1999, p. 4.

⁵⁰ Como bem observa: Lietzau, William K., “International Criminal Law After Rome”, *cit.*, pp. 129-130.

⁵¹ Cfr. Bolton, John R., “The Risks and Weaknesses of the International Criminal Court from America’s Perspective”, *Law & contemporary problems*, 64, 2001, p. 170.

por parte de membros das próprias Nações Unidas,⁵² não convalidada sequer por qualquer intenção frustrada de promoção de uma revisão da Carta.⁵³ A propósito, nem se percebe bem em que poderá constituir o “acordo” entre o Tribunal e as Nações Unidas, a que se refere o art. 2º do Estatuto de Roma, depois tanto dos princípios e soluções consagrados no Estatuto como das próprias indefinições subsistentes – **mormente quanto à iniciativa de definição do crime de agressão.**⁵⁴

Já depois da assinatura do Estatuto de Roma, os EUA propuseram, na Comissão Preparatória, que a perseguição a um nacional de um Estado terceiro só pudesse fazer-se contra a oposição deste Estado terceiro se houvesse uma resolução do Conselho de Segurança nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas – mas também esse gesto de moderação e de compatibilização com o sistema actual foi rejeitado.⁵⁵ Não admira que, perante este cenário que, com as ambiguidades já denunciadas, tenta esboçar uma jurisdição universal implicando obrigações *erga omnes*, tenha crescido nos EUA a corrente de opinião que defende que devam ser subordinadas algumas iniciativas de cooperação internacional à celebração prévia de acordos bilaterais que garantam a imunidade dos seus soldados, nos termos do art. 98º do Estatuto do TPI.⁵⁶ Mais ainda, existe a vontade declarada, da parte de políticos norte-americanos, no sentido de vetar qualquer denúncia do Conselho de Segurança ao Procurador do TPI, nos termos do art. 13º, b) do Estatuto, de não fornecer qualquer assistência ao TPI ou permitir a entrega de qualquer indivíduo ao TPI, e condicionar a participação dos EUA na NATO, em quaisquer alianças militares ou missões de paz, a um prévio acordo com todos os parceiros, e com a própria ONU, relativa à total imunidade dos soldados norte-americanos face à jurisdição do TPI –⁵⁷ sendo que a recusa de participação dos EUA no TPI tem, como um dos seus corolários, a insistência no desenvolvimento e aprofundamento interno da jurisdição sobre os crimes de que trata o TPI – como forma de bloquear a interferência do TPI em casos que respeitem a criminosos norte-americanos ou encontrados no território dos EUA.⁵⁸

⁵² Cfr. Wedgwood, Ruth, “The Irresolution of Rome”, *cit.*, pp. 212-213.

⁵³ A que alude: Escaramcia, Paula, “Quando o Mundo das Soberanias se Transforma no Mundo das Pessoas”, *cit.*, p. 146.

⁵⁴ Cfr. Steiner, Sylvia Helena Figueiredo, “O Tribunal Penal Internacional”, *cit.*, p. 97.

⁵⁵ Cfr. Broomhall, Bruce, “Toward U.S. Acceptance of the International Criminal Court”, *cit.*, p. 146.

⁵⁶ Cfr. Wedgwood, Ruth, “The Irresolution of Rome”, *cit.*, 204; eadem, “The United States and the International Criminal Court: Achieving a Wider Consensus Through the ‘Ithaca Package’”, *Cornell international law journal*, 32, 1999, pp. 535 e ss.

⁵⁷ Cfr. Charney, Jonathan I., “Editorial Comment: Progress in International Law?”, *American journal of international law*, 93, 1999, p. 463; McNerney, Patricia, “The International Criminal Court: Issues for Consideration by the United States Senate”, *Law & contemporary problems*, 64, 2001, pp. 181-191 (190); Rodríguez, Cara Levy, “Note. Slaying the Monster: Why the United States Should Not Support the Rome Treaty”, *American university international law review*, 14, 1999, pp. 831-832.

⁵⁸ Cfr. Cassel, Douglass, “Empowering United States Courts to Hear Crimes Within the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *New England law review*, 35, 2001, pp. 423; 444; eiusdem, “The Rome Treaty for an International Criminal Court: A Flawed but Essential First Step”, *Brown journal of world affairs*, 6, 1999, pp. 41 e ss.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

Poderá argumentar-se que o tempo joga contra os EUA: havendo já membros permanentes do Conselho de Segurança que ratificaram o TPI, poderão os EUA opor-se à intervenção do TPI da próxima vez que surgirem problemas flagrantes de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, e o Conselho de Segurança inviabilizar um tribunal internacional *ad hoc* com o argumento de que ele seria redundante face ao TPI? Poderão os EUA perder a iniciativa diplomática na promoção dessas ingerências humanitárias?⁵⁹

Em todo o caso, descontada a habitual litania anti-americanista que anima algum do progressismo multilateralista, devemos reconhecer que as objecções colocadas pelos EUA são fundadas em legítimos receios de um governo que tenta defender os seus interesses nacionais – *o interesse dos seus nacionais* – e não capitula perante os “ventos da história” do internacionalismo (mesmo quando, qual aprendiz de feiticeiro, foi o primeiro a levantar esses “ventos”); além de que, atenta a “lógica de poder” que vimos ter que permanecer nos alicerces do TPI, não se afigura muito viável uma jurisdição efectiva que queira desenvolver-se à margem do Conselho de Segurança das Nações Unidas e sem o apoio, ou com a oposição, do poderio militar norte-americano.

1.10 Porquê um tribunal permanente?

Como bem observa John Bolton, se a complementaridade consagrada no Estatuto de Roma fosse para ser assumida com rigor, nunca se teria constituído o TPI, e nunca se passaria da mera solução dos tribunais internacionais *ad hoc*.^{60,61} Porquê, então, uma instância permanente?

Contra os tribunais *ad hoc*, tem-se argumentado com os custos elevadíssimos da organização de um novo tribunal (como pode ser ilustrado pelo julgamento de Tadic)⁶² e com as demoras correspondentes, como por exemplo as que se verificaram na preparação diplomática que antecedeu o estabelecimento do Tribunal Criminal Internacional para o Ruanda.⁶³ A própria ideia de um tribunal penal internacional *permanente*

⁵⁹ Cfr. Broomhall, Bruce, “Toward U.S. Acceptance of the International Criminal Court”, *cit.*, p. 149.

⁶⁰ Bolton, John R., “The Risks and Weaknesses of the International Criminal Court from America’s Perspective”, *cit.*, p. 179.

⁶¹ Como refere sinteticamente Mafalda Carmona, “O estado actual do Direito Internacional Público desmente a existência de uma jurisdição universal e de uma jurisdição internacional, sem que tal faça negar a existência de crimes internacionais. Ainda que venham a ser estabelecidas, subsiste um largo campo de actuação dos tribunais nacionais. A internacionalidade dos crimes releva, no entanto, pela proibição de justificações internas e pela possibilidade de estabelecimento de uma jurisdição internacional *ad hoc*, de forma subsidiária, sempre que o exercício da jurisdição nacional não se revele adequado” – Carmona, Mafalda, “Conflitos Armados Não Internacionais”, *cit.*, pp. 442-443.

⁶² Cfr. Scharf, Michael P., *Balkan Justice*, *cit.*, pp. 80-84.

⁶³ Cfr. Morris, Virginia & Michael P. Scharf, *The international criminal tribunal for Rwanda*, Irvington-on-Hudson NY, Transnational Publishers, 1998, pp. 67-72.

remonta já ao final da 1ª Guerra Mundial, e só a lógica da Guerra Fria terá inviabilizado a solução dos tribunais penais internacionais, tanto permanentes como *ad hoc*.⁶⁴

Argumento de mais peso, e mais conclusivo, a favor do estabelecimento permanente de um tribunal penal internacional prende-se com o papel preventivo e dissuasor que a simples existência e *disponibilidade de funcionamento imediato* do Tribunal permite desempenhar a essa instância internacional. Mas mesmo essa função não é inteiramente óbvia. Aqueles que confiam nela argumentam que a existência de um tribunal permanente, sem os entraves logísticos e financeiros relacionados com a criação de um tribunal *ad hoc*, capaz de iniciar a todo o momento investigações mesmo que não haja indícios claros da perpetração de crimes, e independentemente da necessidade de se criar um ambiente diplomático favorável ao início dessas investigações, aumenta em muito o poder dissuasor do tribunal, em especial se ele estiver alicerçado numa estrutura militar credível; esse poder dissuasor será aumentado pela natureza verdadeiramente transnacional da jurisdição, reduzindo as hipóteses de refúgio e de impunidade; e pode ser ampliado ainda, como já sugerimos, através da assimilação nacional das consequências da complementaridade da jurisdição, a qual forçará os Estados a aumentarem o grau de repressão dos crimes de guerra, dos crimes contra a humanidade e do genocídio de forma a evitarem a alçada do TPI.⁶⁵

Contra o estabelecimento de uma instância permanente de jurisdição penal internacional milita o bem conhecido “horror do vácuo” que faz com que uma instituição tenda a multiplicar-se em iniciativas que justifiquem a sua existência, seja, em termos relativamente benignos, inundando-se em burocracia, seja, em termos muito malignos dado o especial melindre das matérias penais de que se trata no caso, expandindo subtilmente o objecto das suas competências por forma a abarcar progressivamente mais actos e situações susceptíveis de desencadear a sua reacção jurisdicional – não sendo de surpreender que, a muito breve trecho, o TPI tente, por exemplo, entrar em concorrência com o Conselho de Segurança em iniciativas de ingerência humanitária em conflitos não-internacionais, aproveitando as possibilidades concedidas pelo art. 8º, 2, c) do Estatuto, munido da “artilharia pesada” da repressão penal e contribuindo, muito provavelmente, para o prolongamento desses conflitos internos através da inviabilização de contemporizações diplomáticas.

Essa possibilidade expansiva, encarada com entusiasmo por aqueles que lamentaram que não tivesse havido um TPI para julgar o genocídio perpetrado por Pol Pot e pelos Khmer Rouge, deixa todavia por explicar por que razão esses mesmos entusiastas presumem que seria vedado ao Estado cambodjano julgar os crimes cometidos por aqueles, desencadeando inevitavelmente a jurisdição (só aparentemente complementar) do TPI – o que talvez se prenda com um inconfessável paternalismo

⁶⁴ Cfr. Arsanjani, Mahnoush H., “Developments in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court”, *American journal of international Law*, 93, 1999, p. 22.

⁶⁵ Cfr. Charney, Jonathani I., “Editorial Comment: Progress in International Law?”, *op.cit.*, pp. 460-462.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

perante uma alegada “imaturidade” política e jurídica dos cambodjanos.⁶⁶ Mesmo a noção de “Estado falhado”,⁶⁷ aquele Estado cuja capacidade para assegurar as suas funções internas e internacionais foi posta em cheque e por isso deve ficar à mercê de uma *reabilitação humanitária*, é uma noção extremamente perigosa, dada a manifesta amplitude com que concede cobertura a todos os tipos de ingerências e de agressões mais ou menos veladas – pense-se na iniciativa de “libertação” dos Sudetas na Checoslováquia, e nos argumentos utilizados para o efeito pela Alemanha nazi. Passar “atestados de menoridade” é um expediente demasiadamente utilizado pelo cinismo da atávica *machtpolitik* para que possa presumir-se que, por uma miraculosa “reinstauração da História”, uma nova instância internacional possa manter-se indefinidamente imaculada nessa expansão de uma lógica proto-tutelar, arrogante e paternalista.

1.11. O risco de manipulação ideológica

Bem podem os defensores do TPI assegurar que a jurisdição deste está limitada a um número muito restrito de crimes especialmente graves, que o Tribunal poderá apenas punir práticas extremas de criminosos de guerra e políticas de “Estados-párias”, e que o Procurador será escolhido de forma rigorosa e aceitável para todos os Estados-membros; mas basta pensarmos na forma como, na opinião pública, se agitam acusações de genocídio, de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade dirigidos contra qualquer tipo de Estado⁶⁸ para não ser muito difícil de imaginar um TPI convertido em caixa de ressonância desse tipo de acusações politizadas e ideologicamente inquinadas – despertadas pelas naturais paixões que todos os conflitos armados suscitam.⁶⁹

Não é difícil de imaginar, pois, um Tribunal questionando o *ius ad bellum* e atacando as consequências de *ius in bello* de decisões dos responsáveis militares e políticos, confundindo os dois planos que séculos de experiência têm ajudado a manter distintos, sendo evidente que um Procurador especializado no

⁶⁶ Bolton, John R., “The Risks and Weaknesses of the International Criminal Court from America’s Perspective”, *op.cit.*, pp. 178-179; Marks, Stephen, “Elusive Justice for the Victims of the Khmer Rouge”, *Journal of International Affairs*, 52, 1999, pp. 691 e ss.

⁶⁷ Cfr. Canotilho, José Joaquim Gomes, “Intervenções Humanitárias e Sociedade de Risco. Contributos para uma Aproximação ao Problema do Risco nas Intervenções Humanitárias”, *Nação e defesa*, 97, 2001, pp. 23 e ss.

⁶⁸ Pense-se nas acusações que se seguiram à intervenção da NATO no Kosovo, na própria queixa apresentada em 1999 pela República Federal da Jugoslávia contra a NATO, junto do Tribunal Internacional de Justiça, no protesto de muitas ONGs pelo não-julgamento dos responsáveis da NATO pelos bombardeamentos no Kosovo, na queixa do Sudão contra o bombardeamento norte-americano de uma fábrica de produtos farmacêuticos, etc..

⁶⁹ E que a “captura” de que são capazes ONGs e outras instituições especialmente dedicadas ao comércio da “escolha pública” pode ainda ampliar, como bem salienta Bolton, John R., “The Risks and Weaknesses of the International Criminal Court from America’s Perspective”, *op.cit.*, p. 174.

“*ius in bello*”, nos preceitos do direito humanitário internacional, não é de modo algum a pessoa adequada para ajuizar a legitimidade do uso da força por razões de segurança colectiva.⁷⁰

Nem será difícil de antever um TPI usado como “arma de arremesso” em confrontos ideológicos, bastando para o efeito darmos três exemplos:

- só alguém muito ingénuo ou ignorante do actual estado das relações internacionais não perceberá que a previsão de um crime de guerra por actos cometidos em “território ocupado” (no art. 8º, 2, b), *viii*) do Estatuto) é verdadeiramente um convite aberto à politização das decisões do TPI, um convite a que este exceda em parcialidade e inoportunidade tudo aquilo de que a ONU foi capaz nas suas ingerências “justiceiras” no conflito israelo-árabe,⁷¹

- e quanto à deportação forçada, quando o art. 7º, 2, d) do Estatuto estabelece que ela só se verificará relativamente a pessoas que se encontrem “legalmente” numa zona, e se não houver “*motivo reconhecido em direito internacional*” – coloca-se a questão melindrosíssima de saber quem é que verifica e estabelece essa legalidade, e essa ausência de motivo atendível: será o Procurador?⁷²

- o Estatuto não inova relativamente à consagração internacional do “crime de *apartheid*” como crime contra a humanidade, para a qual existem já amplos precedentes convencionais, e até, admitir-se-á, costumeiros.⁷³ Mas a definição que se contém no art. 7º, 2, h), referindo-se a um “*regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo rácico sobre um ou outros e com a intenção de manter esse regime*” suscita as maiores dúvidas – aplicar-se-á ele hoje ao Zimbabwe? Ao sistema tradicional de castas que a União Indiana se tem revelado incapaz de erradicar? Aos regimes fundamentalistas? É perturbador pensar-se que ficará cometida ao Procurador e aos Juízes a especificação destes elementos.⁷⁴

⁷⁰ Cfr. Carmona, Mafalda, “Conflitos Armados Não Internacionais”, *op.cit.*, p. 381; David, Eric, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2, 1999, pp. 146 e ss.; Miranda, Jorge, Curso, *op.cit.*, p. 256; Rubin, Alfred P., “Jus ad Bellum and Jus Cogens: Is Immorality Illegal?”, in Delissen, Astrid J.M. & Gerard J. Tanja (orgs.), *Humanitarian law of armed conflict: Challenges ahead. Essays in honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1991, pp. 595-611; Wedgwood, Ruth, “The Irresolution of Rome”, *op.cit.*, p. 212.

⁷¹ Lietzau, William K., “International Criminal Law After Rome”, *op.cit.*, p. 125, nº28; Bolton, John R., “The Risks and Weaknesses of the International Criminal Court from America’s Perspective”, *cit.*, pp. 170-171 – contudo, cfr. Wedgwood, Ruth, “The Irresolution of Rome”, *op.cit.*, p. 198, nº25.

⁷² Cfr. Rubin, Alfred P., “The International Criminal Court”, *op.cit.*, p. 159.

⁷³ Cfr. Minow, Martha, *Between vengeance and forgiveness. Facing history after genocide and mass violence*, Boston, Beacon Press, 1998, pp. 52 e ss.; Ratner, Steven R. & Jason S. Abrams, *Accountability for human rights atrocities in international law: Beyond the Nuremberg legacy*, Oxford, Clarendon, 1997, p. 115; Scharf, Michael P., “The ICC’s Jurisdiction Over the Nationals of Non-Party States”, *op.cit.*, pp. 89-90.

⁷⁴ Cfr. Rubin, Alfred P., “The International Criminal Court”, *op.cit.*, pp. 159-160.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

Por outro lado, é natural que o TPI se sinta especialmente pressionado para obter condenações de “Estados não-párias” como forma de afirmar a sua imparcialidade, como forma de desfazer a suspeita, que se seguiria provavelmente a uma sistemática condenação de actos praticados por nacionais de “Estados-párias”, de que o TPI seguiria, na sua lógica jurisdicional, os mesmos critérios de poder e de *machtpolitik* da diplomacia tradicional, subordinando-se à mesma funcionalização da justiça estrita a juízos de oportunidade e de conveniência.⁷⁵

A “equidistância” pode ser uma perversão da simples necessidade de “adensamento moral” que a aplicação do direito requer, em particular quando a jurisdição é controvertida e ela não se reporta a uma comunidade inequívoca de valores.⁷⁶ Dada essa pressão, que logicamente não deixará de verificar-se, nenhum Estado pode julgar-se isento, de antemão, da efectiva jurisdição do TPI – por mais que procure afastar-se daquelas situações de conflito militar, declarado ou não-declarado, nas quais se avolumarão as possibilidades de ocorrência, real ou fictícia, dos crimes de que se ocupa o TPI – incluindo “missões de paz”, “missões de policiamento”, ou “missões humanitárias”, mesmo que sob a égide da ONU ou de alianças militares.⁷⁷

Além disso, como assegurar especificamente que algum dos membros do Tribunal não será um nacional de um dos “Estados-párias” na actual ofensiva internacional contra o terrorismo, ou de algum Estado repressivo ou não-democrático, mais a mais quando a probabilidade de que tal ocorra é emolada pela exigência de “*representação geográfica equitativa*” no corpo dos juizes (art. 36º, 8, a), ii) do Estatuto)?⁷⁸ De resto, como evitar também que algum juiz em “*part-time*” (art. 35º, 3) fique exposto ao canto de sereia da “*revolving-door policy*” de um Estado ou grupo de Estados, tão bem estabelecida nos cânones da “*escolha pública*”?

1.12 Um Tribunal Penal Militar Internacional?

A natureza necessariamente bélica da maior parte das situações em que emergirão os crimes sobre que recairá a jurisdição do TPI gera o seu próprio universo de problemas:

⁷⁵ Para ilustrarmos as bizarras a que pode levar a interpretação mecânica do que seja a «equidistância», pense-se na decisão do Tribunal Criminal Internacional para o Ruanda, no sentido de, em nome dos interesses da diversidade geográfica, impedir a nomeação sistemática de advogados franceses e canadianos pelos acusados – sem qualquer consideração pelos interesses destes, mormente as suas conveniências linguísticas. Cfr. Poulon, Christine & Mair McCafferty, “News From the International War Crimes Tribunals”, *Human Rights Brief*, 6, 1999, p. 23.

⁷⁶ Cfr. Brackman, Arnold C., *The other nuremberg. The untold story of the Tokyo war crimes trials*, New York, Morrow, 1987, p. 224; Charney, Jonathan I., “Editorial Comment: Progress in International Law?”, *op.cit.*, p. 453.

⁷⁷ Cfr. McNerney, Patricia, “The International Criminal Court: Issues for Consideration by the United States Senate”, *op.cit.*, p. 188; Morris, Madeline, “High Crimes and Misconceptions”, *op.cit.*, pp. 34-35.

⁷⁸ Cfr. McNerney, Patricia, “The International Criminal Court: Issues for Consideration by the United States Senate”, *op.cit.*, p. 186.

com efeito, em que base pode assentar a aferição, tanto do Procurador como dos Juizes, relativamente a factos que podem ser de uma extrema complexidade militar?

Pense-se, por exemplo, no uso de “escudos humanos” pelas forças em contenda, na construção de aparatos militares adjacentes a habitações civis, no uso de recursos energéticos partilhados entre estruturas militares e estruturas hospitalares, etc.. A Quarta Convenção de Genebra de 1949 para a protecção das populações civis admite, no seu art. 28º, que a protecção das pessoas não pode ser usada para imunizar uma área contra operações militares, mas é evidente que qualquer decisão de um chefe militar para ultrapassar as limitações impostas pela presença de civis há-de assentar na informação disponível, que num teatro de guerra há-de ser especialmente falível e dificilmente verificável, e num juízo de ponderação sobre os riscos que, para o comandante das forças, a abstenção de uma acção militar implicaria para as suas próprias forças e para o sucesso dos seus objectivos.

Que garantias dá o tribunal de, na posição de vantagem possibilitada pela formulação de juízos retrospectivos, avaliar a medida exacta dessa decisão de um chefe militar, da qual resultaram vítimas civis, se essa circunstância pode converter-se logo num estandarte estigmatizador para a opinião pública internacional? Como pode um juiz estabelecer o que são danos “claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e directa que se previa” (art. 8º, 2, b), iv do Estatuto), sem depender exclusivamente, ou da retórica ideológica da vitimização, ou do cálculo discricionário dos cabos de guerra? Como aferirá ele, em concreto, as condições de razoabilidade, essencialidade e proporcionalidade da legítima defesa (art. 31º, 1, c) do Estatuto), sem novamente cair em juízos ideologicamente condicionados de proscricção ou de legitimação do uso da força? Como demarcará ele a legítima defesa do exercício de represálias, ou como distinguirá ele a “legítima defesa preventiva” do crime de agressão?⁷⁹ E nem sequer é preciso relembrar as extensísimas e subtilíssimas distinções que se tornam necessárias para a legitimação de uma intervenção humanitária no âmbito de uma guerra civil em que se degladiam duas ou mais legitimidades incompatíveis, que todas reclamam para si o direito de se defenderem umas da outras, sem prescindirem do direito à sua permanência num mesmo território.⁸⁰

Por outro lado, e no plano dos princípios gerais, quererá a criminalização sistemática dos conflitos militares significar, mais do que a aceite renúncia à guerra como meio de solução de litígios,⁸¹ uma consagração jurídica do pacifismo? Mas nesse caso, a proscricção de todo e qualquer recurso à força, em todas e quaisquer circuns-

⁷⁹ Cfr. Castro, Paulo Canelas de, “De Quantas Cartas se Faz a Paz Internacional?”, in Varela, Antunes & alii (orgs.), *Ab Vno Ad Omnes. 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 1021-1022, 1033.

⁸⁰ Veja-se, por exemplo, as hesitações conceptuais expressas em: Carmona, Mafalda, “Conflitos Armados Não Internacionais”, *cit.*, p. 426.

⁸¹ Cfr. Castro, Paulo Canelas de, “De Quantas Cartas se Faz a Paz Internacional?”, *cit.*, pp. 1011-1013.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

tâncias, em agressão mas também em defesa, só pode significar o colapso das relações internacionais como sempre as conhecemos, e como continuam hoje a desenvolver-se: e a primeira vítima seria, muito obviamente, o sistema de segurança que foi erigido sob a égide da ONU:⁸² não pode razoavelmente conceber-se o moderno sistema de manutenção de paz, de interposição, de ingerência humanitária,⁸³ sem se admitir uma erosão no conceito de proscricção absoluta do uso da força,⁸⁴ por muito que haja nessa proscricção – provinda das Convenções da Haia de 1907, da SDN e do Pacto Briand-Kellog – uma vocação de *ius cogens*.⁸⁵

Tudo isso parece revelar uma confiança entusiástica nas virtualidades da judicialização de problemas e conflitos internacionais, *contra* muito daquilo que é a tradição patente no século XX: não que se duvide dos benefícios da juridificação progressiva das relações internacionais, aliás o próprio cerne do Direito Internacional,⁸⁶ mas apenas se insiste numa necessidade de *realismo*, de praticabilidade de uma adjudicação de direitos num ambiente de verdadeira isenção e imparcialidade.

Em todo o caso, estamos aqui em áreas nebulosas, de fronteiras indefinidas, e questões discutíveis de oportunidade e de proporcionalidade em matérias militares não ganham em serem transpostas dos âmbitos tradicionais das estruturas militares e diplomáticas para a ágora forense, animada esta, para mais, da lógica penal, do escopo punitivo. A propósito, é de lamentar que, ao lado das credenciais em direito penal e em direito internacional (arts. 36º, 3, b) e 42º, 3 do Estatuto), não se tenha pensado em incluir, como critérios de recrutamento para os cargos do Tribunal, algumas aptidões na compreensão de assuntos militares, por forma a evitar, seja sentimentalismos, seja decisões salomónicas, ditados ambos por um desconhecimento da complexidade das decisões que se desenvolvem num teatro de guerra.⁸⁷

1.13 A falta de um apoio “Constitucional”

A questão da independência do Procurador e das correlativas garantias foi, a par da questão da tipificação dos crimes, a mais debatida na elaboração do Estatuto de Roma.⁸⁸ Por um lado, a insistência na separação das competências do Procurador e dos Juízes do TPI face à estrutura da ONU e ao processo decisório do Conselho de Seguran-

⁸² Cfr. Rubin, Alfred P., “The International Criminal Court”, *op.cit.*, p. 161.

⁸³ Cfr. Miranda, Jorge, Curso, *op.cit.*, pp. 271 e ss..

⁸⁴ Como bem o sublinha: Castro, Paulo Canelas de, “De Quantas Cartas se Faz a Paz Internacional?”, *op.cit.*, pp. 1038 e ss.

⁸⁵ Cfr. Miranda, Jorge, Curso, *op.cit.*, pp. 123, 189-190, 257; Pereira, André Gonçalves & Fausto de Quadros, Manual, *op.cit.*, p. 545.

⁸⁶ Cfr. Pereira, André Gonçalves & Fausto de Quadros, Manual, *op.cit.*, p. 290.

⁸⁷ Cfr. Wedgwood, Ruth, “The Irresolution of Rome”, *op.cit.*, p. 214.

⁸⁸ Cfr. Arsanjani, Mahnoush H., “Developments in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court”, *op.cit.*, pp. 25-27.

ça põe em causa, como referimos já, a efectividade do tribunal, e pode redundar numa independência inerme, transformando o TPI numa “tribuna de protesto” e de dissonância face aos poderes políticos dominantes nas relações internacionais, tanto mais radicalizado quanto maior for a frustração resultante da constatação da sua inoperância.⁸⁹

Por outro lado, sem os apropriados “*checks and balances*”, é de recear que a vulnerabilidade política do tribunal o exponha à pressão daqueles que reclamam uma justiça penal mais expedita – mas à custa dos direitos dos acusados, à custa de legítimos interesses diplomáticos e de segurança dos Estados envolvidos, à custa da própria juridicidade das soluções, conhecida que é a mencionada tendência para os tribunais se atribuírem a si mesmos poderes e expandirem as suas atribuições, quando se verifique um vazio na lei.

Pense-se tão singelamente que, a admitir-se a jurisdição universal do TPI contra nacionais de Estados terceiros, daí resultará que o tribunal poderá, em tais casos, agir com total irresponsabilidade, isto é, sem sequer ter a sua acção compensada por mecanismos de responsabilização política interna próprios dos Estados de nacionalidade dos visados. Aliás, se não tivesse sido pressentida esta falha institucional, nunca o Estatuto de Roma se demoraria tanto na definição de condições *personais* de isenção do procurador e dos juizes – como se estes constituíssem garantia suficiente em questões com tal amplitude e melindre –:⁹⁰

- quem, por exemplo, poderá equilibrar e contrariar o poder do Procurador na determinação de que “*existe fundamento suficiente para abrir um inquérito*”, nos termos do art. 15º, 3, do Estatuto? Bastar-lhe-á encontrar, de entre os três juizes da secção de instrução (art. 39º, 2, b), *iii*), um cuja opinião ou alinhamento ideológico coincida com o seu, e a instrução poderá prosseguir, com toda a sua carga estigmatizadora e todo o seu impacto na opinião pública internacional;⁹¹ e nem será necessário que no final formule uma acusação – convocando testemunhas, recolhendo provas, o Procurador pode já gerar um ambiente explosivamente hostil contra um qualquer Estado sobre o qual passará a impender o juízo de suspeita da opinião pública internacional, a imputação de ilegalidade aparente ou de carácter criminoso das suas políticas;⁹²

- poderá, por exemplo, uma prisão arbitrária (art. 55º, 1, d)) dar origem a indemnização do preso (art. 85º), mas é remota e oblíqua a responsabilidade daqueles que a tiverem determinado, dada a amplitude máxima da imu-

⁸⁹ Cfr. Charney, Jonathan I., “Editorial comment: Progress in international law?”, *op.cit.*, p. 455.

⁹⁰ Cfr. Lietzau, William K., “International Criminal law after Rome”, *op.cit.*, pp. 121, 137.

⁹¹ Como observa Rubin, Alfred P., “The international criminal court”, *op.cit.*, p. 158.

⁹² Cfr. Bolton, John R., “The risks and weaknesses of the international criminal court from america’s perspective”, *op.cit.*, p. 173.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

nidade que é concedida ao Procurador e aos Juizes (art. 48º, 2), e a irresponsabilidade é completa se o preso for nacional de um Estado terceiro, porque esse Estado nada terá a dizer na escolha ou afastamento dos membros do Tribunal.

Como observa John Bolton, a principal fraqueza do Estatuto de Roma reside no facto de não haver a apoiá-lo uma estrutura “constitucional” que assegure ao mesmo tempo a força efectiva da jurisdição e a preservação de condições de justiça e de liberdade, fixando fontes de direito – determinando por exemplo o que é, e não é, *ius cogens*⁹³ invocável judicialmente –, fixando métodos de criação, aplicação e interpretação de normas, e sistemas de sanção do não-acatamento, e de antes se estabelecer um conjunto de Procurador e Juizes, pairando vagamente no sistema internacional.

Isso revela uma concepção puramente teórica do funcionamento das relações internacionais, própria de académicos e de activistas, os mesmos que sustentam a possibilidade de “costume espontâneo” e se multiplicam em invocações de *ius cogens*, o que constitui uma extrapolação inocente, mas ilegítima, de algumas condições do “Estado de Direito” para o âmbito das relações internacionais, nas quais aquelas condições desempenham um papel diminuto, quase irrelevante – uma extrapolação assente na convicção de que, à força de proclamações altissonantes da “linguagem dos direitos”, são alcançáveis soluções jurídicas que normalmente reclamam uma longa, e contingente, sedimentação institucional, uma formação de hábitos de acatamento de regras partilhadas entre pessoas, países e culturas com perspectivas muito diferentes sobre os fundamentos e finalidades gerais do Direito.⁹⁴

Sem uma tal estrutura “constitucional”, sem o esboço de uma federação,⁹⁵ num ambiente de comunidade internacional não totalmente consolidada,⁹⁶ como admitir pacificamente o funcionamento de um Tribunal que, mais a mais, excede em âmbito os poderes de muitas jurisdições nacionais? Resta a hipótese de o próprio Estatuto do TPI revestir características jurídicas tais que ele possa considerar-se um verdadeira “Constituição Universal”, capaz de instaurar uma nova ordem jurídica internacional, impondo verdadeiras obrigações *erga omnes*. Esse o problema que veremos de seguida.

⁹³ Cfr. Miranda, Jorge, Curso, *op.cit.*, p. 124.

⁹⁴ Cfr. Bolton, John R., “The risks and weaknesses of the international criminal court from america’s perspective”, *op.cit.*, pp. 169, 171-172.

⁹⁵ Cfr. Pereira, André Gonçalves & Fausto de Quadros, Manual, *op.cit.*, pp. 47, 50, 53, 93.

⁹⁶ Para usarmos a expressão de Palma, Maria Fernanda, “Tribunal penal internacional e constituição penal”, *op.cit.*, pp. 8-9.

2 O Problema Jurídico

Mesmo quanto à Carta das Nações Unidas, e apesar do que se dispõe no seu art. 2º, 6, é controvertido que ela vincule *juridicamente* países não-membros, para os quais a Carta, por importante que ela *de facto* seja, por mais *poder* que ela estabeleça para *impor* o seu acatamento *pela força*, não deixa de ser *res inter alios acta*,⁹⁷ e mesmo que admitíssemos que a prática da ONU constituiu a favor da sua Carta um costume que entretanto se tornou *cogente* para países terceiros, os “*pacta tertiis*”,⁹⁸ e que o poder *de facto* de forçar o acatamento se converteu, pelo exercício, numa *opinio iuris* vinculante,⁹⁹ isso não aproveita *ainda* ao novo TPI – ainda que a passagem do tempo possa dificultar a posição de “objecção” desses Estados terceiros, na medida da paulatina sedimentação de uma “*opinio iuris*” quanto aos princípios e à prática do TPI.¹⁰⁰

O Estatuto do TPI nem sequer pode ter pretensões de ser uma “Constituição Universal”, qualidade que já foi por vezes atribuída à Carta das Nações Unidas;¹⁰¹ ora, se nem mesmo a Carta das Nações Unidas teve, no momento da sua aprovação, a virtualidade de vincular Estados terceiros a novas obrigações consuetudinárias – a obrigações anteriormente inexistentes e consagradas *ex novo* na Carta –, e sob a égide da ONU não se generalizou a prática da geração de obrigações *erga omnes* por simples decorencia de tratados,¹⁰² salvo na pressuposição de que eles são mero espelho de direito consuetudinário, como dispõe o art. 38º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, não é certamente o Estatuto do TPI que terá essa virtualidade de erguer-se pioneiramente à condição de “Constituição Universal”. Parece pois que, na falta dessa dignidade jurídica, a jurisdição do TPI terá amiúde de ver-se remetida para um plano de pura subsidiariedade, mais do que da complementaridade consagrada no Estatuto, denotando o primado das jurisdições nacionais face à fragilidade e contingência das instâncias coercivas internacionais.¹⁰³

⁹⁷ Cfr. Falk, Richard A., *The authority of the United Nations to control non-members*, Princeton NJ, Princeton University - Center of International Studies, 1965, pp. 73-74; Kelsen, Hans, *The law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems*, London, Stevens & Sons, 1950, pp. 107-110; Pereira, André Gonçalves & Fausto de Quadros, Manual, *op.cit.*, 65, pp. 247-248; Simma, Bruno & al. (orgs.), *The charter of the United Nations: A commentary*, Oxford, Oxford U.P., 1994, pp. 131 e ss.

⁹⁸ Cfr. Miranda, Jorge, Curso, *op.cit.*, p. 21.

⁹⁹ Cfr. Pereira, André Gonçalves & Fausto de Quadros, Manual, *op.cit.*, pp. 165-168.

¹⁰⁰ Cfr. Charney, Jonathan, “Universal International Law”, *American journal of international law*, 87, 1993, pp. 529 e ss..

¹⁰¹ Cfr. Castro, Paulo Canelas de, “De Quantas Cartas se Faz a Paz Internacional?”, *op.cit.*, p. 1006; Falk, Richard A., *The authority of the United Nations to control non-members*, *op.cit.*, pp. 51 e ss., 66 e ss., 101; Ross, Alf, *Constitution of the United Nations. Analysis of structure and function*, Kobenhavn, E. Munksgaard, 1950, p. 32.

¹⁰² Devendo distinguir-se a oponibilidade *erga omnes* da obrigatoriedade *erga omnes*, sendo que a primeira impõe um dever geral de respeito ou de abstenção, enquanto que da segunda se pretende que decorram deveres positivos – cfr. Miranda, Jorge, Curso, *op.cit.*, p. 80.

¹⁰³ Cfr. Palma, Maria Fernanda, “Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal”, *op.cit.*, p. 10.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

Nos termos do art. 34º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de Maio de 1969, um tratado não pode criar obrigações para Estados terceiros, vigorando por isso o princípio da relatividade, o princípio geral de direito de que “*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*”.^{104,105} Por isso as pretensões do Estatuto de Roma ao estabelecimento de prerrogativas supranacionais extensivas até a Estados terceiros – uma jurisdição “exorbitante” – conflituam com a independência destes, e dificilmente se dirá que pudessem derogar direitos destes Estados terceiros sem violar o princípio da relatividade.¹⁰⁶

2.1 Base consuetudinária e susceptibilidade de delegação da jurisdição universal

Essa quebra do princípio da relatividade dos tratados internacionais foi ponderada e deliberada pelos autores do Estatuto de Roma: partiu-se do princípio de que, se é admitida aos Estados uma jurisdição universal sobre crimes perpetrados no seu território ou fora dele, ou seja, uma jurisdição independente da localização e da nacionalidade dos agentes – como aquela que se entendeu que Israel teria exercido nos julgamentos de Adolf Eichmann em 1961 e de John Demnjanjuk em 1985, e aquela que foi invocada nas tentativas britânica e espanhola de perseguição a Augusto Pinochet e na tentativa belga de perseguição aos autores das atrocidades no Ruanda, como Jean Kambanda, Jean-Paul Akayesu ou Augustin Bizimungu –,¹⁰⁷ não poderá ser excluída a criação, por um grupo de Estados, de um Tribunal Internacional dotado, por delegação daqueles Estados, da mesma jurisdição.

Esse Tribunal disporia, pois, de uma jurisdição territorial que não seria senão um subconjunto, um núcleo, da jurisdição universal que é atribuída aos Estados pelo direito internacional consuetudinário. Daí que os proponentes do Estatuto do TPI insistam que o consentimento dos Estados, seja o da nacionalidade seja o do território, é dispensável para

¹⁰⁴ Princípio reforçado ainda nos arts. 35º a 37º da Convenção de Viena.

¹⁰⁵ Cfr. Miranda, Jorge, Curso, cit., 79; Pereira, André Gonçalves & Fausto de Quadros, Manual, *op.cit.*, pp. 245 e ss.

¹⁰⁶ Cfr. Morris, Madeline, “High crimes and misconceptions”, *op.cit.*, pp. 26-27.

¹⁰⁷ Cfr. Bassiouni, M. Cherif & Edward M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1995, pp. 20 e ss.; Bassiouni, M. Cherif, “Policy perspectives. Favoring the establishment of the international criminal court”, *Journal of International Affairs*, 52 (1999), pp. 795 e ss.; Kremnitzer, Mordechai, “The demjanjuk case”, in Dinstein, Yoram & Mala Tabory (orgs.), *War Crimes in International Law, The Hague*, M. Nijhoff, 1996, pp. 323 e ss.; Magnarella, Paul J., “Some Milestones and Achievements at the International Criminal Tribunal for Rwanda: The 1998 Kambanda and Akayesu Cases”, *Florida Journal of International Law*, 11 (1997), pp. 517 e ss.; Meron, Theodor, “International Criminalization of Internal Atrocities”, *American Journal of International Law*, 89 (1995), pp. 554 e ss.; Palma, Maria Fernanda, “Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal”, *op.cit.*, p. 23; Steven, Lee A., “Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute: Why the United States is in Breach of its International Obligations”, *Virginia Journal of International Law*, 39 (1999), pp. 425 e ss.; Wedgwood, Ruth, “Augusto Pinochet and International Law”, *McGill Law Journal*, 46 (2000), pp. 241 e ss.

a competência do TPI, já que ele se refere exclusivamente a crimes para os quais existe jurisdição universal por direito costumeiro, e apenas se recorreu à necessidade desse consentimento para se assegurar o apoio político dos Estados que aceitem a jurisdição – uma espécie de auto-limitação que tornaria menos ostensivos os corolários da supranacionalidade –. O consentimento dos Estados seria, por outras palavras, meramente *aposto* a uma jurisdição universal que na raiz dispensa esse consentimento.¹⁰⁸

Isso suscita dois tipos de problemas:

- por um lado, e isto apesar da vontade declarada das partes na Conferência de Roma no sentido de não introduzirem na jurisdição do TPI novo direito substantivo,¹⁰⁹ nem tudo o que está sujeito à jurisdição do TPI estava já consagrado pelo direito internacional consuetudinário como matéria de jurisdição universal – por exemplo, o Protocolo I às Convenções de Genebra de 1949, não ratificado pelos EUA apesar de uma ratificação muito generalizada pelas demais nações –¹¹⁰ devendo afastar-se por isso a ideia de que se trata de uma área de “consenso”, por mais conveniente que pudesse ser, para a argumentação favorável ao TPI, a existência desse consenso;¹¹¹

- por outro lado, não é líquido que a jurisdição universal que é consuetudinariamente reconhecida aos Estados possa ser delegada por estes num tribunal internacional – porque é manifesto que uma jurisdição universal *delegada* é algo de substancialmente *novo*, desde logo por aquilo que ela implica em termos de supranacionalidade na actuação.¹¹²

Quanto à susceptibilidade de delegação da jurisdição universal dos Estados, o seu carácter problemático ressalta logo do facto, já referido, de nada estar previsto, no Estatuto do TPI, quanto ao equilíbrio de poderes na definição do que seja o direito

¹⁰⁸ Cfr. Kirsch, Philippe & John T. Holmes, “The rome conference on an international criminal court: The negotiating process”, *American Journal of International Law*, 93 (1999), 9, 12 n°19; Meron, Theodor, “The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law”, *American Journal of International Law*, 90 (1996), pp. 238 e ss.; Scharf, Michael P., “The ICC’s Jurisdiction Over the Nationals of Non-Party States”, *op.cit.*, 77; Wexler, Leila Sadat & S. Richard Carden, “The new international criminal court”, *op.cit.*, p. 413.

¹⁰⁹ Kirsch, Philippe & John T. Holmes, “The rome conference on an international criminal court: The negotiating process”, *op.cit.*, 7; Wexler, Leila Sadat & S. Richard Carden, “The new international criminal court”, *op.cit.*, pp. 406-407.

¹¹⁰ Cohn, Ilene & Guy S. Goodwin-Gill, *Child soldiers: The role of children in armed conflict*, Oxford, Clarendon, 1994, pp. 55 e ss.; Meron, Theodor, *War crimes law comes of age: Essays*, Oxford, Clarendon, 1998, pp. 178-179; Wedgwood, Ruth, “The international criminal court: An american view”, *European Journal of International Law*, 10 (1999), p. 102.

¹¹¹ E daí que, sem o provar, ele seja postulado quanto às “violações graves” por: Escaramcia, Paula, “Quando o mundo das soberanias se transforma no mundo das pessoas”, *op.cit.*, p. 155.

¹¹² Morris, Madeline, “High crimes and misconceptions”, *op.cit.*, pp. 28-29.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

aplicável – nenhum equilíbrio de poderes na definição superveniente dos rumos do direito penal internacional, nenhum legislador que consiga inflectir rumos interpretativos que venham a sedimentar-se pela prática do Tribunal.

Uma leitura do art. 112º do Estatuto de Roma tornará bem claro que esse papel de instância legislativa não está verdadeiramente cometido à Assembleia dos Estados Partes – aliás, uma assembleia que, a exemplo da Assembleia Geral das Nações Unidas, pode muito bem vir a espelhar maiorias ideológicas que mais não farão do que constituir meios de pressão para a politização das decisões do TPI, o que aumentará os riscos de estigmatização para os Estados que se encontrem numa posição ideologicamente minoritária ou destacada dos “blocos de Estados” que se vão formando ao sabor das conveniências conjunturais, como desgraçadamente já sucedeu tantas vezes com a politização de instâncias jurisdicionais internacionais, para descrédito das mesmas.¹¹³

A própria imprescritibilidade dos crimes – decerto com antecedentes, só que pouco respeitáveis, pois atenta gravemente contra princípios de segurança jurídica¹¹⁴ e tem já dado lugar a grotescos “julgamentos da história” quando já não há provas certas e os danos a reparar se esbateram no tempo, substituindo as vítimas originais por empresários da “indústria da vitimização” –,¹¹⁵ é por si mesma um eloquente testemunho do propósito ideológico que presidiu à elaboração do Estatuto, e permite presagiar essa instrumentalização ideológica que procurará recobrir-se da legitimação de uma jurisdição universal delegada.

2.2 A ausência de precedentes para a delegação de jurisdição universal

Não há precedentes para a delegação dessa jurisdição universal atribuída aos Estados pelo direito internacional consuetudinário:

1. Não o são o Tribunal Criminal Internacional para a ex-Jugoslávia nem o Tribunal Criminal Internacional para o Ruanda, já que foram criados respectivamente pelas Resoluções n.ºs 827 (1993) e 955 (1994), do Conselho de Segurança da ONU, e por isso cabem nas iniciativas abrangidas pelo Capítulo VII da Carta das Nações Unidas.¹¹⁶ É verdade que são amplas as prerrogativas

¹¹³ Cfr. Bolton, John R., “The risks and weaknesses of the international criminal court from america’s perspective”, *op.cit.*, 176-177; Morris, Madeline, “High crimes and misconceptions”, *op.cit.*, 33.

¹¹⁴ Cfr. Palma, Maria Fernanda, “Tribunal penal internacional e constituição penal”, *op.cit.*, 35-36.

¹¹⁵ Cfr. Finkelstein, Norman, *A indústria do Holocausto. Reflexões sobre a exploração do sofrimento dos judeus*, Lisboa, Antígona, 2001.

¹¹⁶ Cfr. Morris, Virginia & Michael P. Scharf, *An insider’s guide to the international criminal tribunal for the former Yugoslavia. A documentary history and analysis*, Irvington-on-Hudson NY, Transnational Publishers, 1995; Morris, Virginia, & Michael P. Scharf, “The international criminal tribunal for Rwanda”, *op.cit.*; Murphy, Sean D., “Progress and jurisprudence of the international criminal tribunal for the former Yugoslavia”, *American journal of international law*, 93 (1999), 57 e ss.

destes dois tribunais internacionais *ad hoc*, mormente em termos de primazia que pode derrogar até regras de territorialidade, coisa que não sucede com o TPI,¹¹⁷ mas isso nada tem a ver com a forma como a jurisdição desses tribunais é obtida, e não sugere que se trata de delegação directa da jurisdição dos Estados.¹¹⁸ É verdade que, como vimos, o TPI pretende ser uma evolução desses tribunais internacionais *ad hoc*, e pretende expressamente aproveitar algum do acervo conceptual formado já pela prática deles,¹¹⁹ mas a lógica de formação dessas instâncias judiciais é inteiramente distinta daquela que presidiu à concepção do Estatuto de Roma.

2. Não o foram os tribunais militares internacionais de Nuremberga e de Tóquio, que também não assentaram no exercício colectivo de jurisdição universal, mas antes no consentimento dos Estados de nacionalidade dos acusados – por mais discutível que seja a qualificação jurídica desse consentimento, que é expresso no caso da capitulação japonesa, dada a natural coerção bélica que conduziu à capitulação daqueles Estados,¹²⁰ embora também possa sustentar-se que, no caso alemão, como potências ocupantes os Aliados eram, no momento de funcionamento do tribunal de Nuremberga, os próprios representantes da soberania nacional.^{121,122} Parece certo, em todo o caso, que não houve nesses tribunais militares internacionais de Nuremberga e de Tóquio o recurso a uma

¹¹⁷ Veja-se a Lei nº 102/2001, de 25 de Agosto, que dispõe sobre a cooperação de Portugal com esses dois tribunais.

¹¹⁸ Sustentando a opinião contrária, de que se trata aí de delegação da jurisdição universal pelos Estados, cfr. Dinstein, Yoram, "The universality principle and war crimes", in Schmitt, Michael N. & Leslie C. Green (orgs.), *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millenium*, Newport RI, Naval War College, 1998, 17-37.

¹¹⁹ Cfr. Robinson, Darryl, "Defining 'crimes against humanity' at the rome conference", *American Journal of International Law*, 93 (1999), 55.

¹²⁰ Cfr. Kelsen, Hans, "The legal status of germany according to the declaration of Berlin", *American Journal of International Law*, 39 (1945), 523 e ss..

¹²¹ Cfr. Falk, Richard A., Gabriel Kolko & Robert Jay Lifton (orgs.), *Crimes of war: A legal, political-documentary, and psychological inquiry into the responsibility of leaders, citizens, and soldiers for criminal acts in wars*, New York, Random House, 1971, 96; Pereira, André Gonçalves & Fausto de Quadros, Manual, *op.cit.*, 385.

¹²² O que, no entender de Kelsen, seria mais legitimador do Tribunal do que a invocação de uma jurisdição universal assente no Acordo de Londres, de que o Estado germânico não tinha sido parte. Cfr. Kelsen, Hans, "Will the judgment in the nuremberg trial constitute a precedent in international law?", *International Law Quarterly*, 1 (1947), 167-168). Sustentando, pelo contrário, que houve em Nuremberga verdadeiro exercício colectivo de jurisdição universal, cfr. Clark, Roger, "Nuremberg and Tokyo in contemporary perspective", in McCormack, Timothy L.H. & Gerry J. Simpson (orgs.), *The Law of War Crimes. National and International Approaches*, The Hague, Kluwer, 1997, 172; Scharf, Michael P., "The ICC's jurisdiction over the nationals of non-party states", *op.cit.*, nº219, 105.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

jurisdição universal de base consuetudinária, que tivesse lançado mão de um princípio de protecção (como se se tratasse de reprimir a contrafacção monetária) ou de um princípio de universalidade (como se se tratasse de lidar com questões de pirataria),¹²³ a complementar as legitimidades da nacionalidade e da territorialidade (já para não falar do fundamento da “personalidade passiva”, a jurisdição que é atribuída a um Estado para defesa dos seus nacionais no estrangeiro).¹²⁴

Em suma, parece que não há pura e simplesmente qualquer precedente histórico que legitime a ideia de que a jurisdição universal consuetudinariamente reconhecida aos Estados é delegável numa instância internacional, tenha ela, ou não, vocação supranacional.¹²⁵ Dito de uma forma mais simples, se a delegação de competência universal fosse possível, quaisquer dois países poderiam acordar entre eles formarem um tribunal internacional com jurisdição irrestrita sobre todos os demais Estados. Além disso, a jurisdição universal atribuída aos Estados é clara contrapartida do sistema de responsabilidade do Estado-nação que se foi sedimentando historicamente após a paz de Vestefália:¹²⁶ ora, se a jurisdição universal fosse delegável no TPI, que responsabilidade internacional teria – tem, terá – essa instância judicial?¹²⁷

2.3 A hipótese de delegação da competência territorial – uma cessão de posição contratual?

Dir-se-á que o Estatuto do TPI seguiu caminho diverso e, em vez de optar pela delegação da jurisdição universal, foi pela solução mais simples da delegação da competência territorial dos seus Estados-membros, sendo com base nessa competência territorial delegada que extravasa, “exorbita” para os nacionais de Estados terceiros, nos termos do seu art. 12º.

¹²³ Questões nas quais a localização do crime ou a nacionalidade do criminoso – do *hostis humani generis* – ou das vítimas são aspectos de somenos importância. Cfr. Pereira, André Gonçalves & Fausto de Quadros, Manual, *op.cit.*, 382.

¹²⁴ Cfr. Bodansky, Daniel, “Human rights and universal jurisdiction”, *op.cit.*, 9; Osofsky, Hari M., “Domesticating international criminal law: Bringing human rights violators to justice”, *Yale Law Journal*, 107 (1997), nº18, 194; Randall, Kenneth C., “Universal jurisdiction under international law”, *op.cit.*, 787-788, 794-795; Schachter, Oscar, *International law in theory and practice*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1991, 254-257; Wolfrum, Rüdiger, “The decentralized prosecution of international offences through national courts”, in Dinstein, Yoram & Mala Tabory (orgs.), *War Crimes in International Law*, *op.cit.*, 233 e ss.

¹²⁵ Cfr. Morris, Madeline, “High crimes and misconceptions”, *op.cit.*, 36-41.

¹²⁶ Cfr. Miranda, Jorge, Curso, *op.cit.*, 12 e ss..

¹²⁷ Cfr. Lietzau, William K., “International criminal law after rome”, *op.cit.*, 128, 135.

FERNANDO ARAÚJO

Parece incontrovertido que a jurisdição territorial é delegável para uma instância internacional, em certas circunstâncias;¹²⁸ mas não é de todo líquido que essa delegação, seja para outro Estado que não o territorial, seja para uma instância internacional, tenha eficácia *erga omnes*, ou seja, possa dar-se com a oposição do Estado de nacionalidade dos abrangidos por essa jurisdição delegada.

È que a legitimação do Estado com jurisdição territorial assenta evidentemente nos interesses de prevenção e de repressão relativos a actos cometidos *dentro do seu território*, e por isso essa legitimação perde-se se a jurisdição fosse transferida para um Estado em cujo território não tiveram lugar os actos *sub iudice* – sendo legítimo perguntar-se que nova legitimidade se apresenta a alicerçar as pretensões judiciais do Estado “*adquirente*”.

Madeline Morris dá o exemplo de um cidadão dos EUA que, estando detido em França e acusado de um crime lá cometido, é transferido para a Líbia, suponha-se que por troca com um cidadão francês detido na Líbia e acusado por um crime aí cometido; nesse caso compreende-se que os EUA não tenham base para se oporem ao julgamento do seu cidadão em França, mas tenham todas as razões para se oporem à “delegação” da jurisdição a favor da Líbia.¹²⁹

A existência de novas formas de jurisdição internacional ou supranacional não pode presumir-se, e deve antes ser provada, de acordo com a regra de prova do “Caso *Lotus*”, de que as restrições à independência e à soberania dos Estados não devem ser presumidas.¹³⁰ Um Estado que se arrogue novas formas de jurisdição universal – nomeadamente sobre os nacionais de outros Estados – deverá fazer prova da conexão dessas novas formas com interesses legítimos reconhecidos a esse Estado. O “caso *Lotus*” concluía, em conformidade, que a jurisdição universal se presume atribuída a um Estado – salvo se se fizer prova de que existe alguma norma proibitiva em Direito Internacional Público –, mas permitia ao mesmo tempo retirar um corolário contra quaisquer jurisdições que tivessem pretensões de supranacionalidade, porque elas por sua vez constituiriam restrições à independência dos Estados.

Nesses termos, não sendo o TPI um Estado que disponha de interesses próprios que possam legitimar quaisquer novas formas de jurisdição internacional distintas daquelas que pudessem ser-lhe delegadas pelos Estados-partes, tudo se joga, afinal, na possibilidade de delegação de jurisdição universal ou territorial dos Estados para o TPI, e na questão de saber se o acatamento consuetudinário que se reporta ao exercício daquela jurisdição por parte dos Estados pode considerar-se inalterado em sequência dessa “delegação”; ou se, pelo contrário, a delegação voluntária da parte dos Estados membros do

¹²⁸ Nadeiman, Ethan A., “The role of the United States in the international enforcement of criminal law”, *Harvard International Law Journal*, 31 (1990), 69-70.

¹²⁹ Cfr. Morris, Madeline, “High crimes and misconceptions”, *op.cit.*, 46.

¹³⁰ Cfr. Miranda, Jorge, Curso, *op.cit.*, 129; Pereira, André Gonçalves & Fausto de Quadros, Manual, *op.cit.*, 24, 27.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

TPI não pode constituir, relativamente a Estados terceiros, uma violação dos acordos e equilíbrios em que assentava aquele acatamento consuetudinário — uma violação do “*pacta sunt servanda*” por cessão de direitos não consentida pela contraparte.¹³¹

Poderia ainda admitir-se essa cessão se se provasse a inexistência de prejuízo para as contrapartes — no caso, a ausência de lesão dos interesses dos Estados terceiros —; mas vimos já que a “deslocação” da jurisdição para um tribunal internacional aumenta o risco para todos os Estados submetidos a essa jurisdição, não apenas pelas já referidas incidências do julgamento de “actos oficiais”, mas também no que respeita à limitação da discricionariedade com que os Estados entendam atribuir protecção diplomática e política a indivíduos, muitas vezes, como referimos, o preço a pagar para que a sucessão de regimes possa dar-se pacificamente dentro de um país,¹³² ou para que a paz possa triunfar e perdurar depois de um conflito interno.

Nestes termos, regressando ao paradigma da cessão e atendendo à bilateralidade das relações e acordos básicos em que assenta a formação das relações internacionais e do seu acervo consuetudinário, parece ser de adoptar aqui a regra da necessidade de consentimento, de acordo com o regime da cessão da posição contratual. Concluir-se-á que, de acordo com os princípios gerais de Direito, a delegação de jurisdição universal dos Estados para o TPI, mesmo que se entendesse como admissível, teria sempre que exigir o assentimento do Estado de nacionalidade do acusado, seja esse Estado, ou não, parte do TPI: o que é outra forma de concluirmos que o art. 12º do Estatuto do TPI, que dispõe diversamente, é uma violação do princípio da relatividade dos tratados internacionais.¹³³

2.4 Hipóteses de instauração de uma nova forma de jurisdição

Existe, em alternativa à noção de uma jurisdição universal delegada pelos Estados ao TPI, a possibilidade de, se argumentar que o Estatuto do TPI cria por si mesmo uma nova forma de jurisdição, capaz de abarcar nacionais de Estados terceiros. Isso poderia fundamentalmente dever-se a uma das seguintes hipóteses: a) ao facto de o Estatuto do TPI se limitar a espelhar interesses comuns da humanidade, integrando assim normas de *ius cogens*; b) ao facto de esse Estatuto gerar instantanea e espontaneamente um direito consuetudinário, um novo *ius cogens*, mormente quanto à possibilidade de jurisdição “exorbitando” para Estados terceiros; c) ao facto de o Estatuto expandir a jurisdição universal de base consuetudinária, à semelhança do que fazem os tratados que visam a coordenação internacional no combate ao terrorismo.

¹³¹ Cfr. Chinkin, Christine, *Third parties in international law*, Oxford, Clarendon, 1992, 58; Mann, F.A., *Studies in international law*, Oxford, Clarendon, 1973, 363.

¹³² Mas a esse respeito, cfr. Orentlicher, Diane F., “Settling accounts: The duty to prosecute human rights violations of a prior regime”, *Yale Law Journal*, 100 (1991), 2537 e ss..

¹³³ Cfr. Morris, Madeline, “High crimes and misconceptions”, *op.cit.*, 49-52.

2.4.A O Estatuto do TPI emergindo do *ius cogens*?

Mesmo que se admita que existem tratados que espelham interesses comuns da humanidade¹³⁴, que devam prevalecer inequivocamente sobre o domínio reservado da soberania estadual no âmbito de uma “Nova Ordem Internacional”,¹³⁵ isso não resolve dificuldades que possam emergir quanto à interpretação, por cada Estado, do que sejam esses interesses comuns, nem evita que um Estado possa discordar da distribuição internacional de encargos que surjam associados à prossecução desses interesses.

Por isso, da mera invocação da consagração de interesses comuns não deriva a força política para o acatamento, nem a força jurídica para a vinculação de países terceiros. Pelo contrário, no caso do TPI os EUA alegaram que os interesses comuns da humanidade ficariam melhor servidos, ao menos por enquanto, se a jurisdição do tribunal não abarcasse as missões de paz, de segurança e humanitárias que estão confiadas às forças militares norte-americanas, sendo que, pelo contrário, os EUA declararam resistir, como Estado terceiro, à pretensão de jurisdição universal que o art. 12º do Estatuto de Roma parece atribuir ao TPI.¹³⁶

Em suma, a ideia da existência de tratados com vocação universal é apenas uma nova forma de colocar o velho problema da vinculação de terceiros, agora transformada, como acabámos de referir, na questão da possibilidade de desacordo quanto ao que sejam interesses comuns da humanidade e quanto à distribuição dos encargos inerentes à prossecução e preservação desses interesses.¹³⁷

Em termos políticos, e nas palavras de William Lietzau, se é verdade que, como tantas vezes se insistiu na Conferência de Roma, não há paz sem justiça, não é menos verdade que não poderá haver justiça sem paz;¹³⁸ poderá querer dar-se, muito justamente, “*prioridade à questão humana sobre a estabilidade de regimes*”,¹³⁹ mas, salvo na hipótese de demonização absoluta do fenómeno “Estado”, não podemos esquecer que, numa das suas encarnações, o Estado é a forma de representação e tutela organizada dos nossos interesses pessoais, é a forma historicamente sedimentada de solução da “questão humana”, e que por isso a “justiça” que tantas vezes é internacionalmente reclamada é o fruto estridente de interesses particulares que tentam sobrepor-se à salvaguarda, mais discreta, dos interesses das massas, à tutela mais

¹³⁴ Cfr. Danilenko, Gennadii M., *Law-making in the international community*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1993, 64 e ss.

¹³⁵ Cfr. Carmona, Mafalda, “Conflitos armados não internacionais”, *op.cit.*, 370 e ss.; Pereira, André Gonçalves & Fausto de Quadros, *Manual*, *op.cit.*, 468 e ss.

¹³⁶ Scheffer, David J., “The United States and the international criminal court”, *American Journal of International Law*, 93 (1999), 19.

¹³⁷ Cfr. Morris, Madeline, “High crimes and misconceptions”, *op.cit.*, 56-57.

¹³⁸ Lietzau, William K., “International criminal law after Rome”, *op.cit.*, 126.

¹³⁹ Escarameia, Paula, “Quando o mundo das soberanias se transforma no mundo das pessoas”, *op.cit.*, 145.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

ras e as ratificações,¹⁷⁰ o que dificultaria por si só a adesão de Estados que tivessem formulado já reservas a Tratados internacionais respeitantes aos crimes abrangidos agora pela jurisdição do TPI, como sucede com as reservas formuladas pelos EUA à Convenção sobre o Genocídio.¹⁷¹

Isso revela precipitação na elaboração do Estatuto de Roma. Que o Estatuto foi concluído prematuramente, provam-no não apenas as circunstâncias conhecidas de conclusão do texto no último momento da Conferência de Roma, mas também o facto de a tipificação dos crimes estar incompleta – e por isso ser remetida para uma “Comissão Preparatória” a definição dos “Elementos Constitutivos dos Crimes” –, o facto de só supervenientemente se terem definido as principais regras de direito processual e probatório que assegurariam maior compatibilização do funcionamento do Tribunal com os sistemas alternativos do direito codificado e da “*common law*”, e o facto de o Estatuto ter ficado praticamente omissivo quanto ao crime de agressão, precisamente o mais politicamente carregado e o mais melindroso,^{172,173} no que ele poderá comportar de alteração às regras de funcionamento da ONU e do seu Conselho de Segurança.¹⁷⁴

Tem-se também acusado a ultimação precipitada do Estatuto de Roma de ter sido um processo “nebuloso”.¹⁷⁵ Note-se que a omissão de regras processuais perfeitamente definidas logo no momento da aprovação do Estatuto de Roma é já um sintoma de alguma leviandade – pois ninguém ignorará que a falta de especificação dessas regras, mais a mais em matérias do melindre das do direito penal, e num contexto em que era e é possível a coexistência de procuradores e juizes providos das mais diversas tradições judiciárias, abria o flanco a um “activismo judicial”, à criminalização por via de “*common law*”, com uma amplíssima admissão de discricionariedade que alguns aplaudem em tese geral¹⁷⁶ mas que é profundamente indesejável dentro de um

¹⁷⁰ Sendo que é nebulosa a própria distinção entre reservas e declarações – cfr. Caeiro, Pedro, “Ut Puras Servaret Manus”, *op.cit.*, 62.

¹⁷¹ Cfr. Bolton, John R., “The risks and weaknesses of the international criminal court from america’s perspective”, *op.cit.*, 169-170; Kirsch, Philippe, “The international criminal court: Current issues and perspectives”, *op.cit.*, 7-8, 10.

¹⁷² Cfr. Rodríguez, Cara Levy, “Note. Slaying the monster: Why the United States should not support the Rome treaty”, *op.cit.*, 828-832.

¹⁷³ Pense-se em especial nos perturbadores antecedentes criados pelo Tribunal Internacional de Justiça com a sua qualificação como “agressão” da intervenção estado-unidense na Nicarágua, uma qualificação obtida à revelia do Conselho de Segurança. Cfr. Escarameia, Paula, “Quando o mundo das soberanias se transforma no mundo das pessoas”, *op.cit.*, nº 148.

¹⁷⁴ Cfr. Kirsch, Philippe, “The International Criminal Court: Current Issues and Perspectives”, *op.cit.*, 9; Lietzau, William K., “Checks and balances and elements of proof: Structural pillars for an international criminal court”, *Cornell International Law Journal*, 32 (1999), 477 e ss.; Miranda, Jorge, Curso, *op.cit.*, 261; Pereira, André Gonçalves & Fausto de Quadros, Manual, *op.cit.*, 528 e ss.

¹⁷⁵ Cfr. Scheffer, David J., “The United States and the international criminal court”, *op.cit.*, 20.

¹⁷⁶ Cfr. Steiner, Sylvia Helena Figueiredo, “O tribunal penal internacional”, *op.cit.*, 102.

Tribunal que está distante das formas de legitimação e responsabilização política próprias dos regimes democráticos, constituído como é por funcionários que não representam o povo, não estão sujeitos directamente a formas de legiferação de base democrática e são dificilmente amovíveis,¹⁷⁷ tudo isso reflectindo uma visão arrogante e tutelar das relações internacionais que não recebia apoio doutrinário praticamente desde Platão.¹⁷⁸

O Estatuto do TPI, embora trate das relações do Tribunal com o Conselho de Segurança das Nações Unidas, deixa evidentemente em claro muitas questões melindrosas nesse relacionamento – como resulta, por exemplo, da indefinição quanto ao *crime de agressão*;¹⁷⁹ contudo, chegou a pensar-se que, para evitar agravamentos de tensões entre instituições internacionais e para não correr riscos que derivem da maior susceptibilidade de manipulação politico-ideológica desse tipo de crime, a sua definição viria a remeter para a exigência de uma verificação prévia, pelo Conselho de Segurança, de actos de agressão;¹⁸⁰ em todo o caso, não terá sido este o entendimento de muitos dos Estados participantes na Conferência de Roma, que, como já tivemos ocasião de sublinhar, viram na futura possibilidade de jurisdição do TPI sobre o crime de agressão, e na possibilidade de estabelecimento de critérios de demarcação entre agressão e uso legítimo da força, uma forma alternativa à do recurso ao Conselho de Segurança – ainda que fortemente condicionada pelo estatuído no art. 121º, 5 do Estatuto de Roma (que na prática permitirá aos Estados membros do TPI furtarem-se futuramente à jurisdição do Tribunal em matéria de “crime de agressão”).¹⁸¹

Dir-se-á que as precedentes considerações são ditadas por uma desnecessária transigência para com a lógica da *realpolitik*, à qual o Direito Internacional não tem que fazer concessões, nem deve; mas como condenar quaisquer concessões à *realpolitik*, se é o próprio Estatuto que – ao mesmo tempo que veda o recurso a reservas – permite aos Estados partes afastarem a jurisdição do TPI sobre crimes de guerra, por um período de sete anos, até à revisão do Estatuto (o “*opting-out*” do art. 124º do Estatuto do TPI)? Aliás, esse artigo, combinado com as pretensões de jurisdição universal enunciadas no art. 12º, acaba por acarretar uma consequência algo bizarra, e que é a de que um Estado-parte pode gozar de uma restrição de jurisdição que não benefi-

¹⁷⁷ Cfr. art. 46º do Estatuto.

¹⁷⁸ Como severamente observa Lietzau, William K., “International criminal law after Rome”, *op.cit.*, 122-123; cfr. Rubin, Alfred P., “The international criminal court”, *op.cit.*, 159.

¹⁷⁹ Cfr. Kirsch, Philippe, “The international criminal court: Current issues and perspectives”, *op.cit.*, 4.

¹⁸⁰ Como aliás já há muito fora sugerido. Cfr. Crawford, James, “Current developments: The ILC’s draft statute for an international criminal court”, *American Journal of International Law*, 88 (1994), 147.

¹⁸¹ Cfr. Hebel, Herman von & Daryl Robinson, “Crimes within the jurisdiction of the court”, in Lee, Roy (org.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, The Hague, Kluwer, 1999, 81-85; Lietzau, William K., “International criminal law after Rome”, *op.cit.*, 125; Wedgwood, Ruth, “The irresolution of Rome”, *op.cit.*, 212.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

cia Estados terceiros – não podendo excluir-se que, farisaicamente, um Estado ratifique o Estatuto apenas para “ganhar a moratória” quanto a crimes de guerra.

O mesmo tipo de concessões ao realismo, de compromissos da pureza dos princípios, poderão encontrar-se nos arts. 11º e 121º, 5 do Estatuto: o primeiro, como vimos, permite a um Estado “bloquear” o julgamento de um nacional seu através da ratificação do Estatuto, sendo esse “bloqueio” vedado se ele permanecesse na condição de Estado terceiro; o segundo sujeita à aceitação de um Estado parte a subordinação a novos tipos e elementos de crime não previstos presentemente no Estatuto do TPI (incluindo genericamente o “crime de agressão”), fazendo, pois, com que um Estado parte possa eximir-se *ad aeternum* da jurisdição do próprio TPI em que participa, quanto a novas formas de crime que tenham sido cometidas por nacionais desse Estado no território de outros Estados-partes; sendo que esses novos tipos e elementos são, presume-se, imediata e irrestritamente aplicáveis a Estados terceiros, *ex vi* do art. 12º.¹⁸²

Essas moratórias, tanto a do art. 121º,5 como a do art. 124º, também podem serem encaradas como concessões ao *realismo jurídico*: os Estados aguardam para ver como é o Tribunal em ação, e em função disso aceitarão, ou não, o peso total da sua jurisdição.¹⁸³ Não deixa de ser irônico que, no calor dos debates que levaram à elaboração do Estatuto de Roma e que acompanharam e acompanham a entrada em funcionamento do novo Tribunal, sejam tantos e tantos os países que criticam a recusa de ratificação do Estatuto do TPI por parte dos EUA com a alegação de que se trata, não de uma posição de princípio nem de uma cautela ditada pelo realismo jurídico, mas apenas de um expediente pragmático que visa evitar a criminalização das suas iniciativas militares – países que tantas vezes não têm as credenciais que os EUA apresentam quando à prossecução interna dos crimes cometidos pelos seus militares, e que, pelo contrário, se obstinam frequentemente na conservação de leis tão restritivas da extradição que elas funcionam em benefício de criminosos internacionalmente perseguidos.¹⁸⁴

Mas incompreensível seria, isso sim, que qualquer Estado (os EUA ou qualquer outro) não temperasse de realismo e prudência a sua adesão a uma nova instância jurisdicional cujas atribuições podem conflitar com a sua soberania – e, através dela, com os interesses concretos dos seus nacionais –.

¹⁸² Cfr. Lietzau, William K., “International criminal law after Rome”, *op.cit.*, 121, nº 7, pp. 127-128, 131-132.

¹⁸³ Como, com uma ponta de ironia, se afirma em: Wedgwood, Ruth, “The irresolution of Rome”, *op.cit.*, 193.

¹⁸⁴ Cfr. McNerney, Patricia, “The international criminal court: Issues for consideration by the United States senate”, *op.cit.*, 187.

Assim, e porque, como referimos, ninguém, nem o mais ingénio idealista, poderá acreditar que a ideia do TPI, e menos ainda o seu funcionamento efectivo, estão imunizados contra os embates da “*realpolitik*”, contra os compromissos que a praticabilidade imporá à prática judiciária nesse foro internacional,¹⁸⁵ só poderá razoavelmente esperar-se que o TPI seja tão efectivo quanto o permitir a vontade política colectiva que o apoia e o poder militar de uma aliança em que possa alicerçar-se a execução coerciva das suas determinações –¹⁸⁶ além da projecção que ele possa obter, junto à opinião pública internacional, quanto à integridade dos seus princípios e quanto ao rigor dos seus procedimentos.¹⁸⁷

Por fim, há, ou deve haver, a consciência de que muitos conflitos militares estão – têm estado – para lá da capacidade de resposta do Conselho de Segurança, e por isso se revelarão igualmente intratáveis e irresolúveis para o TPI: é quase certo que mais tarde ou mais cedo o TPI se enredará no problema dos territórios ocupados por Israel, mas muito dificilmente se pronunciará sobre a ocupação do Tibet pela China – não por uma questão de justiça, mas por uma questão de poder.

O mais provável é que o TPI se concentre em casos mais periféricos e limitados, em situações como a do Ruanda em que há flagrantes exemplos de genocídio¹⁸⁸ mas se dá um colapso do regime e por isso não há ostensivamente capacidade interna para promover imediatamente a perseguição dos criminosos – nem capacidade para resistir aos meios de que o TPI disponha para executar essa perseguição. Já em casos similares ao da ex-Jugoslávia é extremamente duvidoso que o TPI conseguisse ter um papel preventivo ou repressivo, dada a dificuldade logística para interferir com o desenvolvimento das operações militares no terreno e o fraco poder dissuasor de ameaças judiciárias face à importância dos interesses em jogo na guerra civil. Confrontados com as pressões secessionistas de eslovenos, croatas e bósnios, seria de esperar que o governo federal de Belgrado tivesse deixado de reagir agressivamente *apenas com o receio* de sanções da parte do TPI? Não parece.

Uma capitulação dos princípios? Decerto, porque não desembocámos de súbito num éden de cosmopolitismo e juridicidade por simples determinação de teóricos e militantes bem intencionados. O TPI está destinado a ser, como de resto todas as soluções jurídicas – porque são uma criação humana, ditada e legitimada por interesses reais –, não mais do que uma ilustração do velho princípio de que o Direito serve a vida, e não o oposto, de acordo com a intuição de que o Direito perde a sua legitimidade fundadora quando reclama em holocausto os interesses comuns que, individual e colectivamente, permitem à vida prosseguir.

¹⁸⁵ Cfr. Kirsch, Philippe & John T. Holmes, “Developments in international criminal law”, *op.cit.*, 3,4.

¹⁸⁶ Scheffer, David J., “Developments in international criminal law”, *op.cit.*, 21 e ss..

¹⁸⁷ Cfr. Bass, Gary Jonathan, “International law”, *op.cit.*, 2112.

¹⁸⁸ Cfr. Alvarez, Jose E., “Crimes of States/crimes of hate: Lessons from Rwanda”, *Yale International Law Journal*, 24 (1999), 365.