

Universidades Lusíada

Fernandes, Beatriz da Conceição da Silva

**A dimensão fragmentária da jurisdição do
Tribunal Penal Internacional : consequências ao
nível da justiça portuguesa**

<http://hdl.handle.net/11067/2862>

Metadados

Data de Publicação	2012
Resumo	<p>A criação do Tribunal Penal Internacional, após a experiência dos Tribunais Ad Hoc, reflecte a preocupação da comunidade internacional relativamente aos crimes contra a humanidade, crimes de guerra, genocídio e de agressão, bem como a ambição de desenvolvimento de um mecanismo permanente capaz de prevenir e reprimir essa mesma criminalidade. Para o efeito, pondera-se a garantia do direito à justiça e o fim da habitual impunidade, ressaltando-se a soberania dos Estados e a primazia da sua jurisdi...</p> <p>After the experience of the ad hoc Tribunals the creation of the International Criminal Court happens as a result of the international community's concern for crimes against humanity, genocide, aggression and war crimes. One of its ambitions is that of developing a permanent mechanism able to prevent and prosecute this type of criminality. For this purpose the guarantee of the right to justice and the end of the usual impunity comes into consideration, emphasizing the State sovereignty and primac...</p>
Palavras Chave	Direito, Direito internacional, Tribunal Penal Internacional
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-17T01:59:11Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**A DIMENSÃO FRAGMENTÁRIA DA JURISDIÇÃO
DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL -
CONSEQUÊNCIAS AO NÍVEL DA JUSTIÇA
PORTUGUESA**

Beatriz da Conceição da Silva Fernandes

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre
(Times New Roman 14 normal)

Porto, 2012



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**A DIMENSÃO FRAGMENTÁRIA DA JURISDIÇÃO
DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL -
CONSEQUÊNCIAS AO NÍVEL DA JUSTIÇA
PORTUGUESA**

Mestranda: Beatriz da Conceição da Silva Fernandes

Orientador: Professor Doutor Fernando de Sousa

Co-Orientador: Prof. Dr. Augusto Meireis

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre
(Times New Roman 14 normal)

Porto, 2012

AGRADECIMENTOS

Ao longo deste percurso, que foi o mestrado em ciências jurídico-criminais, aprendi não apenas conceitos novos, mas também aprendi a exercitar novas formas de pensar, de buscar informação, de organizar e sintetizar conhecimentos. Estes ensinamentos são obra de um corpo docente excelente a quem cabe aqui, expressar o meu sincero agradecimento. Ao Professor Doutor Mário Monte, ao Professor Doutor Manuel Porto e ao Professor Doutor Fernando Torrão, agradeço, penhorada.

Agradeço ao Dr. José Henrique Santos que, com o seu exemplo e incentivo, tem marcado todo o meu percurso.

Agradeço também ao Dr. Paulo Amorim, à Dr.^a Isabel Monteiro e todos os funcionários da biblioteca da Universidade Lusíada do Porto, cuja colaboração foi essencial para a conclusão deste trabalho.

Gostaria ainda de deixar expresso o meu agradecimento ao Professor Doutor Fernando Sousa e ao Prof. Dr. Augusto Meireis, meus orientadores, por todos os ensinamentos, conselhos úteis, valorosas sugestões e disponibilidade permanente que manifestaram.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS.....	I
ÍNDICE.....	II
RESUMO.....	IV
ABSTRACT.....	V
PALAVRAS- CHAVE.....	VI
LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	VII
INTRODUÇÃO.....	8
1 – ANTECEDENTES E FONTES DO TRATADO DE ROMA - A EXPERIÊNCIA DOS TRIBUNAIS MILITARES E DOS TRIBUNAIS “AD HOC”.....	12
1.1 - O Direito Internacional Humanitário – Evolução.....	13
1.2 - A primeira tentativa de um tribunal <i>ad hoc</i> falhada- O Tribunal Internacional Especial para Guilherme II.....	20
1.3 – O Tribunal Militar de Nuremberga e o Tribunal Militar de Tóquio.....	22
1.4- O Tribunal Penal Internacional para a Antiga Jugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda.....	30
2– GÉNESE E PRINCÍPIOS DE FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	37
2.1. – O Estatuto de Roma.....	38
2.2 – Jurisdição do Tribunal Penal Internacional.....	42
2.3 – Organização, Composição e Funcionamento.....	45
2.4. - Submissão aos princípios jurídico-penais universalmente reconhecidos e aceites....	46
2.5. – Princípio do não prejuízo do outro direito internacional.....	53
2.6 – Princípio da complementaridade ou subsidiariedade.....	56
2.7 – Princípio da imprescritibilidade.....	60
3– CONSEQUÊNCIAS NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA.....	66
3.1 – Questões prévias.....	66
3.1.1 - A questão da soberania jurisdicional do Estado.....	67
3.1.2. – Impacto constitucional.....	70
3.1.3 - A prisão perpétua.....	71
3.1.4 – Imunidades e outras prerrogativas penais.....	80
3.1.5 - A declaração interpretativa inserta nos instrumentos de aprovação e ratificação....	88
3.2 – Consequências actuais/futuras decorrentes da ratificação do Estatuto de Roma.....	91
3.2.1- Obrigações pelo princípio da complementaridade.....	91
3.2.2 – Obrigações de cooperação judicial.....	95
3.2.3 – Regime de detenção e entrega no Estatuto de Roma.....	98

3.2.4 – O Procedimento de entrega em confronto com o Direito Português.....	101
4 – CONSIDERAÇÕES DE POLÍTICA CRIMINAL.....	105
CONCLUSÃO	113
FONTES E BIBLIOGRAFIA.....	115
FONTES.....	115
SÍTIOS NA INTERNET	115
BIBLIOGRAFIA.....	116
ANEXOS.....	123
ANEXO I	124
The States Parties to the Rome Statute	124
ANEXO II	126
ANEXO III.....	127
ANEXO IV.....	128
ANEXO V	129
ANEXO VI.....	131

RESUMO

A criação do Tribunal Penal Internacional, após a experiência dos Tribunais *Ad Hoc*, reflecte a preocupação da comunidade internacional relativamente aos crimes contra a humanidade, crimes de guerra, genocídio e de agressão, bem como a ambição de desenvolvimento de um mecanismo permanente capaz de prevenir e reprimir essa mesma criminalidade. Para o efeito, pondera-se a garantia do direito à justiça e o fim da habitual impunidade, ressaltando-se a soberania dos Estados e a primazia da sua jurisdição, que à luz do princípio da complementaridade, previsto no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, prevalece nas relações entre a jurisdição do Tribunal e dos Estados Partes.

No contexto da implementação do Estatuto de Roma, é essencial que os Estados Partes reconheçam os crimes da competência do Tribunal Penal Internacional como sendo crimes internacionais, transpondo-os para as ordens jurídicas internas e simultaneamente preparem o seu ordenamento jurídico para o exercício da primazia da sua jurisdição ou para uma eventual actuação do Tribunal o que, a verificar-se, passará obrigatoriamente pelo cumprimento do dever de cooperação a que os Estados se obrigam pelo Tratado.

Neste âmbito, em Portugal, constatou-se a incompatibilidade de algumas disposições entre o Tratado de Roma e a Constituição da República Portuguesa, como, por exemplo, a questão das imunidades e da prisão perpétua, que obrigaram a uma revisão extraordinária da Constituição, para que o acto de ratificação do Tratado de Roma não fosse considerado inconstitucional. Verificou-se, também a necessidade de proceder a alterações legislativas no sentido de que os crimes da competência do Tribunal tivessem previsão no nosso ordenamento jurídico, ficando Portugal deste modo preparado para o exercício da sua jurisdição de acordo com o princípio da complementaridade previsto no referido Estatuto.

ABSTRACT

After the experience of the *ad hoc* Tribunals the creation of the International Criminal Court happens as a result of the international community's concern for crimes against humanity, genocide, aggression and war crimes. One of its ambitions is that of developing a permanent mechanism able to prevent and prosecute this type of criminality.

For this purpose the guarantee of the right to justice and the end of the usual impunity comes into consideration, emphasizing the State sovereignty and primacy of its jurisdiction, which in light of the principle of complementarity, established in the Rome Statute of the International Criminal Court, prevails in the relationship between the Court and Member States.

Within the context of implementation of the Rome Statute it is essential that Member States recognize the crimes under the competency of the International Criminal Court as international crimes, transposing them to their juridical system while simultaneously preparing their legal system for the exercise of primacy of their jurisdiction or a possible intervention by the Court, action which would ensure the fulfillment of the obligation of cooperation to which the States are bound to by the Treaty.

In this area it was noted in Portugal the incompatibility of some provisions of the Rome Treaty, regarding the Constitution of the Portuguese Republic, like the question of immunities and life imprisonment, which caused an extraordinary revision of the Constitution in order to be able to proceed with its ratification. There was also a need for legislative changes so that crimes within the jurisdiction of the Court would be equally predicted in our legal system, leaving Portugal like this prepared for the exercise of its jurisdiction in accordance with the principle of complementarity established under the above mentioned Statute.

PALAVRAS- CHAVE

Crimes contra a humanidade

Crimes de Guerra

Direito Internacional Humanitário

Direito Penal Internacional

Estatuto de Roma

Genocídio

Princípio da complementaridade

Tribunal Penal Internacional

LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

AR - Assembleia da República

CDI – Comissão de Direito Internacional

CRP - Constituição da República Portuguesa

DR – Diário da República

ETPI – Estatuto do Tribunal Penal Internacional

ETPIAJ – Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Jugoslávia

ETPIR – Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda

EUA - Estados Unidos da América

LC – Lei Constitucional

LPVDIH – Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário

ONU - Organização das Nações Unidas

TPI- Tribunal Penal Internacional

TPJI – Tribunal Permanente de Justiça Internacional

INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho propomo-nos abordar as implicações que a ratificação do Tratado de Roma de 1998, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, teve e terá no ordenamento jurídico português, e constitui a dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais a ser apresentada e defendida na Universidade Lusíada do Porto.

Da proposição referida resultam as duas grandes questões que orientarão o nosso trabalho.

A primeira diz respeito à caracterização do Tribunal Penal Internacional e à compreensão do Estatuto de Roma. Para tal, urge perceber os antecedentes históricos, nomeadamente o processo de desenvolvimento do direito internacional humanitário e do direito penal internacional que passou por diversos instrumentos legislativos como as Convenções de Genebra e pela criação dos tribunais militares de Nuremberga e Tóquio, numa primeira fase, e dos tribunais *ad hoc* para a Antiga Jugoslávia e Ruanda numa fase mais recente. Após a abordagem destas questões poderemos compreender a criação, através do Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional, instituição internacional de natureza judicial, criado através de um Tratado Internacional, com competência para julgar os crimes mais graves que afectam a humanidade: crimes contra a humanidade, crimes de guerra, de genocídio e de agressão, cometidos após 1 de Julho de 2002. Não sendo o objectivo deste trabalho o estudo exegético do Estatuto de Roma, importa ainda assim, o estudo de alguns dos seus princípios, nomeadamente aqueles que consideramos mais importantes: o princípio do não prejuízo do outro direito internacional, o princípio da imprescritibilidade, o princípio da complementaridade e a submissão aos princípios jurídico-penais universalmente reconhecidos e aceites.

A segunda questão diz respeito à problemática da influência concreta do Estatuto de Roma na nossa ordem jurídica, que se repercute em dois momentos distintos: primeiro, o que antecedeu a ratificação do Tratado, importando discutir as questões que se levantaram, nomeadamente a da soberania, a das imunidades e questão controversa da admissibilidade da prisão perpétua; segundo, já depois da entrada em vigor do Estatuto, impondo-se discutir quais os problemas que poderão vir a ser levantados ao Estado Português, nomeadamente as obrigações decorrentes do princípio da

complementaridade, as obrigações de cooperação e a questão da detenção e entrega de cidadãos, portugueses ou de outra nacionalidade aqui encontrados.

Elaboramos a presente dissertação conscientes de que qualquer uma destas questões seria por si só matéria suficiente para a elaboração de um trabalho científico autónomo, razão pela qual não é nosso propósito abordar estes assuntos de forma exaustiva mas apenas no enfoque que lhe assinalamos. Porém, o tratamento das questões principais que nos propomos abordar – como as consequências no nosso ordenamento jurídico da ratificação do Tratado de Roma – não seria compreensível sem a abordagem das matérias que as precedem. De fora, permanecem muitas outras questões de indiscutível interesse, tais como a caracterização jus-positiva e dogmática dos crimes previstos no Estatuto; os elementos psicológicos dos crimes previstos; as causas de exclusão da responsabilidade criminal; a responsabilidade criminal dos chefes militares; as questões suscitadas pelas matéria dos concurso de crimes ou de normas; e, em geral, todo regime processual-penal do funcionamento do tribunal, nomeadamente no que respeita ao papel e aos poderes do Juiz e do Procurador e à tramitação processual.

A escolha do nosso tema resultou do interesse e pretensão da autora em desenvolver um trabalho que possa traduzir-se num contributo válido para a afirmação do Direito Penal Internacional, tendo particularmente em vista que o Tribunal Penal Internacional celebra os 10 anos da sua entrada em funcionamento. Pretende-se, desta humilde forma, responder ao convite dirigido à comunidade internacional pela Assembleia dos Estados Parte do Estatuto de Roma de que esta oportunidade seja aproveitada para o desenvolvimento de estudos, realização de trabalhos e de iniciativas que sensibilizem para a actividade do tribunal e ajudem à reflexão sobre os seus objectivos.

Assim, com base na problemática suscitada, o presente trabalho será dividido em três partes.

Na primeira, propomos uma análise aos antecedentes e fontes do Tratado de Roma. Começando por estudar a evolução do Direito Internacional Humanitário, nomeadamente, as Convenções de Genebra e o Tratado de Versalhes, que, no final da Primeira Guerra Mundial, constituiu a primeira tentativa de criação de um tribunal para julgar crimes contra o Direito Internacional Humanitário, neste caso, por Guilherme II.

Analisaremos ainda a importância fulcral que a este nível desempenharam os dois Tribunais militares constituídos depois da Segunda Guerra Mundial, o Tribunal Militar de Nuremberga e o Tribunal Militar de Tóquio, caracterizados pelo facto de resultarem da vontade dos vencedores do conflito, e a importância dos dois tribunais *ad hoc*, para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda, que, apesar de terem características e objectivos distintos, são ambos temporalmente recentes e em comum têm o facto de terem sido criados por resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas, questão que, só por si, já levanta alguns problemas especialmente ao nível da legitimidade do próprio tribunal.

Na segunda parte analisaremos o processo que conduziu ao documento final denominado *Estatuto de Roma*, mas também os objectivos do tribunal, a sua organização, composição e, na medida do necessário, o seu modo de funcionamento. O que, por sua vez, só será de possível compreensão mediante a análise dos mais eminentes princípios subjacentes ao Tratado, desde logo os princípios jurídico penais universalmente reconhecidos e aceites: “*ne bis in idem*”, “*nullum crimen sine lege*”, “*nulla poena sine lege*” e o princípio da não retroactividade, mas também os princípios específicos deste tribunal, tais como: o princípio do não prejuízo do outro direito internacional, o princípio da imprescritibilidade e, o mais importante para a compreensão do carácter complementar do TPI, e o princípio da complementaridade, que por si só irá obrigar Portugal à introdução de previsões normativas no seu ordenamento jurídico.

Na terceira parte, abordaremos as questões que se levantaram a propósito e por causa da assinatura e ratificação do Tratado de Roma. E trata-se essencialmente de duas categorias de problemas: aqueles que condicionaram a ratificação do Tratado de Roma e que denominaremos de questões prévias; e aqueles que poderão no futuro vir a constituir problemas no que respeita à operacionalização do Estatuto e que passam, por um lado, por questões como a soberania dos Estados, a prisão perpétua, as imunidades e a consequente declaração interpretativa; por outro, pelos problemas decorrentes do princípio da complementaridade, das obrigações de cooperação a que Portugal se obriga e pelas obrigações de detenção e de entrega. Por fim, numa abordagem político-criminal, analisaremos o modo como os crimes previstos no ETPI são tratados em matéria de prevenção e investigação criminais.

Metodologicamente, seguiremos o que habitualmente se faz nas ciências sociais e humanas, privilegiando as fontes escritas, como o Estatuto de Roma, e consultando bibliografia científica, nacional e estrangeira, que considerarmos indispensável para a realização desta dissertação. No entanto, não podemos deixar de, desde já, aqui escrever uma pequena nota para mencionar a escassez da bibliografia nacional actualizada nestes assuntos.

1 – ANTECEDENTES E FONTES DO TRATADO DE ROMA - A EXPERIÊNCIA DOS TRIBUNAIS MILITARES E DOS TRIBUNAIS “AD HOC”

A necessidade que a Comunidade Internacional começou a sentir no fim do séc. XIX de proceder à criação de uma entidade judicial internacional para proteger a Humanidade é o resultado de um processo de institucionalização da sociedade internacional que passou numa primeira fase pela afirmação dos Estados e, mais tarde, pelo reconhecimento das Organizações Internacionais como sujeitos de Direito Internacional.

O conceito de crime internacional compreendido no seu sentido formal (previsão de uma infracção tipificada por norma internacional) e material, (que essa infracção seja violadora da ordem pública internacional) tem sido também lento, complexo, mas também evolutivo.

De acordo com Wladimir Brito¹, no que aos Estados diz respeito, a emergência do Direito Internacional remonta ao Tratado de Westphalia, de 1648, importante marco político europeu, que consagra os princípios da *pacta sunt servanda* e da resolução pacífica dos conflitos interestaduais como princípios nucleares do Direito e das relações internacionais entre Estados. As normas constantes da Paz de Westphalia são consideradas como verdadeiro direito público europeu e servirão de base a diversos Tratados posteriores, que se interligam de tal modo que acabam por constituir um verdadeiro *Corpus Iuris Gentium* europeu, a que se chamou *Carta Constitucional da Europa*², ao mesmo tempo que constituem um marco fundamental no desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, pois coloca o direito à liberdade religiosa como princípio fundamental e limite à soberania do Estado³. Relativamente às Organizações Internacionais, só após a afirmação do Estado enquanto sujeito internacional de Direito, é que ficaram criadas as condições para a sua emergência, o que só veio acontecer a partir do séc. XIX.

Durante o referido período de institucionalização, a justiça internacional é ainda uma justiça facultativa que depende da vontade dos Estados, não se vislumbrando então sinais claros da consciência da necessidade de uma Justiça Internacional, optando os

¹ BRITO, Wladimir. 2009. Processo Penal Internacional. In MONTE, Mário (Coord.). *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 212

² BRITO, Wladimir, 2008. *Direito Internacional Público*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 49

³ MACHADO, Jónatas E. M.. 2008. *Direito Internacional do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. Coimbra: Coimbra Editora, pág.369

Estados por uma ideia de resolução de conflitos através de negociações político-diplomáticas, que no período do Estado absolutista, é reconhecido apenas ao soberano, tendo exclusivamente este, o direito de julgar, por ser a justiça um direito do soberano.

Após a Revolução Francesa (1789), a independência dos Estados Unidos da América (1776) e a Constituição Americana (1787) surge uma nova concepção de justiça, assente na ideia de legalidade e que abrange também as relações internacionais, começando a emergir a ideia de uma justiça internacional, que apesar de continuar a ser facultativa, impõe-se que seja regulamentada. Resulta desta imposição a necessidade de regras processuais mínimas, sem que se possa ainda vislumbrar a criação de Tribunais, mas que faz renascer, por exemplo, a arbitragem, caída em desuso na Idade Média, mas utilizada já desde a antiguidade Greco-Romana⁴.

Mais tarde, já no século XX, o Direito Internacional começou a deixar de ser um direito unicamente vocacionado para as relações entre Estados, diplomáticas, pactícias e consulares, “para passar a ser também um direito que se preocupa com a pessoa humana nas suas relações recíprocas e com as instituições internacionais”⁵.

1.1 - O Direito Internacional Humanitário – Evolução

O Direito Internacional Humanitário, (em Portugal actualmente tutelado pelo regime constante da Lei n.º 31/2004 de 22 de Julho- Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário), como conjunto de princípios e valores que, numa situação de conflito bélico, tem como objectivo proteger as pessoas que não participam, ou já não participam no mesmo, limitando os efeitos dos conflitos armados, e ainda, o que regula os meios e os métodos de conduzir uma guerra, “caracteriza-se fundamentalmente pelo reconhecimento genérico da sua vigência pela comunidade internacional”⁶

A preocupação em regular o modo de condução das guerras remonta a civilizações antigas, muitas vezes desconhecidas entre si, que manifestavam uma preocupação comum, proibindo e condenando actos causadores de sofrimento desnecessário à população civil sobretudo mulheres e crianças. A estas preocupações de protecção viria mais tarde a chamar-se de *leis da humanidade*. Na Antiguidade Clássica, desde a Grécia antiga aos impérios do Oriente (Chinês, Egípcio, Babilónico Persa e

⁴ Neste sentido: BRITO, Wladimir. “Processo Penal Internacional”, op. cit., pág. 213

⁵ BRITO, WLADIMIR. “Processo Penal Internacional” loc. cit., pág 218

⁶ PRATA, Ana; VEIGA, Catarina; VIALONGA, José Manuel (Dir.). 2009. *Dicionário Jurídico Direito Penal e Direito Processual Penal*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, volume II, pág. 181

Assírio) pese embora a lógica da guerra que procurava sempre a destruição do inimigo, havia já a preocupação de conduzir os actos bélicos no sentido de regular o tratamento dos prisioneiros de guerra.⁷

Posteriormente, na época dos filósofos do cristianismo, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, inspirados no direito natural, exaltaram a importância das ditas *leis da humanidade*, que impunham limites estritos à conduta dos beligerantes e ao modo de tratamento dos não combatentes, doentes, feridos e prisioneiros de guerra. Tratava-se de uma espécie de “direito humano positivo”⁸, não porque estivesse positivado, mas porque lograra concitar uma aceitação genérica por parte dos cidadãos das nações ditas civilizadas⁹. Destas convicções, de vários povos, de várias religiões e em várias nações, consideradas portanto, inerentes à pessoa humana, de valor absoluto, imutável e inalienável, foram-se constituindo os princípios relativos às condutas em tempo de guerra e ao tratamento a dar às populações civis. Estes, tutelados por imposições mais morais do que jurídicas, foram posteriormente sistematizados e positivados dando origem ao Direito Internacional Humanitário.

Nesta fase, dos primeiros passos do desenvolvimento do direito internacional humanitário, não poderia deixar de ser feita referência à intervenção inovadora de Gustavo Moynier¹⁰, um dos fundadores e durante muito tempo presidente da Cruz Vermelha, que em 03 de Janeiro de 1872, manifestou a sua consternação perante os crimes de guerra cometidos durante o conflito entre a França e a Prússia de 1870-1871, através da proposta intitulada “Um projecto de Convénio relativo à instituição de um órgão judicial internacional para prevenção e a repressão das violações à Convenção de Genebra” que, por alguns, é considerada a primeira proposta de criação de uma jurisdição universal para julgar os crimes contra a pessoa humana, mediante tratado de um Tribunal Internacional.

Apesar de actualmente a distinção ser apenas uma referência histórica, aponta-se a origem do Direito Internacional Humanitário no Direito de Genebra (de 1854, data da

⁷ FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco. 1995. *O Princípio da Não Ingerência e o Direito Internacional Humanitário*. Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXI, Coimbra, pág. 381 a 384

⁸ FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco. 2009. *Os crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*. Coimbra: Edições Almedina, pág. 54.

⁹ Estes princípios humanitários não são exclusivos do cristianismo. Também o islamismo e o judaísmo os exaltavam, numa preocupação essencialmente espiritual, com reflexos em termos organizacionais, influenciando as civilizações ocidentais onde se encontravam estabelecidos, nomeadamente a Península Ibérica, França e Espanha.

¹⁰ Comité Internacional da Cruz Vermelha. Genebra. [consult. 13.Out.2011] Disponível na internet em: <<http://www.icrc.org/eng/resources/documents>

primeira convenção) e no Direito de Haia de 1899 e de 1907, unificadas pelos Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, adoptados em 08 de Junho de 1977. Historicamente, a questão colocou-se neste momento pois foi a partir da segunda parte do séc. XIX que começaram a surgir os conflitos militares massivos, novas tecnologias de destruição e novos meios de combate. O primeiro, o Direito de Genebra, refere-se ao direito humanitário em sentido restrito, tendo como objectivo a protecção das populações civis, alheias aos conflitos armados (como profissionais de saúde e de socorro) e também aqueles que já não participam nas hostilidades (soldados feridos, náufragos, doentes e prisioneiros de guerra). O segundo, *Convenção para a Regulação dos Conflitos Internacionais*, ou Direito de Haia, refere-se ao direito da guerra, e estabelece entre as partes em conflito as respectivas obrigações, direitos e meios a utilizar durante os conflitos militares.¹¹ Surge aqui o primeiro esboço do conceito de crime internacional, quando se qualificam como crimes internacionais os crimes de guerra; porém, esta construção, curiosamente, só poderia levar à responsabilidade civil dos Estados, não sendo, por isso, possível determinar qualquer tipo de responsabilidade internacional individual¹². O seu surgimento justifica-se nesta data, por ser a partir da segunda parte do séc. XIX que se verificou o aparecimento de conflitos massivos, novas tecnologias de destruição e novos meios de combate.

A Convenção de Genebra, assinada em 22 de Agosto de 1864, tem por objectivo a protecção de uma categoria específica de vítimas: os militares feridos durante os conflitos. Para o efeito, define deveres de protecção relativos ao pessoal e transportes sanitários para que possa ser prestado o efectivo socorro às vítimas no decurso dos conflitos. No entanto, em termos práticos, revelou-se pouco eficaz, porquanto não possuía qualquer sanção para a violações das suas disposições. Esta Convenção virá a ser alvo de diversas revisões e aditamentos. A primeira alteração, de 1906, constitui uma revisão e desenvolvimento da Convenção de Genebra e passa a integrar algumas disposições sobre os militares feridos em batalha. A segunda alteração acontece em 1929 e por ela são adoptadas as Duas Convenções de Genebra; a primeira é uma

¹¹ Inicialmente mais ambiciosa esta Convenção tinha como objectivo a regulação de todos os problemas relativos à manutenção de paz e à condução de guerra. Pretendia que fosse restringida a tradicional liberdade que os Estados possuíam de recorrer à força para a resolução de conflitos e introduz diversas soluções para a resolução pacífica dos conflitos. Por outro lado, aceitou-se como inevitável a eclosão cíclica de guerras havendo por isso necessidade de as regular quer em termos de meios, como de modos e de métodos a utilizar. Estas normas são por regra aceites e adoptadas pelos Estados como expressão codificada do direito costumeiro internacional.

¹² BRITO, Wladimir, *Direito Internacional Público*, pág. 514.

simples revisão da Convenção de Genebra de 1906 (sobre a sorte dos feridos e doentes dos exércitos em campanha); a segunda é a Convenção de Genebra relativa ao tratamento de prisioneiros de guerra. Estas representam um avanço significativo em termos da aplicação do direito internacional humanitário uma vez que, e ao contrário das suas precedentes, estabelecem um sistema de controlo da sua observância e de repressão às suas violações.

Em 1949, são assinadas as Quatro Convenções de Genebra aprovadas sob a égide do Comité Internacional da Cruz Vermelha¹³.

Estas convenções definem, designadamente, o que se entende por combatente, prevêm normas sobre a protecção dos feridos e prisioneiros de guerra, das populações civis (área coberta pela quarta convenção e até aqui negligenciada), dos hospitais e centros de assistências médica e adiantam já a previsão de responsabilidade penal dos autores de infracções cometidas. São elas:

Convenção I - Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha;¹⁴

Convenção II – Convenção de Genebra para melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos Das Forças Armadas no Mar, de 12 de Agosto de 1949.¹⁵

Convenção III – Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 12 de Agosto de 1949¹⁶

Convenção IV, Convenção de Genebra Relativa à Protecção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, de 12 de Agosto de 1949¹⁷.

¹³ A Cruz Vermelha, fundada pelo Suíço Gustavo Moynier e por Henri Dunant, em 1863, denominada à data da sua fundação de *Comité Internacional e Permanente de Socorro aos Militares Feridos*, é o resultado das iniciativas laicas de prestação de serviços de assistência humanitária e tinha como objectivo inicialmente socorrer os feridos de guerra, diversificando posteriormente a sua actividade a maioria relacionada com a protecção e o auxílio a vítimas de conflitos. (Ver BRITO, Wladimir, *Direito Internacional Público*, pág.447). Foi pensada quando, após a batalha de Solferino, em Julho de 1859, Henri Dunant, chocado pela visão de centenas de feridos de guerra, que sem qualquer cuidado médico acabavam por morrer, escreveu o livro *Souvenirs de Solferino* no qual propôs a criação de entidades voluntárias vocacionadas para a prestação de assistência humanitária baseadas em princípios de humanidade, neutralidade, independência e imparcialidade.

¹⁴Gabinete de documentação e direito comparado da Procuradoria-Geral da República [consult. 09 Fev.2012. Disponível na internet em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dih-conv-I-12-08-1949.html>

¹⁵ Gabinete de documentação e direito comparado da Procuradoria-Geral da República [consult. 09 Fev.2012. Disponível na internet em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dih-conv-II-12-08-1949.html>

¹⁶ Gabinete de documentação e direito comparado da Procuradoria-Geral da República [consult. 09 Fev.2012. Disponível na internet em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dih-conv-III-12-08-1949.html>

Todas estas convenções foram assinadas em 12 de Agosto de 1949 pela Conferência Diplomática destinada a elaborar as Convenções Internacionais para a Protecção das Vítimas da Guerra, que reuniu em Genebra de 21 de Abril a 12 de Agosto de 1949 e entraram em vigor na ordem internacional, a 21 de Outubro de 1950. Em Portugal foram assinadas a 11 de Fevereiro de 1950 e a aprovação para ratificação foi feita através do Decreto-Lei n.º 42 991, de 26 de Maio de 1960. Os depósitos do instrumento de ratificação tiveram lugar em 14 de Março de 1961, tendo entrado em vigor na nossa ordem jurídica em 14 de Setembro de 1961.

Pela importância do seu conteúdo é de realçar o art.º 3º, comum a todas elas, onde se estabelecem as normas essenciais que as partes devem observar mesmo em conflitos internos:

No caso de conflito armado que não apresente um carácter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada aplicar, pelo menos, as seguintes disposições:

1) As pessoas que não tomem parte directamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção, ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de carácter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo.

Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas:

a) As ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios;

b) A tomada de reféns;

c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes;

d) As condenações proferidas e as execuções efectuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

2) Os feridos e doentes serão recolhidos e tratados.

¹⁷ Gabinete de documentação e direito comparado da Procuradoria-Geral da República [consult. 09 Fev.2012. Disponível na internet em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-IV-12-08-1949.html>>

Um organismo humanitário imparcial, como a Comissão Internacional da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às partes no conflito.

As Partes no conflito esforçar-se-ão também por pôr em vigor, por meio de acordos especiais, todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção.

A aplicação das disposições precedentes não afectará o estatuto jurídico das Partes no conflito

Em 1977 são adicionados dois protocolos adicionais a estas Convenções:

Protocolo I - Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais, adoptado a 8 de Junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos conflitos armados. Entrou em vigor na ordem internacional em 7 de Dezembro de 1979. Relativamente a Portugal a sua assinatura foi em 12 de Dezembro de 1977, aprovado para ratificação pela resolução da Assembleia da República n.º 10/92, de 1 de Abril e publicada no Diário da República, I Serie-a, n.º 77/92. Foi ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 10/92, de 1 de Abril, publicado no Diário da República, I Serie-a, n.º 77/92, feito o depósito do instrumento de ratificação em 27 de Maio de 1992 e entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa a 27 de Novembro de 1992.¹⁸ Este protocolo reforça a protecção das vítimas dos conflitos internacionais;

Protocolo II - Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais Adoptado a 8 de Junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos conflitos armados, entrou em vigor na ordem internacional a 7 de Dezembro de 1978. Relativamente a Portugal foi assinado a 12 de Dezembro de 1977, aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 10/92, de 1 de Abril, publicada no Diário da República, I Serie-a, n.º 77/92. Foi ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 10/92, de 1 de Abril, publicado no Diário da República, I Serie-a, n.º 77/92, feito o depósito do instrumento de ratificação em 27 de Maio de 1992 e entrou em vigor na

¹⁸ Gabinete de documentação e direito comparado da Procuradoria-Geral da República [consult. 09 Fev.2012. Disponível na internet em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-I-conv-genebra-12-08-1949.html>>

ordem jurídica portuguesa a 27 de Novembro de 1992.¹⁹ Este protocolo reforça a protecção das vítimas dos conflitos não internacionais.

Os dois protocolos adicionais surgem como uma resposta às consequências humanitárias da descolonização e que não se encontravam totalmente cobertas até ao momento por os textos anteriores se referirem apenas a conflitos armados internacionais.

Por fim, em 8 de Dezembro de 2005 foi assinado o último Protocolo adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, relativo à adopção de um Emblema Distintivo Adicional (Protocolo III), o cristal vermelho, e que entrou em vigor em 14 de Janeiro de 2007²⁰.

Como resultado das imposições constantes das referidas Convenções de Genebra e dos seus Protocolos Adicionais aproximadamente 200 Estados (a quase totalidade dos sujeitos primários da comunidade internacional) incluíram nas suas leis nacionais as disposições relativas à protecção da população civil, tratamentos de prisioneiros de guerra, dos doentes, dos náufragos, etc.²¹

Para este sucesso foi fundamental a intervenção da Cruz Vermelha.

No que respeita aos tribunais penais, iremos de seguida fazer uma análise enquadrando-os no seu contexto histórico específico (uma vez que cada um é o resultado das exigências concretas da sua época histórica, reflectindo o que era jurídico e politicamente possível), analisaremos a sua legitimação e os pressupostos da sua jurisdição, bem como as suas falhas e os seus contributos positivos, numa visão global de cada um, como “etapas de um caminho”²².

¹⁹ Gabinete de documentação e direito comparado da Procuradoria-Geral da República [consult. 09 Fev.2012. Disponível na internet em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-II-conv-genebra-12-08-1949.html>>

²⁰ Comité Internacional da Cruz Vermelha. Genebra. [consult. 09 Fev.2012. Disponível na internet em: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/615?OpenDocument>>

²¹ FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco, *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*, op. cit., pág. 59

²² Deste modo de refere Pedro Caeiro ao percurso desde o Julgamento de Nuremberga ao Estatuto de Roma, em referência a uma palestra com o título “From Nuremberga to Rome”, proferida em 1998 por Benjamin Ferencz, Procurador americano no julgamento de Nuremberga e notável defensor actual do Tribunal Penal Internacional. CAEIRO, Pedro. 2002. “Tribunais Penais Internacionais: etapas de um caminho ou astros em constelação”, *Revista Brasileira em Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 37, pág. 98

1.2 - A primeira tentativa de um tribunal *ad hoc* falhada- O Tribunal Internacional Especial para Guilherme II

Um momento marcante no desenvolvimento do direito penal internacional remonta ao rescaldo da I Guerra Mundial²³, em 28 de Junho de 1919, quando o Tratado de Paz de Versailles²⁴ determinou a criação de tribunal penal internacional que permitiria o julgamento de dirigentes e pessoal militar alemão que tivessem cometido actos de violação às “ Leis e costumes da guerra”, ou à “moralidade e santidade dos tratados”. Em concreto, o seu art.º 227 permitia o julgamento do Imperador Germânico Kaiser Guilherme II²⁵, constituindo a primeira vez na história em que um indivíduo é jurídico-penalmente responsabilizado pela prática de crimes de guerra²⁶. Por outro lado este Tratado institui também a possibilidade de julgar neste tribunal internacional indivíduos que tenham violado os costumes de guerra e que tenham cometido crimes contra cidadãos de mais de um Estado, deixando para cada Estado aliado a possibilidade de levar a julgamento os acusados da prática de crimes contra os respectivos nacionais,

²³ Em Janeiro de 1919 foi criada a Comissão dos Quinze Membros, com o objectivo de investigar as responsabilidades relacionadas com o conflito da Primeira Guerra Mundial, elaborando posteriormente um relatório do qual constassem as violações às leis e costumes de guerra praticados ao longo do conflito pelas forças do Império Germânico bem como pelos seus aliados. Das suas conclusões retira-se que a condução das hostilidades baseou-se no uso de métodos bárbaros e ilegítimos que constituíam flagrantes violações das regras existentes relativas aos conflitos armados e das mais elementares leis da humanidade. Consideram-se dois tipos de crimes: os que se podiam considerar crimes de guerra e outros que fugiam a este conceito: deportação de civis, prostituição forçada, morte de reféns etc., estes, violadores dos princípios de justiça universal baseados na filosofia escolástica e do direito natural. Concluiu-se que deveria haver uma responsabilização criminal dos indivíduos responsáveis por tais infracções, enquanto “indivíduos órgãos” que agem na qualidade de agente público.

²⁴ Da parte VII do Tratado de Versailles, com o título “Penalidades”, destacavam-se três artigos:

O art.º 228º em que o governo alemão reconhece à Potências aliadas e associadas a liberdade de fazer julgar pelos seus tribunais militares as pessoas acusadas de terem praticado actos contrários às leis e costumes de guerra, a quem as penalidades previstas pelas leis serão aplicadas. Disposição esta, que será aplicável não obstante quaisquer processos ou diligências ante uma jurisdição da Alemanha ou dos seus aliados, e onde governo alemão se comprometia a entregar às potências aliadas associadas, ou àquela de entre elas que lhe dirigir o pedido, todas as pessoas que, sendo acusadas de ter cometido um acto contrário às leis e costumes de guerra.

O artigo 229º em que define que os autores de actos contra os nacionais de uma das potências aliadas e associadas serão julgados pelos tribunais militar dessa potência, compostos de vogais pertencentes aos tribunais militares das Potências interessadas, e onde se prevê que, o réu terá o direito de designar ele próprio o seu advogado.

Por fim no artigo 230º o governo alemão compromete-se a fornecer todos os documentos e informações, de qualquer natureza que sejam, cuja produção for julgada necessária para o pleno conhecimento dos actos incriminados, a descoberta dos culpados e a apreciação exacta das responsabilidades.

²⁵Yale Law School. *The avalon project Documents in law, history and diplomacy*. YALE [consult. 06.Jan.2012

Disponível na internet em: < http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/versailles_menu.asp

²⁶ BRITO, Wladimir, “Processo Penal Internacional” in *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, op. cit., pag. 216

impondo à Alemanha a obrigação de os entregar, bem como de fornecer toda a documentação necessária.

Diversas circunstâncias, com particular destaque para a recusa dos Países Baixos em entregar o Kaiser Guilherme II, reflectiram a impreparação e a dificuldade de a comunidade internacional, essencialmente dominada pelos Estados, lidar com esta nova realidade, impediram o seu julgamento e, deste modo, o tribunal nunca chegou a entrar em funcionamento, ficando pois sem efeito a primeira tentativa de julgamento internacional de responsáveis políticos.²⁷ Também os restantes criminosos de guerra (inicialmente os acusados eram cerca de 896) beneficiaram da clemência dos tribunais alemães. Poucos foram julgados, e dos que o foram, (apenas 45 no processo Leipzig em 1921) somente nove foram condenados e, ainda assim, estas condenações, foram essencialmente simbólicas.

Conclui-se destas experiências que, neste período, não havia sintonia entre o direito substantivo e os meios adjectivos para a sua concretização. Via-se o direito substantivo com um valor mais simbólico do que real, como um repositório de princípios e meras declarações de intenções, ao mesmo tempo que o positivismo que marcava a época considerava o direito internacional uma realidade puramente interestadual o que dificultava também a efectivação dos princípios de respeito pelos direitos humanos²⁸.

Vivia-se, portanto, um sentimento de impunidade pessoal, a coberto das funções políticas exercidas, que, na opinião de alguns autores, foi responsável pelas atrocidades da Segunda Guerra Mundial.

²⁷ Houve também uma tentativa de julgamento de turcos pelo genocídio do povo arménio, tentativa, essa, também falhada. A este propósito refira-se que em 28 de Maio de 1915, os governos da França, Grã-Bretanha e Rússia fizeram uma declaração conjunta onde denunciavam os massacres da população arménia na Turquia defendendo que se tratavam de crimes contra a humanidade e civilização, reclamando a responsabilidade penal internacional dos agentes envolvidos na sua execução material bem como dos membros do governo turco. Estes massacres caracterizaram-se pela deportação forçada (e morte inevitável durante as caminhadas) de 1,5 milhões de pessoas de origem arménia, entre os anos de 1915 e 1917, residentes no Império Otomano, com a intenção de exterminar sua presença cultural, económica e o seu ambiente familiar, e ocorreu durante o governo dos chamados Jovens Turcos. O tratado original, de Sévres, em conformidade com a declaração de Maio de 1915, previa o julgamento dos responsáveis por este genocídio bem como dos responsáveis pelos massacres dos cidadãos turcos de etnia grega. No entanto este tratado nunca foi ratificado e por influência dos EUA no Tratado de Lousanne de 1923 foi incluída uma Declaração de Amnistia para as infracções cometidas no período compreendido entre 1914 e 1922. Refira-se que uma amnistia pressupõe sempre o crime objecto da mesma e o facto de não ter sido investigado e punido não é prova que não tenha existido. No entanto, o termo genocídio continua a ser recusado pelos Turcos que discordam do número de arménios mortos durante este período, defendendo que não terão sido mortos mais de 500 mil. A 23 de Janeiro de 2012 o Senado francês votou a criminalização da negação do genocídio.

²⁸ MACHADO, JÓNATAS E.M., *Direito Internacional do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, op. cit., pág. 405

1.3 – O Tribunal Militar de Nuremberga e o Tribunal Militar de Tóquio²⁹

No período que antecede a Segunda Guerra Mundial o direito humanitário tinha tido como marcos principais o Direito de Genebra e o Direito de Haia ou a “Lei de Haia”³⁰. O Direito de Genebra sobre conflitos armados de 1864 tinha sofrido algumas consolidações com as convenções de 1929 sobre feridos e prisioneiros de guerra. O Direito de Haia de 1899 e 1907 estabelecia as condutas de guerra particularmente no que se referia a feridos e enfermos e tinha havido uma tentativa falhada de julgar Guilherme II no fim da Primeira Guerra Mundial.

Será necessária a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) para que figuras de topo na hierarquia militar, e não só, sejam levadas a julgamento, acusadas de crimes contra a humanidade.

1.3.1 – Tribunal Militar de Nuremberga

O fim da Segunda Guerra Mundial obrigou a uma reflexão sobre a questão dos tribunais, quer a nível estadual, quer ao nível de responsabilização individual; a nível estadual o Tribunal Permanente de Justiça Internacional da Sociedade das Nações foi substituído pelo Tribunal Internacional de Justiça da Organização das Nações Unidas;³¹ ao nível da responsabilização individual, os acontecimentos cruéis da Segunda Guerra Mundial, com destaque para o holocausto que vitimou milhões de pessoas às mãos dos alemães e a brutalidade da agressão japonesa contra os chineses, ditou uma actuação ética e jurídica distinta da que tinha acontecido no fim da Primeira Guerra Mundial, formando-se um assinalável consenso favorável à condenação dos responsáveis.

De acordo com José de Matos Correia³², foram vários os acontecimentos que reflectiram esse consenso a nível da comunidade internacional:

- A Declaração de St. James de 13 de Janeiro de 1942, em que representantes de nove governos no exílio afirmam ser um dos seus objectivos principais a punição dos crimes de guerra independentemente

²⁹ Yale Law School, *The avalon project documents in law, history and diplomacy*. YALE [consult. 13.Dez.2011]

Disponível na internet em: < http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/imt.asp

³⁰ Deste modo se refere ao “Direito de Haia” MACHADO, Jónatas E. M. 2008. *Direito Internacional do Paradigma Clássico ao Pós-II de Setembro*. Coimbra: Coimbra Editora,.

³¹ CORREIA, José de Matos. 2004. *Tribunais Penais Internacionais – Colectânea de Textos*, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, pág. 15

³² CORREIA, José de Matos. *Tribunais Penais Internacionais*, op.cit. pág. 16

da sua nacionalidade, respectiva qualidade, categoria ou posição hierárquica;

- A formação da Comissão das Nações Unidas para os Crimes de Guerra em 17 de Outubro de 1943; esta Comissão, tendo constatado que os crimes praticados pelas potências do Eixo não se enquadravam na categoria tradicional dos crimes de guerra, alertou os governos aliados para a necessidade de haver uma punição dos seus responsáveis;
- A Declaração de Moscovo, de 3 de Novembro de 1943, das três potências – Estados Unidos da América, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e Reino Unido, em nome das trinta e cinco nações aliadas.³³

A declaração final desta conferência refere-se expressamente às “atrocidades, massacres e de execuções em massa e a sangue-frio, que estão a ser perpetradas pelas forças hitlerianas” e determina a vontade de perseguir, em cada país libertado dessas forças, os responsáveis por crimes aí cometidos, e de punir também “criminosos alemães cujas ofensas não tenham uma localização geográfica particular e que serão punidos por decisão conjunta dos governos dos aliados”, ficando deste modo preparado o caminho para a criação de um tribunal de natureza militar para o julgamento dos criminosos de guerra nazis.

Os contornos jus positivos desta solução ficaram estabelecidos mediante a celebração do *Acordo para a Acusação e Punição dos Principais Criminosos de Guerra do Eixo Europeu*, habitualmente designado por Acordo de Londres³⁴, que no seu n.º 1 definia o principal objectivo: o estabelecimento de um Tribunal Militar Internacional para o julgamento dos criminosos de guerra cujo os actos praticados não tivessem uma localização geográfica particular e quer fossem acusados individualmente quer o fosse na sua qualidade de membros de organizações

Em anexo ao Acordo de Londres³⁵, por força do seu n.º 2, a *Carta do Tribunal Militar Internacional* definia, no art.º 6º, a jurisdição deste tribunal: crimes contra a

³³ CORREIA, José de Matos. *Tribunais Penais Internacionais*, op.cit. pág. 57

³⁴ Celebrado em 08 de Agosto de 1945, entre os Governos dos Estados Unidos, do Reino Unido, da França e da União Soviética, foi o resultado de um debate e confronto entre dois sistemas jurídicos diferentes: o anglo-americano (representado pelos EUA e reino Unido e o euro continental (França e URSS).

³⁵ Yale Law School. *The avalon project Documents in law, history and diplomacy*. YALE [consult. 06.Jan.2012]
Disponível na internet em: < <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp>

paz³⁶, crimes de guerra³⁷ e, finalmente, crimes contra a humanidade. Esta codificação, que é a primeira a conter os elementos típicos destes crimes, será, no futuro, o núcleo de todos os desenvolvimentos normativos em termos de Direito Internacional Humanitário, o que prova a sua centralidade.³⁸

Por outro lado, o processo penal de Nuremberga, é frequentemente referido como a emergência de um paradigma processual penal internacional, uma vez que “consagra sem equívocos princípios penais internacionais que posteriormente vieram a ser adoptados nos tribunais penais internacionais”³⁹

O Estatuto dividiu os criminosos em duas categorias: por um lado a categoria dos grandes criminosos, constituída pelos dirigentes máximos e cuja actuação não podia ser geograficamente circunscrita; e, por outro, a categoria dos criminosos menores constituída por aqueles que no território de um Estado executavam as acções dos dirigentes máximos. Desta divisão resulta uma repressão de carácter internacional exercida pelo Tribunal de Nuremberga e outra repressão de carácter nacional exercida por órgãos jurisdicionais nacionais.⁴⁰ Os trabalhos do julgamento, com duração de 218 dias tiveram início em 20 de Novembro de 1945 e foram quatro os pontos de acusação:

- a) Conspiração;
- b) Crimes contra a paz;
- c) Crimes de guerra;
- d) Crimes contra a Humanidade,

³⁶ Integram a qualidade de crimes contra a paz, de acordo com o artigo 6º, n.2, alínea a) os seguintes crimes: o planeamento, a preparação, o início ou o desenvolvimento de uma guerra de agressão ou de uma guerra que viole os tratados internacionais, acordos ou compromissos ou a participação num plano ou conspiração comum para a realização de alguma dessas acções.

³⁷ Crimes de guerra nos termos do artigo 6º, n.2, alínea b) violações das leis ou dos costumes de guerra, incluindo, mas não se esgotando, os seguintes actos: homicídio, maus tratos ou deportações para trabalho escravo ou para qualquer outro fim de populações civis de ou num território ocupado, o homicídio ou maus tratos de prisioneiros de guerra ou de pessoas nos mares, a morte de reféns a pilhagem de propriedade pública ou privada, a desenfreada destruição de cidades ou vilas ou a devastação não justificada por necessidades militares.

³⁸ Neste sentido José Manuel Pureza. 2001. “Da cultura da impunidade à judicialização global: O Tribunal Penal Internacional”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 60, Outubro, pp.121-139, que aponta o conteúdo substantivo de Nuremberga como sendo o núcleo da primeira versão do Projecto de Código sobre Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade, apresentada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1954 bem como do seu Código aprovado pela Comissão de Direito Internacional em 1996, que, “apesar de actualizar o alcance do critério definidor adoptado anteriormente e ensaiar algum distanciamento conceptual relativamente à figura dos crimes de guerra em sentido amplo, acaba, ainda assim, por se reconduzir à tripla sistematização do sistema de Nuremberga”

³⁹ BRITO, Wladimir, “Processo Penal Internacional”, op. cit., pág. 224. Este autor refere como os mais relevantes para a defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana os seguintes princípios presentes neste julgamento: - o princípio da acusação, o princípio do contraditório, o princípio dispositivo mitigado, o princípio *in dubio pro reo*, o princípio da publicidade, o princípio do respeito pelo “standard minimum of due process”.

⁴⁰ BRITO, Wladimir, *Direito Internacional Público*, op. cit. pág. 513 a 514.

Abrangidos pelos seguintes factos:

- a) A invasão da Polónia em 1º de Setembro de 1939;
- b) A guerra contra o Reino Unido e a França em 3 de Setembro de 1939;
- c) A guerra contra a Dinamarca e a Noruega em 9 de Abril de 1940;
- d) A guerra contra a Jugoslávia e a Grécia em 6 de Abril de 1941;
- e) A guerra contra a União Soviética em 22 de Junho de 1941;
- f) A guerra contra os Estados Unidos em 11 de Dezembro de 1941.

Na decisão final, de 1 de Outubro de 1946, de acordo com José Matos Correia⁴¹, o tribunal aplicou doze sentenças de condenação à morte⁴², três de prisão perpétua⁴³, duas de vinte anos de prisão⁴⁴, uma de quinze anos de prisão⁴⁵ e uma de dez anos de prisão⁴⁶, três dos arguidos foram absolvidos, um cometeu suicídio na cadeia e um foi declarado incapacitado física e mentalmente.

Porém, este julgamento foi alvo de alguma controvérsia baseada sobretudo na natureza do tribunal, no seu processo de criação e no seu carácter político. Com efeito, o facto de ter uma natureza *ex post facto* originou a crítica de que se tratava de um tribunal cujo objectivo não era a realização da justiça mas antes o exercício de vingança de vencedores sobre vencidos, politicamente motivada. Foi também acusado da violação de regras fundamentais do direito criminal, nomeadamente dos princípios *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Por fim, ainda foram invocadas por parte da defesa as teses tradicionais de que os crimes de guerra não podiam ser imputados a pessoas singulares mas apenas a Estados. Por estas razões, há referências a este tribunal como tendo uma natureza de “interaliado de ocupação mais do que de tribunal internacional”⁴⁷. No entanto, nenhuma destas críticas afectou a acção do tribunal.

“Mais do que pelo processo judicial propriamente dito, obviamente com falhas significativas, este tribunal destacou-se acima de tudo pelo simbolismo ético-jurídico com que procurou encerrar uma das etapas mais negras da história da humanidade”⁴⁸.

⁴¹ CORREIA, José de Matos, *Tribunais Penais Internacionais*, op.cit. pág. 18

⁴² Hermann Goering, Martins Bormann Joaachim Von Ribbentrop, Wilhelm Keitel, Ernst Kaltenbrunner, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Wilhelm Frick, Alfred Jodl, Julius Stricher, Fritz Sauckel, e Artur Seyss-Inquart.

⁴³ Walter Funk, Rudolf Hess e Erich Raeder.

⁴⁴ Albert Speer e Baldur von Scjirach

⁴⁵ Constatin von Neurath

⁴⁶ Karl Doenitz

⁴⁷ JESCHECK, “Nuremberg Trials” *Encycloedia of Public Internacional Law*, vol.4, 1982, p.51 apud COREIA, José de Matos, pag. 57

⁴⁸ MACHADO, JÓNATAS E.M., *Direito Internacional do Paradigma Clássico ao Pós – 11 de Setembro*.op. cit.,pág. 405

1.3.2 – Tribunal Militar de Tóquio

A questão da responsabilização individual por crimes contrários ao direito internacional colocou-se também no Extremo Oriente, relativamente ao Japão, verificando-se a necessidade de, a exemplo do que sucedera em Nuremberga, criar um tribunal militar internacional para julgar os crimes praticados pelos Japoneses, promovendo as condições indispensáveis para o apuramento dos factos imputáveis os responsáveis militares e políticos japoneses à semelhança do que já acontecia na Europa.

A nível formal, o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente nasceu de um acto unilateral, por decisão do Comandante Supremo das Forças Aliadas General Douglas MacArthur, sob forma de Ordem Geral, na qualidade de Comandante Supremo dos Aliados para o Teatro do Pacífico, e consubstanciou-se numa Carta⁴⁹. Foi idealizado nos termos do Tribunal de Nuremberga e as regras a que ficou sujeito eram idênticas, nomeadamente em questões de jurisdição material.

Assim, o n.º 2 do art.º 5º da referida Carta conferia-lhe poderes para julgar e punir os responsáveis pelos crimes englobados nas três categorias gerais:

- a) Crimes contra a paz⁵⁰;
- b) Crimes de guerra convencionais⁵¹;
- c) Crimes contra a humanidade⁵²;

De ressaltar que não foi imputada a prática de crimes contra cidadãos Japoneses mas tão-somente contra Estados e cidadãos estrangeiros.

⁴⁹ A declaração unilateral do General Douglas MacArthur de 19 de Janeiro de 1946, referia no seu preâmbulo, em sentido de justificação, a sua qualidade de Comandante Supremo, designado pelos poderes aliados e que tinha como objectivo o estabelecimento dos termos acordados da rendição do Estado Japonês.

⁵⁰ Nos termos do artigo 5º, n.º 2, al. a), integram os crimes contra a paz os seguintes: o planeamento, a preparação, o início ou o desenvolvimento de uma declarada ou não declarada guerra de agressão ou de uma guerra que viole o direito internacional, tratados, acordos ou compromissos ou a participação num plano ou conspiração comum para a realização de alguma dessas acções a principal diferença em relação ao Estatuto do Tribunal de Nuremberga reside no facto de se incluir aqui o carácter “declarado ou não declarado da guerra” que se relaciona claramente com o modo como começou o conflito entre os EUA e o Japão.

⁵¹ De acordo com o artigo 5º, n.º 2, al. b), integram crimes de guerra convencionais as violações das leis e costumes de guerra.

⁵² Nos termos do artigo 5º, n.º 2, al. c), integram crimes contra a humanidade os seguintes: o homicídio, o extermínio, a escravatura, a deportação, e outros actos contra a humanidade cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, e ainda as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos em execução de ou relacionados com qualquer crime contido no âmbito de jurisdição do tribunal, mesmo que os mesmos não constituíssem violação da lei do país onde tivessem sido perpetrados.

Sediado em Tóquio, funcionou no período compreendido entre 3 de Maio de 1946 e 12 de Novembro de 1948, findo o qual emitiu a sentença da decisão final⁵³ condenando sete arguidos à pena de morte⁵⁴, dezasseis a prisão perpétua⁵⁵, uma vinte anos de prisão⁵⁶ e um a sete anos⁵⁷ de prisão. Acresce que dois arguidos morreram no decurso do julgamento⁵⁸ e um foi considerado psiquicamente incapaz⁵⁹.

Ao contrário do que aconteceu durante o Julgamento de Nuremberga, que decorreu num período de vazio de governo na Alemanha, no Japão havia um governo em funções pelo que esta Carta constitui, mais do que o Acordo de Londres, uma afronta à soberania do Estado Japonês. De resto, as mesmas críticas já atrás referidas como dirigidas ao Tribunal de Nuremberga, são aqui também feitas. No entanto, este tribunal introduz uma inovação a nível jurídico que merece particular relevo: a responsabilidade criminal das autoridades que, tendo tido conhecimento da possibilidade da prática de crimes de guerra e tendo podido prevenir a sua ocorrência o não tenha feito.⁶⁰

Os avanços normativos após a Segunda Guerra Mundial foram rápidos, e revelam uma preocupação na adopção de medidas de carácter preventivo. De facto as disposições das alíneas a), b) e c) do art.º 6º do Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberga, foram reconhecidas como disposições de *jus cogens*, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 13 de Fevereiro de 1946. Também em 11 de Dezembro de 1946, pela Resolução 95 a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas confirmou os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Tribunal de Nuremberga e pela sentença proferida por este tribunal⁶¹. Foi aprovada também pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948 e a Convenção para a

⁵³ No que se segue: CORREIA, José de Matos, *Tribunais Penais Internacionais*, op.cit. pág.21

⁵⁴ Kenji Doihara, , Seishiro Itagki, Iwane Matsui, Koki Hirota, Heitaro Himura, Akira Muto e Hideki Tojo.

⁵⁵ Jiro Minami, Sadao Araki, Jingo Hashimoto, Hiranuma, Naoki Hoshino, Shunroku Hata, Kiichiro, Okinori Kaya, koichi Kido, Kuniaki Koiso, Takasumi Oka, Hiroshi Oshima, Kenryo Sato, Shigetaro Shimada, Toshio Shiratori, Teiichi Suzuki, e Yoshijiro Umezu.

⁵⁶ Hideki Togo

⁵⁷ Mamorru Shigemitsu

⁵⁸ Yosuke Matsuoka e Osumi Nagano

⁵⁹ Shumei Okawa

⁶⁰ JESCHECK, “Tokyo Trial” *Encycloedia of Public International Law*, vol.4, 1982, p.244 apud CORREIA, José de Matos, pág. 57

⁶¹ MEIREIS, M. Augusto, 1998, *O Tribunal Penal Internacional*. 1998, *Antecedentes, Génese e Futuro*. Lusitana – Revista de Ciência e Cultura”, n.ºs 1 e 2, pág. 314

Prevenção e Repressão dos Crimes de Genocídio, de 9 de Dezembro de 1948 que entrou em vigor em 1951, e elaboradas as Quatro Convenções de Genebra de 1949, já referidas.

Particular importância teve também a nomeação da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas com o objectivo de codificar os princípios subjacentes ao Tribunal Militar de Nuremberga e de preparar um Projecto de Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade. Os princípios formulados pela Comissão de Direito Internacional, sob o título “Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberga e no Julgamento do Tribunal” são sete e a sua relevância justifica que sejam transcritos:

- Princípio I: “Qualquer pessoa que cometa um acto que constitui um crime de acordo com o Direito Internacional é responsável e, por isso, pode ser sujeito a punição”;
- Princípio II: “O facto de o Direito Interno não impor uma pena por um acto que constitui um crime de acordo com o Direito Internacional não deixa de ser responsável e, por isso, pode ser sujeito a punição”;
- Princípio III: “O facto de a pessoa que tiver cometido um acto que constitui um crime de acordo com o Direito Internacional ter actuado como Chefe de Estado ou membro do Governo responsável não o isenta de responsabilidade nos termos do Direito Internacional”;
- Princípio IV: “O facto de a pessoa ter actuado por ordem do respectivo governo ou de um superior não isenta de responsabilidade nos termos do Direito Internacional, desde que tivesse a possibilidade de efectuar uma escolha moral”;
- Princípio V: “Qualquer pessoa acusada de um crime de acordo com o Direito Internacional tem direito a um julgamento justo em matéria de facto e de direito”;
- Princípio VI: “Os crimes abaixo indicados são puníveis como crimes de acordo com o Direito Internacional:
 - a) *Crimes contra a paz:*
 - i) Planeamento, preparação, início ou desenvolvimento de uma guerra de agressão ou de uma guerra em violação dos tratados internacionais, acordos e garantias;

- ii) Participação num plano comum ou conspiração para a execução de qualquer dos actos mencionados em i).
 - b) *Crimes de guerra*: violações das leis ou costumes de guerra incluindo, mas não se limitando a assassínio, maus-tratos ou deportação para trabalho como escravo, ou para qualquer outro fim, de população civil de, ou em, território ocupado; assassínio ou maus-tratos de prisioneiros de guerra, de pessoas nos mares, execução de reféns, destruição de propriedade pública ou privada, destruição de cidades, vilas ou aldeias, ou devastação não justificada por necessidade militar;
 - c) *Crimes contra a Humanidade*: assassínio, extermínio, redução à condição de escravo, deportação e outros actos desumanos praticados contra qualquer população civil, ou perseguições por motivos político, raciais ou religiosos, quando tais actos sejam praticados ou tais perseguições sejam levadas a cabo em execução ou em conexão com qualquer crime contra a paz ou qualquer crimes de guerra;
- Princípio VII: “A cumplicidade na prática de um crime contra a paz, de um crime de guerra, ou de um crime contra a Humanidade tais como previstos no Princípio VI, é um crime de acordo com o Direito Internacional”.

Com esta enunciação e precisão quanto ao conteúdo dos ilícitos, ficava a faltar uma estrutura judicial internacional capaz de proceder ao respectivo julgamento.

O Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade foi efectivamente apresentado e, posteriormente, em 1954, revisto. No entanto a sua entrada em vigor foi constantemente adiada, por um lado pela inacção do Conselho de Segurança, e por outro pela demora na definição do conceito de agressão. Simultaneamente, a guerra fria, e o clima de conflitualidade latente nas relações Leste e Ocidente, traduzido por disputas em vários domínios como a corrida ao armamento, não permitiram a prossecução deste objectivo. A União das Repúblicas Socialistas Soviéticas retoma a concepção marxista tradicional sobre direito internacional baseada no conceito de soberania absoluta, afastando-se do interesse pelo reconhecimento da responsabilização individual dos agentes que havia no fim da Segunda Guerra Mundial

e foram-se ignorando as sucessivas violações dos direitos do homem⁶². Estas circunstâncias, que condicionaram as relações internacionais, mantiveram-se até à queda do muro de Berlim em 1989.

1.4- O Tribunal Penal Internacional para a Antiga Jugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda

Praticamente, durante quarenta anos não houve uma evolução em termos de justiça penal neste domínio e esta só ocorrerá novamente, e mais uma vez, por necessidade resultante das gravíssimas violações dos direitos humanos e consequentes crimes contrários ao direito internacional, em conflitos de dimensão intra-estatal e de dimensão de violência colectivo-massiva. Em 1989, ano da queda do muro de Berlim e na sequência de uma iniciativa de Trindade e Tobago, a Assembleia Geral das Nações Unidas nomeou a Comissão de Direito Internacional responsável para o estudo da questão da criação de um tribunal permanente.

1.4.1 – O Tribunal Penal Internacional para a ex Jugoslávia –TPIAJ

O contexto político internacional do período pós guerra fria, se por um lado permitiu que a Europa se tornasse um espaço de maior liberdade e democracia, também permitiu que alguns conflitos, até então latentes, se tornassem manifestos e o território da antiga República Federal Socialista da Jugoslávia não ficou imune aos movimentos de transição e de derrocada de sistemas políticos vigentes.

O conflito iniciado com a declaração de independência da Eslovénia numa primeira fase, Croácia, Bósnia Herzegovina (com destaque para esta⁶³) e Kosovo em fases posteriores, que resultou em violações dos direitos humanos, violações do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional Penal, com particular destaque

⁶² Apenas um exemplo: o genocídio das minorias no Camboja entre 1975 e 1979 donde resultou a morte de 2 milhões de pessoas, correspondendo a 25% da população á época).

⁶³ Estima-se que mais de 100.000 pessoas foram mortas e dois milhões de pessoas, mais de metade da população, foram forçados a abandonar os seus lares, resultado da guerra na região desde Abril de 1992 até Novembro de 1995 data em que foi rubricado o acordo de paz de Dayton. Milhares de mulheres da Bósnia foram sistematicamente violadas. Centros de detenção para civis foram criados por todos os lados em conflito: em Prijedor, Omarska, Konjic, Dretelj e outros locais. A pior atrocidade da guerra ocorreu no Verão de 1995, quando a cidade da Bósnia de Srebrenica, uma área protegida pelas Nações Unidas, foi violentamente atacada por forças militares comandadas pelo sérvio-bósnio Ratko Mladic (detido desde Maio de 2011). Durante os primeiros dias Julho mais de 8.000 bósnios (homens e rapazes muçulmanos) foram executados por forças sérvias em um acto considerado de genocídio. O resto das mulheres e crianças foram expulsas da cidade. Página oficial do Tribunal para a Antiga Jugoslávia, Haia [consult. 13.Fev.2012]
Disponível na internet em: <<http://www.icty.org/sid/322>

para a chamada “limpeza étnica”, despertou a preocupação do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Tendo por objectivo a demonstração inequívoca de que tais crimes consubstanciam uma ameaça à paz e segurança internacionais, logo matérias da sua competência, e pretendendo a cessação dos conflitos e a restauração da paz, o Conselho de Segurança, após o relatório de uma comissão imparcial, decidiu, através da Resolução 808, de 22 de Fevereiro de 1993, (ainda durante o conflito), a criação de um tribunal internacional para julgar as pessoas suspeitas por aquelas violações. E é assim que, em 25 de Maio de 1993, através da Resolução 827 do Conselho de Segurança, e ao abrigo dos poderes conferidos pelo capítulo VII da Carta das Nações Unidas, foi aprovado o *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Yugoslavia since 1991*.

No modo de criação deste tribunal, pelo Conselho de Segurança, reside a sua originalidade, já que os Tribunais de Nuremberga e Tóquio foram criados por uma decisão de uma coligação de Estados⁶⁴, fruto da supremacia militar das entidades que os instituíram. A possibilidade de criação deste tribunal através de uma convenção internacional não deixou de ser equacionada no contexto dos trabalhos preparatórios; o próprio Secretário- Geral reconheceu ser esse o meio mais próprio, mas foi, no entanto, afastada essa possibilidade por razões de necessária celeridade.

De acordo com o Estatuto anexo à Resolução 827⁶⁵, a sua competência é definida de acordo com quatro pressupostos cumulativos:

- Um elemento real objectivo ou material: o tribunal só tem jurisdição para julgar os crimes constantes do art.º 2º do Estatuto - graves violações das Convenções de Genebra de 1949⁶⁶,

⁶⁴ Neste sentido Caeiro, Pedro. 2002. “Claros e Escuros de um Auto-Retrato: Breve anotação à jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais para a Antiga Jugoslávia e para o Ruanda sobre a própria legitimação”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 4, Ano 12.

⁶⁵ Disponível na internet em:

<<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/28/IMG/N9330628.pdf?OpenElement>
[consult. 07.Fev.2012]

Esta resolução foi alterada: pela resolução [1166 \(1998\)](#) de 13 Maio 1998, [1329 \(2000\)](#) de 30 Novembro de 2000 e [1411 \(2002\)](#) de 17 Maio de 2002. A versão actual:

Disponível na internet em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf
[consult. 7.Fev.2012]

⁶⁶ De acordo com o art.º 2º do Estatuto são violações graves às Convenções de Genebra, a título de exemplo: o homicídio voluntário; tortura, ou tratamentos desumanos (incluindo experiências biológicas), incutir intencionalmente grande sofrimento ou graves danos à integridade física ou à saúde, destruir ou apropriar-se de bens, expulsar ou transferir ilegalmente civis ou prendê-los ilegalmente, tomar civis como reféns.

violações de leis e costumes de guerra⁶⁷, genocídio⁶⁸ e crimes contra a humanidade⁶⁹;

- Um elemento temporal: só se consideram sob a jurisdição do Tribunal actos cometidos após 1 de Janeiro de 1991 (art.º 8º) - competência *ratione loci*;
- Um elemento geográfico: o tribunal só tem jurisdição sobre actos praticados no território da Antiga Jugoslávia (art.º 8º) – competência *ratione temporis*;
- Elemento pessoal: a jurisdição é exercida somente em relação a pessoas singulares (art.º 6º) – competência *ratione personae*⁷⁰.

O tribunal e as jurisdições nacionais são concorrentemente responsáveis, sendo que a qualquer momento, fazendo valer o *princípio da primazia*, pode o tribunal solicitar oficialmente às jurisdições nacionais que renunciem à sua competência a favor dele, de acordo com o art.º 9º, salvaguardando assim os casos em que a jurisdições nacionais tenham qualificado os crimes como comuns ou em caso de suspeita de fraude judiciária ou julgamentos fantoche.

⁶⁷O artigo 3º integra como violações das leis e costumes de guerra “Hague Law”: o emprego de armas tóxicas ou outras concebidas com o objectivo de causar sofrimentos desnecessários, a destruição sem motivo de cidades, de vilas, de povoações ou a devastação não justificada por exigências militares, o confisco, a destruição, a danificação deliberada de edifícios consagrados ao culto, a beneficência ou ao ensino, às artes e às ciências, obras de arte entre outros.

⁶⁸Define o artigo 4º que se considera genocídio (retomando o conceito de genocídio consagrado no art.º 2º da Convenção das Nações Unidas sobre Genocídio de 1948): actos de homicídio de membros de um grupo, de atentado grave à integridade física ou mental de membros de um grupo, submissão deliberada de um grupo a condições de vida que conduzam á destruição física total ou parcial do mesmo, medidas tendentes a impedir nascimentos no seio de um grupo ou a transferência forçada de crianças de um grupo para outro desde que com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, rácio ou religioso enquanto tal.

⁶⁹ Crimes contra a humanidade acordo com o artigo 5º são os seguintes actos: assassínio, extermínio, redução à condição de escravo, expulsão, prisão, tortura, violação, perseguição por motivos políticos, raciais e religiosos e outros actos desumanos, desde que cometidos durante um conflito armado de carácter internacional ou nacional e dirigidos contra qualquer população civil. Este crime é no Estatuto deste Tribunal, tratado pela primeira vez como sendo um crime autónomo e independente. Até então, e tendo sido tratado pela primeira vez no Tribunal de Nuremberga, era apenas considerado se cometido “à la suite de” ou “*en liaison*” dos crimes contra a paz e os crimes de guerra. A Neste sentido: LESCURE, Karine. 1994. *Le Tribunal Pénal International pour L’Ex- Yougoslavie*, Paris, Montchrestien.

⁷⁰ O estatuto refere-se claramente ao apuramento da responsabilidade individual dos agentes. Excluem-se assim organizações de qualquer tipo, partidos políticos ao contrário do previsto nos tribunais precedentes de Nuremberga e Tóquio que previa o julgamento de grupos ou organizações e, posteriormente, em sequência da sua declaração de condenação, levar a julgamento os indivíduos que fizessem parte desses grupos ou organizações. Acrescente-se ainda que no seu art.º. 7, al 1º Estatuto prevê diferentes níveis de responsabilidade: quem planeia- “des décideurs politiques”, os que comandam hierarquicamente e os subordinados ou simples executores. Neste sentido : LESCURE, Karine, “*Le Tribunal Pénal International pour L’Ex- Yougoslavie*.”

Em funcionamento desde 1993, com sede em Haia e com data de encerramento de funções prevista inicialmente para 2010, os trabalhos deste tribunal prolongaram-se e prolongar-se-ão, pelo menos, até ao fim de 2016, na sequência de algumas detenções recentes⁷¹. Foram já condenadas 60 pessoas, encontrando-se 40 em fase de processo e prevê-se que durante o ano de 2012 findem 6 dos 7 processos em fase de julgamento. Assim, por ainda não ter cessado funções, não é possível fazer uma avaliação objectiva do seu funcionamento, sendo certo que, desde o primeiro momento, foi levantada a questão da legitimidade do Conselho de Segurança para a criação de um órgão com esta natureza. Argumentou-se que, se os Tribunais de Nuremberga e Tóquio foram criados pelos Estados que possuíam a jurisdição sobre os crimes em causa, qual seria a legitimidade deste tribunal quando criado por um órgão das Nações Unidas que não tem jurisdição criminal. De facto, o Conselho de Segurança não possui competência para a criação de um tribunal em matéria penal. No entanto, no âmbito das competências do Conselho de Segurança (Capítulo II da Carta das Nações Unidas) no que respeita ao restabelecimento da paz e segurança internacionais, é a criação de um tribunal *ad hoc*, uma das medidas não especificadas ao dispor do Conselho de Segurança para a prossecução de tais objectivos, entendendo-se então que não é objectivo deste tribunal a administração da justiça, devendo antes ser visto como um instrumento destinado a contribuir para o fim dos conflitos.⁷²

Por fim, é importante referir que a instituição deste tribunal permitiu retomar a evolução de um percurso interrompido, uma vez que, segundo Almiro Rodrigues⁷³: a) elaborou o primeiro Código de Processo Internacional que servirá de base de trabalho para a elaboração do Regulamento do Tribunal Penal Internacional, b) Contribuiu para o desenvolvimento do direito internacional humanitário, c) Criou novos parâmetros de

⁷¹ Página oficial do Tribunal, Haia, [consult. 01.Fev.2012]

Disponível na internet em:

<<http://www.icty.org/sections/AbouttheICTY>

⁷² Neste sentido Pedro Caeiro em “Claros e Escuros de um Auto-Retrato: Breve Anotação à Jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais para a Antiga Jugoslávia e para a Ruanda sobre a própria legitimação” onde é aprofundado a questão da legitimação dos Tribunais *ad hoc*, com base na jurisprudência do próprio Tribunal a propósito do argumento da defesa do primeiro arguido, Dusko Tadic que suscita, pela primeira vez, a questão com base em dois fundamentos: Por um lado: “a criação do tribunal teria sido ilegal por uma série de motivos, entre os quais, sobressaía a falta de poderes do Conselho de Segurança para criar um órgão com poderes jurisdicionais em matéria criminal”- argumento que também viria a ser usado por Slobodan Milosevic, e por outro se “o Tribunal seria competente para examinar os vícios que inquinavam a sua própria constituição”.

⁷³ Em: “O Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia e os seus contributos para o Direito Penal Internacional”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* Ano 11, fasc. 3 (Julho/Setembro 2001) pg. 355 a 378.

relacionamento entre os Estados e organizações, d) implementou um sistema de protecção às vítimas e testemunhas.

O TPIAJ teve ainda a particularidade de chamar a atenção para um problema que, mais tarde ou mais cedo se colocaria, e que se prende com a matéria do concurso penal (de normas ou de crimes), uma vez que os tipos são demasiado extensos, pormenorizados e com comportamentos sobrepostos.

De acordo com José de Matos Correia⁷⁴ o trabalho deste tribunal tem dado “um impulso de primeira ordem para o avanço do direito internacional”. A análise comparativa dos estatutos dos tribunais de 1945 e deste tribunal permite constatar um elaboração e sofisticação jurídica muito mais elevado e a “produção jurídica do próprio tribunal tem igualmente contribuído para importantes progressos doutrinários em área como a aplicação das Convenções de Genebra de 1949 ou a mais clara delimitação dos critérios de responsabilização individual”. De acordo com o referido autor tem-se assistido a uma “efectiva punição de pessoas singulares acusadas de violações graves do direito internacional”, nomeadamente altos dignatários políticos, resistindo “à tentação de politizar a sua acção”.

1.4.2 – O Tribunal Penal Internacional para o Ruanda

O *International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for genocide and other such violations committed in the territory of neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994* foi estabelecido pela resolução n.º 955⁷⁵ do Conselho de Segurança em 8 de Novembro de 1994, após violentos conflitos entre as etnias Hutus e Tutsis⁷⁶, a pedido do próprio governo ruandês, com o objectivo de obter a reconciliação nacional.

No seu processo de criação, verificaram-se profundas divergências entre o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas e o governo Ruandês,

⁷⁴ *Tribunais Penais Internacionais*, op.cit. pág. 28-29

⁷⁵ Disponível na internet em:

<<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement>

[consult. 07.Fev.2012]

Alterada pelas seguintes resoluções: [1165 \(1998\)](#) de 30 de Abril de 1998, [1329 \(2000\)](#) de 30 de Novembro de 2000, [1411 \(2002\)](#) de 17 de Maio de 2002, [1431 \(2002\)](#) de 14 de Agosto de 2002 e [1512 \(2003\)](#) de 27 Outubro de 2003.

⁷⁶ Destes conflitos, ocorridos entre Abril e Julho de 1994 resultou a morte de 800.000 Tutsis.

nomeadamente quanto ao papel do primeiro. Levantaram-se algumas divergências em questões de carácter prático:

a) Quanto à existência de juízes de nacionalidade ruandesa (o governo afirmava a sua necessidade pelo maior conhecimento das leis internas do país), conhecimento esse desnecessário na opinião do CS, uma vez que está aqui em causa a aplicação de normas internacionais e não internas;

b) Quanto à sede do tribunal, que, defendia o Governo Ruandês, deveria ser em Kigali, foi fixada na cidade de Arusha, na Tanzânia (pese embora o CS concordando com a necessidade de aproximar a justiça dos cidadãos tenha anuído em abrir um gabinete do Procurador em Kigali);

c) Quanto à pena a aplicar, defendida pelo Governo Ruandês a possibilidade de aplicação da pena de morte, veio a ser consagrada apenas a pena de prisão.⁷⁷

A jurisdição do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda assenta em pressupostos semelhantes ao Tribunal Penal para a Antiga Jugoslávia:

- Um elemento real objectivo ou material - o tribunal tem competência para julgar indivíduos acusados de genocídio, da prática de crimes contra a humanidade e de violações do art.º 3º da Convenção de Genebra e ao segundo Protocolo Adicional. Não se incluem actos de violação às leis e costumes de guerra.
- Um elemento temporal – o tribunal tem competência para julgar crimes cometidos entre 1 de Janeiro e 31 de Dezembro de 1994 (*ratione temporis*).
- Um elemento territorial – o tribunal pode julgar crimes cometidos em território Ruandês. No entanto esta competência territorial pode estender-se a territórios limítrofes, desde que o agente seja cidadão do Ruanda (*rationae loci*). Esta extensão da competência territorial justifica-se com a necessidade de punir os crimes cometidos por

⁷⁷ BRITO, Wladimir. 2000. “Tribunais Penais Internacionais – Da Arbitragem aos Tribunais Internacionais *Ad hoc*”. *Revista do Ministério Público*, n.º 81, Lisboa, pág. 52

Ruandeses, fora do Ruanda, durante a perseguição aos cidadãos Tutsi, e Hutus moderados, em fuga para aos países vizinhos.⁷⁸

- Um elemento pessoal – o tribunal tem competência para julgar as pessoas responsáveis pelas violações do direito internacional humanitário praticadas no território ruandês independentemente da nacionalidade do agente, e os cidadãos ruandeses que tenham cometido os mesmos crimes no território dos estados vizinhos (*rationae personae*).

A actividade deste tribunal, foi, à semelhança do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, reveladora da forte e determinada vontade da comunidade internacional em não deixar imunes as violações do direito internacional humanitário independentemente dos seus responsáveis.

Tal como foi apontado relativamente ao Tribunal Penal para a Antiga Jugoslávia tem sido assinalável o papel deste tribunal na evolução do direito internacional. Um exemplo concreto, citado por José de Matos Correia⁷⁹, respeita ao caso Akayesu, no âmbito do qual o tribunal abriu a possibilidade de qualificação do crime de violação, em certas circunstâncias, como prática de genocídio. Destaca-se ainda as condenações a prisão perpétua do antigo-primeiro ministro Jean Kambanda e do ministro da juventude Callixte Nzabonimana contribuindo, deste modo para uma nova cultura de responsabilização individual.

⁷⁸ Relativamente aos crimes cometidos fora do território Ruandês, apenas estão sujeitos à jurisdição do Tribunal, os crimes cometidos por cidadãos ruandeses, excluindo-se pois, os cidadãos nacionais desses países que colaboraram com os h́utus ruandeses nos massacres dos cidadãos tutsi e até h́utus “moderados” perpetrados fora do Ruanda. Não haveria nenhum argumento do ponto de vista juŕidico-penal para os excluir. Tratou-se somente de uma opç_ao poĺitica destinada a conseguir a aceitaç_ao do Tribunal pelos páises abrangidos.

⁷⁹ *Tribunais Penais Internacionais*, op.cit. pág. 32

2– GÉNESE E PRINCÍPIOS DE FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O percurso atrás referido revelou uma preocupação de protecção do *bem jurídico* de que a sociedade internacional é titular. Esse bem jurídico é nada mais nada menos que a própria humanidade, considerada, quer individualmente quer enquanto grupos ou comunidades étnicas, religiosas e culturais. E é esta preocupação que tem justificado a instituição dos diversos tribunais internacionais em matéria penal, o único meio, atendendo às circunstâncias jurídicas e históricas de cada momento, para julgar e prevenir as violações das normas imperativas do direito internacional. No entanto, apesar de cumprirem os objectivos propostos, estes tribunais, são tribunais de excepção, por muitos apontados como paradigmas de “justiça de vencedores” e com limites e insuficiências, desde logo porque, ainda que os tribunais para a Antiga Jugoslávia e Ruanda tenham sido uma medida inovadora ao abrigo do capítulo VII da Carta da Nações Unidas, não havia garantia que outras situações de hediondas violações do Direito Internacional Humanitário resultassem na criação de um tribunal. Qual o motivo que justifica a criação de um tribunal *ad hoc* para a Jugoslávia e Ruanda e que não o justificou na Chechénia ou em Timor-Leste? A dimensão e a gravidade das violações do Direito Internacional Humanitário? Claramente, na nossa opinião, por uma dualidade de critérios e considerações de ordem política dos “poderes constituintes” ou do Conselho de Segurança que se impõem, mais do que o interesse na protecção da paz e segurança internacionais.

Outra crítica que se faz a estes tribunais prende-se com a sua própria natureza uma vez que são *a posteriori* o que afasta o cumprimento do princípio processual penal, segundo o qual os factos devem ser apreciados no momento da sua comissão, o que dificulta a realização da justiça, desde logo pela dificuldade na recolha de prova (que desaparece ou se perde) e na detenção de acusados ou recolha de depoimentos de testemunhas (que desaparecem ou vão morrendo). A sua finalidade meramente repressiva é outra crítica e por fim o âmbito limitado das jurisdições que transporta, como foi dito, o risco de uma aplicação não uniforme do Direito.

Indiscutível é, no entanto, que a defesa dos direitos humanos identificou todo o século XX e o direito penal ganhou uma dimensão internacional unificando-se em torno da Protecção da Humanidade e “a definição de “Humanidade, esboçada através do

conceito de direitos humanos”, concretiza-se com a “proibição fundadora do crime contra a Humanidade”⁸⁰.

O conteúdo do conceito de crimes contra a humanidade, “não parou de evoluir, numa espécie de interacção espantosa entre a regra de direito, em toda a sua frieza, e os acontecimentos em todo o seu horror. Desde Nuremberga que a noção não deixou de ser alargada e aprofundada, mas o que faz os crimes contra a humanidade, como sublinhou o Tribunal de Haia nas suas primeiras decisões, é a identidade da vítima, a Humanidade”⁸¹

É também indiscutível, que todo o percurso desde o início do século XX, e essencialmente as experiências dos Tribunais *ad hoc* para a Antiga Jugoslávia e Ruanda, contribuíram para a elaboração do Tratado de Roma.

Sentiu-se a necessidade de uma instituição que não estivesse dependente da “boa vontade” da comunidade internacional, com menores custos de instalação e manutenção, que oferecesse maior estabilidade, garantia de imparcialidade, igualdade e uniformidade na aplicação do direito e que possuísse um carácter, para além de repressivo, também preventivo.

2.1. – O Estatuto de Roma

Após solicitação de Trindade e Tobago em 1989, a propósito do tráfico de droga e outras actividades criminosas internacionais, a Assembleia Geral das Nações Unidas, através da resolução 44/39 de 4 de Dezembro de 1989, encarregou a Comissão de Direito Internacional de estudar a questão da criação de uma jurisdição criminal internacional, convidando-a a aprofundar o tema nos anos seguintes, através das resoluções n.º 45/41, de 28 de Novembro de 1990 e 46/54, de 9 de Dezembro de 1991.

Em de 1992, a 6ª Comissão requereu à Comissão de Direito Internacional a elaboração de um projecto de estatuto do tribunal como matéria prioritária (conforme as

⁸⁰ RODIGUES, Anabela Miranda. 2009. “A Internacionalização e a Europeização do Direito Penal - Entre a Unificação e a Harmonização”, in *A Internacionalização do Direito no Novo Século*, Coimbra: Coimbra Editora, pág. 226, 227

⁸¹DELMAS- MARTY, Meirelle, “Les processus de mondialisation du droit”, *Le droit saisi par la mondialisation*”, Bruylant, 2001, pág. 66, apud RODIGUES, Anabela Miranda, “A Internacionalização e a Europeização do Direito Penal - Entre a Unificação e a Harmonização”, op.cit. pág. 227

resoluções n.º 47/33, de 25 de Novembro de 1992 e 48/31, de 9 de Dezembro de 1993)⁸².

Em 1994 esta Comissão apresentou à Assembleia Geral da ONU um projecto de Estatuto, com a recomendação de que a discussão e aprovação da Convenção Constitutiva deveriam ser feitas por uma Assembleia de Estados. A partir de então, e após os Estados terem analisado o projecto da Comissão, a Assembleia Geral (através da resolução 49/53 de 9 de Dezembro de 1994) criou um comité preparatório *ad hoc* sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, com o fim de estudar nomeadamente os efeitos jurídico-políticos internacionais resultantes deste processo.

O Comité, após reunião de 5 semanas, em 1995, e após terem sido vencidas várias resistências de alguns países, apresentou um outro relatório à Assembleia Geral que converteu o referido Comité num Comité Preparatório sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional (através da resolução n.º 50/46 de 11 de Dezembro de 1995), mandatando-o para preparar um texto consolidado de uma Convenção a ser submetido a uma conferência diplomática⁸³.

O Projecto final foi o resultado de intenso trabalho entre 1996 e 1998 (resoluções 51/207, de 17 de Dezembro de 1996 e 52/160, de 15 de Dezembro de 1997), donde se realça a manifestação da vontade de alguns Estados em não atribuir poderes aos Juízes para elaborar as leis de processo, impondo-se antes que estas resultassem directamente das negociações entre os Estados, devendo, por isso, ficar incluídas no Estatuto⁸⁴. Este projecto foi entregue à Assembleia Geral em Abril de 1998, a qual convocou uma Conferência das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional.

A Conferência⁸⁵, reunida em Roma no período entre 15 de Junho e 17 de Julho de 1998, e após intensos debates, concluiu os trabalhos com a subscrição do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, também designado por Estatuto de Roma, cuja entrada em

⁸²ESCARAMEIA, Paula. 2001. “O Tribunal Criminal Internacional - aspectos da negociação” in *Reflexões sobre temas de Direito Internacional, Timor, a ONU, e o Tribunal Penal Internacional*, Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, pág. 256 .

⁸³CORREIA, José de Matos, *Tribunais Penais Internacionais*, op.cit. pág. 35

⁸⁴BRITO, Wladimir. 2000. “Tribunal Penal Internacional: Uma Garantia Jurisdicional para a Protecção do Direitos da Pessoa Humana” *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vol.76, Coimbra, pág. 93.

⁸⁵Durante as cinco semanas que durou a Conferência celebraram-se 183 sessões das diversas comissões e de plenário. Participaram 2.818 pessoas, 1.400 das quais representantes dos 160 países creditados, 32 representantes de organizações internacionais intergovernamentais e 553 representantes de organizações não-governamentais. PUREZA, José Manuel, “Da cultura da Impunidade à Judicialização Global: o Tribunal Penal Internacional”, op. cit, pág 128.

vigor ficou dependente de sessenta ratificações, o que veio a acontecer com o depósito dos seus instrumentos de ratificação, por parte de 10 países, em 11 de Abril de 2002, entrando em vigor em 1 de Julho de 2002.⁸⁶

Como se pode constatar, este órgão judicial, ou *organização internacional* (com vista a garantir a autonomia do tribunal relativamente aos Estados e à ONU, nomeadamente ao Conselho de Segurança, a Convenção conferiu-lhe esta forma de organização internacional⁸⁷) não nasceu de uma necessidade imediata nem da vontade de alguns Estados poderosos⁸⁸. Pode-se dizer que “o processo de gestação” demorou

⁸⁶O ERTPI tem actualmente 120 Estados Partes assim repartidos: Estados da Europa Ocidental- 25, Estados da Europa Oriental – 18, Estados da América Latina e Caraíbas – 26, Estados Asiáticos e Pacífico – 18 e Estados Africanos – 33. Página oficial do Tribunal, Haia,. Em anexo I, II, III e IV Disponível na internet em:

<<http://www.icc-cpi.int/menus/asp/states%20parties/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute?lan=fr-FR>

⁸⁷ “Organização Internacional é uma entidade autónoma e permanente, com personalidade e capacidade jurídica internacional, constituída por associação voluntária de sujeitos do Direito Internacional por acto jurídico internacional, dotada de regulamento interno próprio e de órgãos permanentes encarregados de prosseguir os objectivos definidos no acto constitutivo.” BRITO, Wladimir, *Direito Internacional Público*, op. cit., pág.392. Desta definição destacam-se as características de permanência, e autonomia, fundamentais na compreensão do funcionamento do TPI, características que aliada ao aos seus próprios objectivos e à existência de um complexo e coerente de órgãos, com personalidade e capacidade jurídica, lhe imprime o traço institucional.

⁸⁸ Refira-se que entre os sete países que votaram contra o Estatuto de Roma alguns estão alguns ditos poderosos: Estados Unidos, China, Iraque, Líbia, Iémen, Qatar e Israel. Destes, destaca-se a posição dos Estados Unidos, e, apesar de muito já se ter escrito sobre o comportamento deste país, Paula Escaraméia, por conhecimento próprio enquanto membro da delegação de Portugal às negociações para a criação de um Tribunal Penal Internacional, faz deste modo, em “Prelúdios de uma Nova Ordem Mundial: O Tribunal Penal Internacional”, in *Revista Nação e Defesa*, nº 104, Instituto de Defesa Nacional, 2003, pág. 32, um resumo dos acontecimentos: “Apesar de terem pedido a votação do Estatuto em Roma, os Estados Unidos mantiveram-se participantes nos trabalhos subsequentes, tendo desempenhado um papel relevante na elaboração dos importantes documentos “Elementos dos Crimes” e “Regras Processuais e de Prova”. No último dia do período de assinaturas do Estatuto, dia 31 de Dezembro de 2000, os Estados Unidos assinaram o referido texto, sendo que, posteriormente, com a mudança da Administração, a sua atitude transformou-se radicalmente, de uma aceitação pacífica sobre a futura existência e funcionamento do Tribunal para uma hostilidade militante contra o mesmo, através: da aprovação do American Servicemembers Protection Act” (ASPA) (Esta lei interna americana, aprovada em 7 de Dezembro de 2001 pelo Senado, não só impede a colaboração de qualquer órgão americano com o Tribunal mas retira apoio militar a todos os Estados que ratificarem o dito tratado (com as excepções dos parceiros da NATO e de alguns aliados tradicionais) e permite qualquer meio (incluindo o uso da força armada) para impedir que americanos venham a ser julgados pelo TPI, sendo, por isso, conhecida na gíria internacional como o “Hague Invasion Act”, já que os acusados se encontrariam provavelmente detidos na Haia, aguardando julgamento pelo Tribunal), de uma ausência total das negociações e da retirada da assinatura já dada (o que, não tendo quaisquer impedimentos do ponto de vista legal, aconteceu, pela primeira vez, na história dos tratados), visando a exclusão de cidadãos americanos da jurisdição do mesmo. Embora tal exclusão já tivesse sido tentado aquando da elaboração do “Acordo de Relação entre a Organização das Nações Unidas e o Tribunal Penal Internacional”, pela tentativa de introdução de uma cláusula que visava a dita exclusão, os EUA conseguem-na pela aprovação da resolução 1422 (2002) pelo Conselho de Segurança, em 12 de Julho de 2002 que ficam excluídos dessa jurisdição, por um período de 12 meses, renovável por resolução futura, os oficiais e pessoal, actual ou anterior, membros de forças ao serviço do Conselho de Segurança, desde de que nacionais de Estados não Partes, utilizando, para tal, o art. 16º do Estatuto, referido supra. Actualmente é

cerca de cinquenta anos, quase tantos como a própria organização internacional que o promoveu e concretizou⁸⁹.

Constituído fora de um contexto concreto de guerra e fora do controlo directo do Conselho de Segurança (logo, fora da alçada da influência tendenciosa das grandes potências⁹⁰), não pode ser considerado, como os seus antecessores, um tribunal de vencedores porque se trata de uma organização internacional de carácter judiciário internacional e permanente com competência para julgar crimes internacionais, de jurisdição obrigatória para todos os Estados partes na Convenção Constitutiva. Tem ainda a originalidade de se reger por um código de processo próprio, elaborado, negociado e aprovado pelos Estados parte e não pelos Juízes, o que representa uma garantia, desenvolvimento e afirmação do direito processual penal internacional.

Resumindo são três as novas características do tribunal no tocante à matriz do seu poder judicial⁹¹: é uma justiça permanente, independente e automática.

É uma justiça permanente porque existe e está sempre activa, de estrutura duradoura e não intermitente.

É uma justiça independente porque é o resultado do acordo e vontade da generalidade dos Estados, sob os auspícios da ONU, não sendo resultado de uma vontade restrita, ao invés das experiências anteriores, ora de vencedores (Nuremberga e Tóquio) ora do Conselho de Segurança (Jugoslávia e Ruanda).

pelas pressões sobre vários Estados, para que concluam acordos bilaterais, que ficariam excluídos completamente cidadãos americanos da jurisdição do Tribunal.”

José de Campo Amorim. 2002. O Tribunal Penal Internacional: um novo sistema de justiça universal”, *Lusitana – Revista de Ciência e Cultura*”, n.ºs 1 e 2, pág. 110 refere os argumentos que sustentam a oposição de alguns dos outros países: A oposição da China teve como base a sua vontade em excluir da competência do TPI os conflitos armados internos (por causa da sua posição política e militar no Tibete). A Índia opôs-se ao Estatuto por causa do princípio da complementaridade (possibilidade do Tribunal poder exercer a sua jurisdição num conflito da competência interna de um Estado) e por causa das responsabilidades atribuídas ao Conselho de Segurança, que segundo este Estado põe em causa a independência dos Estados. Por fim Israel não assinou o Estatuto devido à definição dos crimes de guerra. A referência na alínea b) do n.º 2 do art.º 8º a “transferência, directa ou indirecta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro e fora desse território” enquadra-se na política de colonização realizada por Israel nos territórios ocupados.

⁸⁹ BRITO, Wladimir, “Tribunal Penal Internacional: Uma Garantia Jurisdicional para a Protecção do Direitos da Pessoa Humana”, op.cit., pág. 93.

⁹⁰ Nos países mais reticentes ao Tribunal Penal Internacional formaram-se dois grupos de oposição com interesses distintos: por um lado um conjunto de países, essencialmente afro-asiáticos, para quem a existência do TPI consubstanciaria um potencial risco à sua soberania e por outro, as grandes potências, membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas que viam neste órgão através do direito de veto, um meio de controlar as eventuais situações de submissão à justiça penal internacional.

⁹¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Manual de Direito Internacional Público*, op.cit., pág. 135

É uma justiça automática porque a sua jurisdição não fica dependente de uma posterior aceitação daquela competência jurisdicional, operando automaticamente por via da vinculação convencional dos termos do art.º 12º⁹².

2.2 – Jurisdição do Tribunal Penal Internacional

No preâmbulo do Estatuto do Tribunal Penal Internacional reconhece-se desde logo que “no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência humana” e que “crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade, que estes “não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efectivamente assegurada através da adopção de medidas a nível nacional e do reforço da cooperação internacional”, decididos a “pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir para a prevenção de tais crimes”.

Assim, tendo em vista a protecção dos direitos humanos, a afirmação regular e estável da justiça na ordem internacional e nas relações internacionais e o combate à impunidade, o TPI actua ao serviço de Direito Penal Internacional complementando as jurisdições nacionais de duas formas:

- a nível repressivo, pela perseguição e efectiva punição dos autores dos crimes, constituindo um instrumento central de imposição do próprio direito internacional;
- a nível preventivo, actuando com vista a um efeito dissuasor, conseguindo deste modo, a longo prazo uma diminuição da criminalidade.

A sua competência é limitada. Em termos de *ratione materiae* circunscreve-se ao definido no artigo 5º e restringe-se aos crimes mais graves que afectam a comunidade internacional no seu conjunto:

- O crime de genocídio⁹³;
- Crimes contra a humanidade⁹⁴;

⁹² Artigo 12º: “O Estado que se torne Parte no presente Estatuto, aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o art.º 5º”

⁹³ Cf artigo 6º do ETPI. Para um estudo mais aprofundado sobre este crime: BAPTISTA, Eduardo. 2006. Correia, “O Crime de Genocídio”, *Direito e Justiça, O Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional*, Universidade Católica, Vol. Especial, pág. 41-55; AMBOS, Kai, BÖHM, Maria Laura. 2010. Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la «intención de destruir», *Revista Penal*, Junho, pág. 65-78. [consult. 23.Fev.2012]Disponível na internet em: <[http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component/option.com_docman/Itemid,133/gid,132/task_cat_view/AMBOS, Kai, Qué significa la «intención de destruir» en el delito de genocidio?, Revista Penal, n.º 26, Julho 2010, pág.47-64](http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component/option.com_docman/Itemid,133/gid,132/task_cat_view/AMBOS,Kai,Qué%20significa%20la%20intención%20de%20destruir%20en%20el%20delito%20de%20genocidio%20%20Revista%20Penal,%20n.º%2026,%20Julho%202010,%20pág.47-64)> [consult. 23.Fev.2012]Disponível na internet em: <URL: http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component/option.com_docman/Itemid,133/gid,132/task_cat_view/>

- Crimes de guerra;⁹⁵
- Crime de agressão ⁹⁶

Trata-se de crimes que se enquadram na denominada macro- criminalidade que, quer pela sua dimensão, quer pelas condutas específicas, se afastam dos delitos comuns do direito nacional, bem como da denominada criminalidade especial (terrorismo, tráfico de estupefacientes, criminalidade económica)⁹⁷.

A sua jurisdição também é limitada *ratione temporis*, aplicando-se de acordo com o art.º 11º o princípio da não retroactividade das suas previsões.

Por fim há também limitações *ratione personae*, aplicando-se esta jurisdição apenas a cidadãos dos Estados Parte do ETPI. Refira-se também que a responsabilidade penal é individual, julgando apenas pessoas singulares, independentemente da sua qualidade oficial⁹⁸ e não se julgam Estados.

Há que referir, no entanto, que apesar do ETPI ter a virtude de definir uma clara e consensual tipificação dos crimes da sua jurisdição, este não deve ser considerado um

⁹⁴ Cf. artigo 7º do ETPI. Sobre este crime: SILVA, Germano Marques. 2006. “Crimes Contra a Humanidade”, *Direito e Justiça, O Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional*, Universidade Católica, Vol. Especial, pág. 57-65. Para um estudo completo sobre os crimes contra a Humanidade no âmbito do Direito Internacional penal ver: ALMEIDA, Francisco Ferreira, 2009. *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional*, Coimbra: Edições Almedina.

⁹⁵ Cf. artigo 8º do ETPI

⁹⁶ Ao contrário dos outros crimes sobre os quais o TPI tem competência o crime de agressão não se encontra definido no EPTI. Trata-se de caso único no Estatuto, que por um lado afirma a sua competência desse crime mas remete a sua eficácia para o futuro após o acordo quanto à sua definição e às condições do seu exercício Neste sentido: ESCARAMEIA, Paula. 2006. “O Tribunal Penal Internacional e o Crime de Agressão”, *Direito e Justiça, O Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional*, Universidade Católica, Vol. Especial, pág. 18. Entre 31 de Maio e 11 de Junho de 2011, realizou-se em Kampala, Uganda, a denominada “Conferência de Kampala” a primeira revisão do ETPI donde resultou a adopção de uma resolução no sentido da definição do crime de agressão e das condições do seu exercício por parte do TPI. Página oficial do Tribunal, Haia, [consult. 01.Fev.2012]

Disponível na internet em:

<<http://www.icc-cpi.int/menus/asp/reviewconference/pressreleaserc/review%20conference%20of%20the%20rome%20statute%20concludes%20in%20kampala>

Sobre o crime de agressão: ESCARAMEIA, Paula. 2006. “O Tribunal Penal Internacional e o Crime de Agressão”, *Direito e Justiça, O Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional*, Universidade Católica, Vol. Especial, pp 17-39

Para mais desenvolvimentos sobre o crime de agressão após a conferência de Kampala: AMBOS, Kai. 2011. “The crime of aggression after Kampala”, *German Yearbook of International Law*, 53, pág. 463-509

⁹⁷ Para desenvolvimento do conceito de macrocriminalidade: AMBOS, Kai. 2004. “Derechos humanos y Derecho Penal Internacional”, *Diálogo Político*, Ano XXI, Nº 3, Konrad-Adenauer- Stiftung A.C.

⁹⁸ Sobre a responsabilização do superior hierárquico, que, estando numa situação de comando falha o seu dever de prevenir ou punir os crimes dos seus subordinados, conhecida por “responsabilidade de comando ver RODRIGUES, Almiro. 2006. “A responsabilidade Criminal do Superior Hierárquico em Direito Penal Internacional”, *Direito e Justiça, O Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional*, Universidade Católica, Vol. Especial, pp.325-342.

instrumento dogmático e inflexível. Pelo contrário, o ETPI estatui três normas que apontam no sentido de flexibilidade e abertura a processos de paz:

- O artigo 16º prevê a possibilidade do Conselho de Segurança das Nações Unidas suspender uma investigação de acordo com o capítulo sete da Carta das Nações Unidas;
- O artigo 17º, que consagra o princípio da complementaridade;
- O artigo 53º, que contem a cláusula denominada de “interesses de justiça” (*interests of justice*), típica do direito processual norte-americano, do sistema *common law*, que deixa ao critério do Procurador o início formal da investigação.

Estas três normas nomeadamente o princípio da complementaridade mostram que o Tribunal Penal Internacional não é um obstáculo para um processo de paz⁹⁹.

Sendo certo que o Tribunal Penal Internacional não é um obstáculo a um processo de paz, há autores que discutem qual o papel deste tribunal no âmbito de um processo de negociações de paz quando em confronto está a necessidade de não deixar impunes crimes da competência do TPI, por um lado, e a necessidade de apaziguamento e reconciliação por outro, frequentemente conseguidos através de “amnistias” ou outras formas discutidas de “justiça restaurativa”, como as Comissões de Paz e Reconciliação¹⁰⁰. Temos ainda de considerar a existência de relações entre uma organização internacional e um (ou mais) Estados soberanos que em última instância podem vir a ser inquiridos pela sua falta de actuação e até responsabilizados pela falta de cooperação. Porém, esta questão foi propositadamente deixada em aberto durante as discussões do Estatuto de Roma porque não é possível fixar uma resposta geral que justifique a excepção à regra geral da punição para os crimes em questão da competência do TPI, desde logo pelas características muito variáveis dos conflitos, das sociedades e das estruturas culturais onde ocorrem. Na opinião de Jean- Michael Simon¹⁰¹ “o que se pode exigir dentro do sistema de jurisdição penal complementar entre os Estados e o TPI para os crimes de maior gravidade é que o Estado demonstre a

⁹⁹ AMBOS, Kai. 2004. “Derechos humanos y Derecho Penal Internacional”, *Diálogo Político*, Ano XXI, Nº 3, Konrad-Adenauer- Stiftung A.C., pág. 91

¹⁰⁰ Uma análise alargada sobre as práticas de justiça restaurativa pode-se encontrar na página do Forum Europeu de Justiça Restaurativo [consult. 20.Mar.2012]
Disponível na internet em:

<<http://www.euforumrj.org>

¹⁰¹ Em “Entre o global e o local: negociações de paz e Tribunal Penal Internacional” in *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*.op.cit. pág., 611

necessidade de estabelecer uma excepção à regra da reacção punitiva ampla e completa como requisito imprescindível para estabelecer e manter a paz”.

2.3 – Organização, Composição e Funcionamento

Nos termos do previsto no Capítulo IV do ETPI, o Tribunal Penal Internacional é composto por três unidades orgânicas: a Presidência, três Secções verticalmente organizadas (Secção de Recurso, Secção de Julgamento em Primeira Instância e Secção de Instrução), o Gabinete do Procurador e pela Secretaria.¹⁰²

É composto por 18 Juízes¹⁰³, propostos pelos Estados partes, que exercem as suas funções de forma independente¹⁰⁴, de acordo com uma regra de exclusividade, número este que pode ser aumentado. São pessoas de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade, com competências específicas. Não poderá haver dois juízes da mesma nacionalidade¹⁰⁵, pretendendo-se, deste modo, a maior representatividade geográfica e especialização jurídica possível. Os juízes são eleitos pela Assembleia de Estados partes por escrutínio secreto e por maioria de dois terços¹⁰⁶, o que assegura a legitimidade, e por um período de nove anos não sendo possível a sua reeleição.

Por outro lado, o Presidente e os Vice Presidentes são eleitos pelo período de três anos, por maioria absoluta dos Juízes¹⁰⁷. O Presidente é o órgão do Governo e órgão superior da Administração com diversas funções administrativas e jurisdicionais atribuídas¹⁰⁸.

O Gabinete do Procurador, é um órgão presidido pelo próprio procurador, tem como função o exercício do poder penal junto do tribunal, de acordo com o princípio acusatório,¹⁰⁹ devendo recolher comunicações ou qualquer outro tipo de informação, devidamente fundamentadas, sobre crimes da competência do tribunal e tem o dever de exercer as suas funções de forma autónoma e independente em relação ao TPI ou qualquer outra entidade. O Procurador e os Procuradores Adjuntos têm competências e

¹⁰² Cfr. Artigo 34º do ETPI

¹⁰³ Cfr. Artigo 35º e 36º do ETPI

¹⁰⁴ Cfr. Artigo 40º do ETPI

¹⁰⁵ Cf. Artigo 36º, n.ºs 7 e 8 do ETPI

¹⁰⁶ Cf. Artigo 36º, n.º 6 do ETPI

¹⁰⁷ Cf. Artigo 38º do ETPI

¹⁰⁸ Sobre o Estatuto do Juiz no Tribunal Penal Internacional, nomeadamente sobre a sua legitimidade, recrutamento e modo de designação e poderes dos Juízes: Wladimir Brito, *Direito Internacional Público*, op. cit., Pág. 568 a 584.

¹⁰⁹ MACHADO, JÓNATAS E.M., *Direito Internacional do Paradigma Clássico ao Pós – 11 de Setembro*. op. cit.,pág. 423

qualidades semelhantes aos Juízes, nomeadamente de exclusividade, idoneidade moral e alto nível de competência ¹¹⁰. A este propósito refira-se que a actuação do actual procurador, Luis Moreno- Ocampo não tem sido pacífica como resulta da sua postura perante casos como o de Omar Al- Bashir do Sudão.

Por fim a Secretaria, é o órgão administrativo a quem cabe os aspectos não judiciais da administração e do funcionamento do tribunal¹¹¹.

2.4. - Submissão aos princípios jurídico-penais universalmente reconhecidos e aceites

Apesar de todo o entusiasmo que rodeou a assinatura do Estatuto do Tribunal Penal Internacional uma análise do Estatuto não constitui um Código Penal ou um Código de Processo Penal nem poderia sê-lo.. Neste sentido diz-nos Kai Ambos:

“Sin embargo, un examen más detenido del Estatuto de Roma nos lleva rapidamente de vuelta a complejos tecnicismos legales e insuficiencias, resultado del "espíritu de compromiso" presente en las negociaciones diplomáticas que tuvieron lugar en el edificio FAO de Roma. El Estatuto de Roma no es precisamente un depurado código de Derecho penal y procesal penal desde el punto de vista dogmático, ni podía serlo. Pero es un intento de hacer concurrir los modelos de justicia criminal de más de 150 Estados dentro de un sistema legal más o menos acceptable para la mayoría de las delegaciones presentes en Roma.”¹¹²

Neste sentido entende-se que o Estatuto de Roma seja um acordo constitutivo, enquanto tratado de direito internacional público, que cria uma organização com poderes judiciários e que obrigou a Assembleia dos Estados Parte a legislar em diversas matérias. A Assembleia dos Estados Parte é nos termos do art.º 112ª constituída por um representante de cada Estado Parte no Estatuto competindo-lhe decidir sobre matérias que o Estatuto deixou à sua consideração.¹¹³ Assim, outros textos foram aprovados posteriormente: O Regulamento Processual do Tribunal Penal Internacional, aprovado

¹¹⁰ Cf. Artigo 42º n.º 1 a 5 do ETPI

¹¹¹ Cf. Artigo 43 do ETPI

¹¹² AMBOS, Kai, “Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, pág.1. Universidade de Göttingen. [consult. 20.Mar.2012]
Disponível na internet em:

http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component?option=com_docman/Itemid,133/gid,132/task,cat_view/

¹¹³ MEIREIS, M. Augusto, 1998, *O Tribunal Penal Internacional*. 1998, *Antecedentes, Génese e Futuro*. Lusíada – Revista de Ciência e Cultura”, n.ºs 1 e 2, pág. 324.

na 1ª sessão da Assembleia dos Estados Partes em Nova Iorque que decorreu entre 3 e 10 de Setembro de 2002; O Regimento do Tribunal Penal Internacional, aprovado em 26 de Maio de Maio de 2004 no âmbito da 5ª sessão plenária pelos Juízes do TPI (tendo sofrido a primeira alteração em 9 de Março de 2005 e a segunda em 18 de Dezembro de 2007), o código de Ética Judicial do Tribunal Penal Internacional aprovado em 9 de Março de 2005 entre outros¹¹⁴.

Pedro Caeiro¹¹⁵ diz-nos que este Estatuto “é um documento complexo, com dimensões de natureza heterogénea”. Diz-nos que se destaca a sua *dimensão constitucional*, como instrumento de direito que funda um órgão com poderes judiciais; tem também uma *dimensão orgânico-institucional*, relacionada com a primeira que “conforma o tribunal como aparelho judiciário”; e a *dimensão jurisdicional* que é composta pelas normas que definem a sua jurisdição e o âmbito de aplicação das suas normas substantivas; em terceiro lugar “surge a *dimensão material, ou substantiva* do Estatuto, integrada pelas normas que definem os pressupostos da punição, pelas que tipificam os crimes e pelas que regulam as penas a sua aplicação”; em quarto lugar uma *dimensão processual* onde constam as normas que regulam o processo penal; em quinto lugar a *dimensão executiva*, com algumas normas destinadas às previsões das penas e sua execução e por fim uma *dimensão da cooperação* onde se estabelece o regime da cooperação judiciária dos Estados com o tribunal.

Não sendo possível, neste trabalho, abordar todas as suas dimensões vamos concentrar-nos na sua dimensão jurisdicional, nomeadamente na presença dos princípios jurídico-penais que de acordo com Kai Ambos serão fundamentais para completar as lacunas do Estatuto do Tribunal Penal Internacional:

“La amplitud y flexibilidad del Estatuto de la CPI permite a los jueces tener una amplia discrecionalidad. En el procedimiento dependerá de su formación jurídica que el juicio sea más adversarial o, por el contrario, más inquisitivo. En el derecho sustantivo, el recurso a los

¹¹⁴ Página oficial do Tribunal, Haia, [consult. 01.Fev.2012]
Disponível na internet em:
<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/>

¹¹⁵ Pedro Caeiro. 2003. “Alguns Aspectos do Estatuto de Roma e os Reflexos da sua Ratificação na Proibição Constitucional de Extraditar em Caso de Prisão Perpétua”. *Direito e Cidadania*, Ano 5, n.º 18, pág.43

principios generales en el sentido del artículo 21 será vital para completar las lagunas del Estatuto de la CPI”.¹¹⁶

Se a parte geral do ETPI constitui o centro de reflexão dogmática e ponto de partida de todo o modelo de justiça criminal a desenvolver, no *Capítulo III* denominado *Princípios Gerais de Direito Penal*, encontram-se plasmados os referidos princípios: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* e o Princípio da não retroactividade *ratione personae*.

Kai Ambos analisa desta forma a existência dos referidos princípios gerais de direito:

“Complementando los principios de *nullum crimen* y *nulla poena* (artículos 22 a 24) se incluyen algunas previsiones en la Parte II del Estatuto ("Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law"): el principio *ne bis in idem* (artículo 20) y el de ley aplicable (artículo 21).¹¹⁷

De acordo com o referido autor, na obra citada, o princípio *nullum crimen sine lege* está presente, de quatro formas distintas nos artigos 22 a 24. Uma pessoa só pode ser punida por uma acção que estivesse prevista no Estatuto (*lex scripta*), que tenha sido cometida após a entrada em vigor do Estatuto (*lex praevia*), que estivesse definida com clareza (*lex certa*), e que não seja resultado de analogia (*lex stricta*). Este princípio tem duas consequências claras: por um lado impõe ao legislador internacional o dever de tipificar legalmente os actos que integram as condutas que se pretendem sejam qualificadas como crimes antes de atribuir competência ao tribunal para julgar os indivíduos agentes dessa conduta, por outro, protege os sujeitos de uma perseguição criminal por uma conduta que à data da sua realização não era considerado crime. A questão da proibição da analogia, prevista no n.º 2 tem como consequência que as ambiguidades devem ser resolvidas a favor do arguido.¹¹⁸

¹¹⁶ AMBOS, Kai. 2010. “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc a* un sistema universal basado en un tratado internacional”, *Política Criminal*. Vol. 5, nº 9, pág. 246

¹¹⁷ Ambos, Kai, “Princípios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, op.cit., loc.cit.

¹¹⁸ Sobre esta questão Kai Ambos em “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc a* un sistema universal basado en un tratado internacional”, op. cit, pág. 250 refere o caso Lubanga (cuja sentença de condenação foi conhecida em 14 de Março: “Un ejemplo concreto surge del juicio a *Lubanga*, y se refiere al crimen de reclutamiento forzoso de niños.

La Sala de Cuestiones Preliminares debió aplicar el artículo 8(2b)(xxvi), toda vez que consideró el conflicto en la región de Ituri de la República Democrática del Congo (DRC en sus siglas en inglés) desde julio de 2002 hasta el 2 de junio de 2003, como uno de carácter internacional. Esta disposición criminaliza el reclutamiento de niños dentro de las “fuerzas armadas nacionales” -en contraste al artículo 8(2e)(vii)-, aplicable a los conflictos armados no internacionales, que se refieren a “fuerzas armadas o grupos”. Como consecuencia, la SCP se enfrentó con la difícil cuestión de si el reclutamiento de niños

Os princípios de lei escrita e da não retroactividade atribuem ao arguido o direito de reclamar a lei em vigor ao tempo do actos, não podendo ser considerado criminalmente responsável de acordo com o Estatuto por condutas praticadas antes da entrada em vigor. Em caso de alteração de direito aplicável ao caso, antes de proferida a sentença, deve-se aplicar a mais favorável ao réu.

O princípio *nullum crimen sine lege* e em especial o princípio da não retroactividade encontram-se nos ordenamentos jurídicos nacionais em geral e após ter sido importado do direito interno para o direito internacional, é hoje aceite e

dentro de un grupo no estatal rebelde o movimientos insurgentes, como las *Forces Patriotiques pour la Libération de Congo* (en adelante, FPLC), está subsumido dentro de este delito. Si bien el FPLC ciertamente califica como una fuerza armada, el término “nacional” puede restringir el alcance de la disposición a fuerzas armadas gubernamentales y ser, por lo tanto, inaplicable al reclutamiento dentro de una fuerza irregular como el FPLC. Guiada por el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la SCP comienza su interpretación analizando el significado ordinario del término “nacional”. Refiriéndose a varias sentencias del TPIY, la Sala sostiene que “nacionales” no significa necesariamente fuerzas armadas “gubernamentales”. Sin embargo, en esas decisiones, el TPIY analizó la cuestión de si “nacional” en los términos del artículo 4(1) del IV Convenio de Ginebra podría ser interpretado como “étnico” o como “perteneciente al partido de la oposición”, es decir, que estas sentencias fueron emitidas en un contexto totalmente diferente. Por lo tanto, es muy cuestionable que estas consideraciones puedan ser aplicadas sin más a la interpretación de “fuerzas armadas nacionales”. Sin ninguna referencia a los *travaux*, la Sala sostiene además que los redactores del Estatuto pretendieron incluir en el artículo 8 del Estatuto una serie más amplia de conductas criminales cometidas en el contexto de un conflicto armado internacional. Sin embargo, esta afirmación se contradice con la historia de la redacción y no puede ser conciliada con el principio *nullum crimen* por las siguientes razones: Como correctamente sostiene la Sala, el artículo 8 (2b)(xxvi) está basado en el artículo 77 del Protocolo Adicional I (en adelante, PA I) del CG IV que obliga a los Estados miembros a tomar todas las medidas posibles para prevenir que los niños participen directamente en las hostilidades. La Sala sostiene que el PA I no está limitado a las fuerzas armadas gubernamentales. En el mismo sentido, la propuesta original del Comité Preparatorio preveía el reclutamiento de niños dentro de las fuerzas armadas; solo después se agregó el término “nacional”. Esto se hizo para dar respuesta a las preocupaciones de varios Estados árabes, especialmente El Líbano, que temía que la primera versión pudiera cubrir las fuerzas de Hezbollah. Más aún, el mero hecho de su incorporación muestra la intención de los redactores de limitar la aplicación de esta disposición sólo a las fuerzas armadas del Estado. Precisamente por esta razón esta disposición fue criticada por varios grupos de derechos humanos que objetaban que los movimientos rebeldes serían excluidos.

De acuerdo a estos antecedentes, no es sorprendente que la Sala no tuviera otra opción que la de sostener una interpretación extensiva de la disposición en discusión tomando en cuenta “consideraciones humanitarias y el sentido común.” Según la Sala un resultado diferente sería contrario al objeto y fin del Estatuto de la Corte, que no es otro que el de asegurar que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no queden sin castigo. Sin embargo, estas consideraciones - convincentes como son desde el punto de vista de una política general- no pueden eximir a la Sala de la interpretación correcta y exacta de las disposiciones correspondientes. El artículo 21(1a) obliga a la Sala, en forma explícita, a aplicar en primer lugar el Estatuto y no la Convención de Viena que, de hecho, es un mero instrumento de interpretación. Si el Estatuto utiliza un término como “nacional” y éste fue incluido expresando la clara intención de los redactores, la Sala debe aceptar este término e interpretarlo. No se puede hacer caso omiso de una redacción clara recurriendo al objeto y fin del Estatuto.

En caso de ambigüedad, el término debe ser interpretado a favor del sospechoso o acusado (art. 22(2) cláusula 2). Aún se podría sostener que la disposición pudiese ser extendida a grupos armados no gubernamentales, sin embargo, ese argumento debería estar basado en una interpretación conforme a las reglas generales de interpretación, y no sólo sobre la base de consideraciones humanitarias y sentido común. En consecuencia, la extensión de la disposición realizada por la Sala a todas las fuerzas armadas ignora la decisión legislativa de los Estados miembros y viola la *lex stricta* del artículo 22(2) de la cláusula 1.

reconhecido como um princípio fundamental no âmbito do direito internacional¹¹⁹, com base no qual se limita a actuação do tribunal aos casos em que a conduta do agente tenha sido qualificada como crime por lei anterior à sua execução. A este propósito, e em sentido contrário, este princípio não foi interpretado desta forma no julgamento de Nuremberga. Com efeito o Tribunal rejeitou o argumento da defesa que considerou a acusação de crimes de guerra como uma acusação *ex post facto*, violando o princípio *nullum poena sine lege praevia* porquanto o crime em causa não estava tipificado no momento em que foi cometido pelos nazis. Este argumento não foi acolhido pelo tribunal que argumentou que estes princípios constavam já dos princípios de justiça internacional à data dos factos.

Os desenvolvimentos normativos que se seguiram ao Julgamento de Nuremberga foram neste sentido: a palavra “Lei”, no princípio *nullum crimen sine lege* deverá ser entendida em sentido amplo, incluindo não somente a lei mas também os costumes e princípios gerais de Direito e reflectiu-se em textos como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e outros acordos de Direitos Humanos. De qualquer forma, a sua consagração representa um grande avanço no direito penal internacional, protegendo não só os direitos e liberdades fundamentais do indivíduo, mas garantindo também a protecção do indivíduo de eventuais abusos do poder judicial.

No sentido mais amplo das previsões, incluindo não só a lei mas também os costumes e princípios gerais de direito vai também o n.º 3 do artigo 22º do ETPI (referente ao *princípio nullum crimen sine lege*): “o disposto no presente artigo em nada afectará a tipificação de uma conduta como crime no termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto”.

De facto, o conceito de *jus cogens* refere-se à normas internacionais imperativas, que são aceites e reconhecidas pelos e pela comunidade internacional e pelos Estados, como sendo aquelas que não admitem derrogações, qualquer modificação tem de ser efectuada por outras de idêntica natureza e que por tutelarem interesses fundamentais são hierarquicamente superiores a todas as outras que integram o *corpus* do direito internacional.

¹¹⁹ Presente nos seguintes documentos: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 15º; Convenção Europeia dos Direitos Humanos, artigo 7º; Convenção Americana dos Direitos do Homem, artigo 9º; Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 11º; Carta Africana dos Direitos Humanos dos Povos, artigo 7º; Convenção de Genebra de Genebra de 12 de Agosto de 1949, relativa ao tratamento de prisioneiros de guerra, artigo 99º; Convenção de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativa à protecção de Civis, artigos 64 a 67; Protocolo Adicional I à Convenção de 1949 de Genebra relativa às vítimas de Conflitos Internacionais Armados, artigo 74.

Por outro lado, o artigo 23º do ETPI o princípio *nulla poena sine lege*, intimamente relacionado com o princípio *nullum crimen sine lege*, tanto mais que ambos integram o princípio da estrita legalidade em matéria penal¹²⁰ e à semelhança do primeiro também é acolhido em diversos instrumentos internacionais em matérias dos direitos do Homem.

Na opinião de Kai Ambos este artigo 23ª prevê um “limitado” princípio *nulla poena sine lege* porquanto apenas prevê que ao condenado só podem ser aplicadas as penas prevista no Estatuto - prisão de prisão até 30 anos ou prisão perpétua e pena de multa e perda de bens de acordo com os artigos 77º a 80º, não especificando a pena correspondente a cada um dos crimes previstos no Estatuto¹²¹. De acordo com Kai Ambos na obra citada, o princípio *nulla poena sine lege* apenas se cumpre parcialmente:

“Se puede afirmar que el artículo 77 y siguientes si bien cumplen con las exigencias de ley escrita y con el principio de irretroactividad, no sin embargo, con los criterios de lex certa y lex stricta de las penas comunes a la ley penal nacional por cuanto no especifican las distintas sanciones correspondientes a los delitos comprendidos en la jurisdicción del tribunal (artículos 5-8). El Estatuto de Roma va más allá todavía que todos los anteriores documentos de Derecho Penal Internacional al especificar penas para todo supuesto cumpliendo por tanto las exigencias del principio *nulla poena* tal y como es entendido en la ley penal internacional”¹²²

O princípio *ne bis in idem*¹²³, princípio jurídico reconhecido como fundamental para a defesa dos indivíduos contra múltiplas perseguições pela prática do mesmo crime, é uma garantia judicial e garante o respeito pelos direitos e garantias individuais encontra-se consagrado no artigo 20º¹²⁴. Assim, a defesa pode invocar este princípio

¹²⁰ Brito, Wladimir, *Direito Internacional Público*, op. cit., pág. 555

¹²¹ À semelhança do que aconteceu noutras matérias a preocupação na negociação e elaboração do ETPI foi a de conseguir algum consenso e compromisso entre as diferentes delegações dos Estados quer nos Comitês, quer na Conferência de Plenipotenciários. Estabeleceram-se duas posições distintas: uma que defendia a tese que o Estatuto deveria estabelecer as penas mínimas e máximas, e até agravantes e atenuantes e outra, defendida pela Comissão de Direito Internacional que entendia que não era necessário a consagração no Estatuto a concreta doseometria das penas, cabendo ao Tribunal a competência para a sua fixação. Do confronto destas duas posições estabeleceu-se consensualmente o meio-termo, ou seja fixou-se a pena máxima, conferindo-se ao Tribunal a liberdade de dentro do limite pré estabelecido fixar as penas. Esta solução encontra-se plasmada nos artigos 77º e 78 do Estatuto.

¹²² Ambos, Kai, “Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” op.cit., pág. 4

¹²³ Sobre este princípio: CUNHA, José Damião. 2009. “Ne Bis In Idem e Exercício da Acção Penal”, *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra, Coimbra Editora, pág.553-581.

¹²⁴ À semelhança de princípio *nullum crimen sine lege* também este princípio se encontra consagrado na maioria dos sistemas jurídicos assim como em diversos instrumentos internacionais como

perante qualquer tribunal ou perante o TPI, quando haja já uma sentença condenatória ou de absolvição por factos que constituam crimes previstos na jurisdição do TPI, ou seja por crimes de genocídio, crimes contra a Humanidade, crimes de guerra e agressão.

Excepcionalmente, o indivíduo pode ser julgado também pelo TPI, depois de o ter sido por um tribunal nacional, mas apenas no caso de este não ter conduzido o julgamento de uma forma independente ou imparcial. Esta excepção está de acordo com a regra da complementaridade prevista no artigo 17º. Nestes termos, o julgamento por parte do TPI apenas é admissível se o Estado em questão não quiser ou não o puder acusar. Pode-se dizer que o n.º 3 do art.º 20 contempla essencialmente os mesmos princípios das alíneas a) e c) do n.º 2 do art.º 17º e que permite ao TPI o exercício da jurisdição, mesmo que os Tribunais já tenham julgado o mesmo caso. Neste sentido, considerando o n.º 3º do art.º 20º, o princípio *ne bis in idem* só é aplicado de forma absoluta no caso de o suspeito ter sido julgado pelo próprio TPI pela prática do mesmo crime, porquanto de acordo com o mesmo artigo estão consagradas as excepções ao princípio, todas elas fundadas em inequívoca parcialidade e falta de independência. O mesmo é dizer que é excepção a falta de credibilidade e qualidade das jurisdições nacionais. Pode-se ainda afirmar que este princípio traça a fronteira entre uma justiça criminal efectiva e uma justiça destinada a subtrair os responsáveis à sua responsabilidade criminal.

Apesar de não estarem de todo definidos os critérios de avaliação conducentes a estas excepções, o princípio *ne bis in idem* foi consagrado no Estatuto impondo-se ao tribunal o dever *ex officio* de verificar os pressupostos da sua aplicação, consagrando-se assim a garantia individual de não ser julgado duas vezes pelo mesmo crime e de não voltar a ser incomodado pelos mesmos crimes. Para além da garantia pessoal, este princípio visa também a salvaguarda da integridade do sistema judicial, ou seja, em nome do prestígio da justiça e da coerência decisória, as sentenças proferidas em determinado tribunal não devem sofrer qualquer ingerência por parte de outros tribunais, o que se traduz em coerência, racionalização de recursos e celeridade processual¹²⁵.

Por fim o *princípio da não retroactividade da aplicação das penas* que se encontra consagrado no artigo 11º- competência *ratione temporis* – e no artigo 24º- não

é o caso do pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos, da Convenção dos Direitos do Homem, da Carta Africana dos Direitos do Homem, do Acordo de Schengen, etc

¹²⁵ ALMEIDA, Francisco Ferreira, *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional*, op. cit. pág. 210.

retroactividade *ratione personae* tem também acolhimento natural no Estatuto do Tribunal Penal Internacional por fazer parte já de diversos textos internacionais relativos aos Direitos do Homem. Assim, em relação à competência *ratione temporis* o tribunal só tem competência judiciária para os crimes praticados após a entrada em vigor da Convenção de Roma de 1998 que instituiu o próprio tribunal¹²⁶, e o número 2 do artigo 11º consagra expressamente que em caso de um Estado se tornar parte no Estatuto, após a sua entrada em vigor, o tribunal só poderá exercer a sua competência em relação a crimes cometidos depois da entrada em vigor do Estatuto relativamente a esse Estado, não admitindo pois a jurisdição retroactiva do tribunal. Exceptua-se a esta previsão a possibilidade da declaração expressa dos Estados no sentido de que consentem que o tribunal exerça a sua competência relativamente a crimes anteriores à sua adesão.

Relativamente à competência *ratione personae*, e ao contrário do que se verificou nos mais recentes tribunais *ad hoc*¹²⁷, o ETPI restringe o exercício do poder jurisdicional à data da sua entrada em vigor, estabelecendo de acordo com o n.º1 do art.º 24º que, nenhuma pessoa poderá ser considerada criminalmente responsável por uma conduta anterior à entrada em vigor do mesmo.

No entanto, na opinião, discutível, de Francisco Ferreira de Almeida¹²⁸ “o momento da prática de certa conduta [...] pode revelar-se menos claro. Seria, v.g, o caso de actos praticados antes da entrada em vigor do Estatuto, mas cujos efeitos (ao menos, alguns deles) se fizessem sentir em momento subsequente; (mais ainda) o de comportamentos levados a cabo previamente àquela data, que todavia, à guisa de uma realização plúrima do mesmo tipo de crime, ou de vários tipos de crime, se considerassem continuados posteriormente”.

2.5. – Princípio do não prejuízo do outro direito internacional

Este princípio consagrado no art.º 10º prevê que nenhuma disposição definida no Estatuto pode ser interpretada no sentido de limitar ou afectar as regras de Direito

¹²⁶ Esta proibição da retroactividade da jurisdição do TPI está de acordo com o previsto no artigo 28º da Convenção de Viena sobre os Tratados que consagra a não retroactividade dos efeitos dos Tratados excepto se, no texto do próprio Tratado essa retroactividade for admitida.

¹²⁷ Em que os argumentos relativos às exigências do princípio *nullum crimen sine lege* foram completamente hauridos em virtude de se considerar que os actos imputados aos arguidos, serem já puníveis ao tempo da sua realização. O exercício *ex post facto* dos tribunais também não foi considerado como argumento que atingisse a validade da jurisdição e considerado apenas como um problema apenas procedimental.

¹²⁸ Em “Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal” op.cit., pág. 235

Internacional já existentes, ou em formação, que visem fins distintos dos previstos no Estatuto. Trata-se de um princípio dirigido à actividade interpretativa do Estatuto. Esta disposição tem particular interesse quando interpretado com o disposto no artigo 98º e relacionando-os com a posição dos Estados Unidos da América perante o Tribunal Penal Internacional.

Os Estados Unidos da América, como já foi referido atrás, participaram activamente nos processos de negociação do ETPI, tendo este sido mesmo assinado pelo Presidente Bill Clinton em 31 de Dezembro de 2000, que no entanto ressalvou no momento, que nem o submetiria à aprovação por parte do Senado nem recomendaria ao seu sucessor que o fizesse, enquanto o Tratado se encontrasse na sua forma actual. Apesar de assinado, o Estatuto nunca foi ratificado pelos EUA em resultado de políticas internas e de movimentações de alguns senadores do Congresso (dos quais se destacam John Ashcroft, Rod Grams e Jesse Helms) que viam no TPI uma ameaça à soberania dos Estados Unidos e que lideraram uma campanha contra o tribunal conseguindo um polémico “desassinar” do Estatuto pelo Presidente George Bush em Maio de 2002.¹²⁹

Mas as acções americanas contra o tribunal não ficaram por aqui. Em primeiro lugar, o Congresso Americano aprovou e o Presidente Bush assinou a ASPA (American Servicemembers Protection Act), que, entre outras disposições, proíbe a participação dos EUA nas missões de manutenção da paz da ONU, ou outras, a menos que os militares americanos não sejam abrangidos pela jurisdição do TPI; insiste em que qualquer resolução do Conselho de Segurança que autorize uma missão de manutenção da paz deverá conferir aos militares americanos uma isenção permanente da jurisdição do TPI; proíbe a cooperação de qualquer organismo público dos EUA com as investigações do TPI; proíbe a cooperação dos seus serviços secretos com qualquer país que tenha assinado o Estatuto de Roma; proíbe o auxílio militar a qualquer país (excepto aos membros da NATO e a sete outros) que tenha ratificado o Estatuto de Roma e autoriza o presidente dos EUA a utilizar todos os meios necessários (incluindo militares) para obter a libertação de qualquer pessoa americana que tenha sido detida pelo TPI, ou em seu nome.¹³⁰

¹²⁹ D’Avila, Filipe Lobo. 2006. “Uma Justiça Penal sem os Estados Unidos da América” *Nação e Defesa*, n.º 113, 3ª série, pág. 48

¹³⁰ Resolução do Parlamento Europeu sobre o projecto de lei relativa à protecção dos militares dos Estados Unidos da América (ASPA) [consult. 21.Mar.2012]

Disponível na internet em:

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2003:271E:0576:0578:PT:PDF>

Em segundo lugar a administração Bush desenvolveu acordos bilaterais com outros países no sentido da protecção dos cidadãos americanos ¹³¹. Neste contexto cumpre ainda referir os esforços dos EUA ¹³², junto do Conselho de Segurança, no sentido de imunizar os membros das forças de manutenção de paz das Nações Unidas quer este sejam originários de países Estados Parte ou não, excluindo desta forma a jurisdição de qualquer Estado ou do TPI em relação a actos praticados no âmbito das missões de paz, restringindo a acção penal ao Estado da nacionalidade do agente. Estas proibições de punir previstas no n.º 7 da Resolução 1497 (2003) e no art.º 6º da Resolução 1593 (2005) têm o seu fundamento na Resolução 1422 (2002) pela qual o Conselho de Segurança, invocando o art.º 16º do ETPI e ao abrigo dos poderes conferidos ao abrigo da Capítulo VII, da Carta das Nações Unidas, requereu ao TPI que não fossem iniciadas quaisquer investigações ou acusações relativamente a cidadãos de Estados não Partes no ETPI, sempre que estivessem em causa factos decorrentes de operações estabelecidas ou autorizadas pela ONU e pelo período de um ano o que veio efectivamente a concretizar-se. O referido art.º 7º não se limita a solicitar a suspensão da jurisdição do TPI, mas antes impede o exercício da jurisdição penal e de todas as jurisdições à excepção da do Estado da nacionalidade, traduzindo-se numa verdadeira imunidade que se distingue da tradicional imunidade baseada na necessidade de liberdade dos membros das missões para o cumprimento dos seus objectivos. Pedro Caeiro ¹³³ classifica a criação destas imunidades como “inválida, tanto no plano formal como material”. No que diz respeito ao plano formal, na opinião do autor, os poderes do Conselho de Segurança não “incluem a faculdade de excluir permanentemente a jurisdição dos Estados em relação aos crimes mais graves contra o direito internacional, sobretudo quando não se vislumbra qualquernexo – para além da própria possibilidade política da intervenção militar”. Além disso seria um “contra-senso admitir que a destituição da jurisdição penal dos Estados [...] fundamental para a manutenção e o restabelecimento da paz e, portanto, para a realização do direito internacional”.

¹³¹ Entre os quais constam: Albânia, Botswana, República Dominicana, Colômbia, Ilhas Fidji, Macedónia, Malawi, Mongólia, Senegal, Ilhas Salomão de acordo com BOGDAN, Atilla, “The United States and the International Criminal Court: Avoiding Jurisdiction Through Bilateral Agreements in Reliance on Article 98, in *International Criminal Law review*, E.U.A, Vol.8, 2008, anexo 4

¹³² Estes esforços dos EUA, que resultaram na posição do CS, foram verdadeiras imposições por parte deste Estado como condição essencial para que continuassem a contribuir com recursos humanos e militares para as missões de paz da ONU. Neste sentido Pedro Caeiro.2010. “*Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado*”, Coimbra: Coimbra Editora pág. 369

¹³³ “*Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado*”, op.cit. pág. 376

Ainda na opinião do mesmo autor “as disposições citadas conflituam com as normas de direito internacional comum que legitimam o exercício das jurisdição estatal (extraterritorial) sobre os *core crimes*”. No plano formal a limitação da jurisdição penal dos Estados também “não é congruente com a sua responsabilidade pela manutenção da segurança e paz [...] porque importa uma redução do âmbito da prevenção e repressão”. Conclui o autor que estas disposições são inválidas e ineficazes perante os Estados não podendo prevalecer sobre outras obrigações internacionais quer sejam gerais ou particulares.

2.6 – Princípio da complementaridade ou subsidiariedade¹³⁴

O objectivo do Tribunal Penal Internacional, de acordo com o seu preâmbulo, é de pôr fim às situações em que os autores materiais e morais dos crimes mais graves contra a humanidade permanecem impunes, por omissão das entidades judiciais dos Estados competentes.

Segundo o princípio de complementaridade ou da subsidiariedade e de acordo com o art.º 1º do Estatuto a competência deste tribunal será *complementar das jurisdições penais nacionais*. A jurisdição penal internacional do TPI não estabelece uma hierarquia na perseguição dos crimes competência do TPI, ao contrário dos tribunais *ad hoc* para a Antiga Jugoslávia e Ruanda que têm jurisdição precedente sobre a jurisdição concorrente dos Estados.

O que se estabeleceu para o TPI, que abarca tanto situações de conflito em curso como situações de pós conflito, é uma jurisdição permanente que será complementar das jurisdições penais nacionais dos Estados, em que os casos podem ser admissíveis ou não admissíveis.

Estamos então perante três situações possíveis:

- O caso é admissível porque o Estado permanece inactivo (admissibilidade por inactividade total do Estado);

¹³⁴ Refira-se que este foi uma dos aspectos mais difíceis de negociar a par de questões como a escolha e a definição dos crimes, o papel do Procurador ou o papel do Conselho de Segurança, de acordo com Paula Escarameia, que representou Portugal durante as negociações do Estatuto em “Prelúdios de uma Nova Ordem Mundial: O Tribunal Penal Internacional”, pág. 20. Tal dificuldade deveu-se ao sentido mais ou menos ambíguo da palavra, que foi introduzida logo na 1ª reunião do comité *ad hoc* de 1995, pelos Estados que mais se opunham à criação do Tribunal no sentido de fazer prevalecer as jurisdições penais nacionais sobre o Tribunal desde logo porque levantava a questão da soberania jurisdicional dos Estados, mas também delicados problemas jurídicos como a dupla jurisdição, a primazia ou não do TPI, e a violação ou respeito pelo princípio *ne bis in idem etc.*

- Se o Estado toma medidas, ainda assim o caso pode ser inadmissível (de acordo com a alínea a) a c) e n.º 3 do n.º 20;

- O TPI intervirá, no caso em que o Estado actua sem vontade ou em caso de incapacidade. Assim há admissibilidade, quando a perseguição ou a decisão de não perseguir demonstram que o Estado:

- O Estado não tem vontade de proceder criminalmente, ou seja, de levar a cabo um inquérito ou um procedimento (art.º 17º, parágrafo 1, alínea a) e b), ou,

- Não tenha capacidade efectiva para o fazer (art.º 17º, parágrafo 1, alíneas a) e b).

Quando o Estado não a exerce, estaremos perante um cenário de falta de vontade e incapacidade de agir que pode resultar numa simples inércia ou falta de processo, ou ainda numa situação de fraude judiciária ou simulação, sendo certo que a responsabilidade primária recai sempre sobre o próprio Estado. A falta de vontade não se encontra objectivamente definida no Estatuto. O n.º 2 do art.º 17 só especifica os critérios que devem ser considerados: o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal, ter havido demora injustificada ou falta de independência ou imparcialidade. Porém, a existência de um ou mais destes critérios não é suficiente para aferir a admissibilidade porquanto irá o tribunal examiná-las no sentido de a determinar, pelo que, estes factores são necessários mas não suficientes. A inércia ou falta de processo podem estar aliadas a outras figuras, como por exemplo uma amnistia¹³⁵, que na prática implica a ausência de inquérito, ou investigação. No caso de fraude judiciária ou simulação, há uma manipulação política no sentido de que formalmente o Estado cumpre o seu papel, no entanto em termos práticos não há uma efectiva punição dos autores dos crimes. Muitas vezes esta fraude resulta em absolvições ou não implica quaisquer efeitos práticos se forem concedidos indultos. Tanto na questão das amnistias como nos indultos dificilmente se conseguirá provar que foram concedidos com o

¹³⁵ Como dizia António Casesse em “Reflections on International Criminal Justice”, *The Modern Law Review*, Jan 1998, Vol.61, Oxford, pág.3:

“Why is justice better than amnesty? The word *amnesty* has the same derivation as *amnesia*, namely from the Greek *amnestia*, meaning *forget-fulness* or *oblivion*.”

Acrescente-se que o Estatuto de Roma não tem qualquer previsão relativamente às amnistias. A explicação está no facto de não ter sido possível o consenso entre os países participantes na conferência de Roma quanto a esta questão. No entanto, a história tem demonstrado que as amnistias têm sido com frequência concedidas com a consequente impunidade de graves crimes e o confronto do TPI com esta questão não é apenas hipotética uma vez que já aconteceu no caso do Norte do Uganda em que no âmbito deste conflito o governo amnistiou os rebeldes. Sobre o problema das amnistias no contexto do Tribunal Penal Internacional: Helmut Gropengieber e Jorg Meibner “Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court” *International Criminal Law Review*, 5, 2005, Netherlands, 2005, pág.267

objectivo específico de impedir que o indivíduo em questão fosse efectivamente punido pela sua responsabilidade criminal. Também poderá considerar-se como fraude uma situação em que o Estado prolonga indefinidamente no tempo uma investigação¹³⁶ (que teoricamente deveria implicar uma busca da verdade sistemática e cuidadosa) bloqueando na prática a intervenção do TPI.

O segundo caso, de o Estado não poder, é de definição mais objectiva que a falta de vontade e poderá dever-se, por exemplo, ao colapso das instituições judiciais¹³⁷ numa ruptura completa da administração da justiça, ou até do próprio Estado¹³⁸, situação que poderá ser comum em Estados recém criados ou após conflitos. Aliás, as dúvidas sobre o poder de muitos Estados para garantir a paz são muito grandes e ainda aumentam mais quando o poder do Estado e o seu sistema penal são confrontados com a violência da magnitude do que prevê o art.º 5º do EPPI: genocídio, crimes contra a humanidade ou crimes de guerra. O Estado encontra os limites da sua capacidade

¹³⁶ Relativamente ao aspecto da investigação poderá colocar-se a questão de saber quem efectivamente tem poderes para conduzir a investigação, se terá ou não que ser um órgão de investigação criminal estatal. A este propósito surge o papel, válido ou não, das Comissões de Verdade e Reconciliação. A principal referência a estas Comissões foi a Comissão de Verdade e Reconciliação da África do Sul constituída por três Comités: o Comité das violações dos Direitos Humanos, O Comité da Amnistia e o Comité de Reparação e Reabilitação.

Na opinião de Kai Ambos:” Parece claro, sin embargo, que la “investigación” debe ser conducida por un órgano estatal, es decir, órganos no judiciales como una CVR deben ser creadas y contar con el apoyo estatal, pues el deber de investigar y enjuiciar descansa sobre el Estado”. A parte de lo anterior, una interpretación sistemática y teleológica del art. 17 indica que el objetivo de cualquier “investigación” es la persecución penal o la sentencia, es decir, evitar que el sospechoso sea sustraído “de su responsabilidad penal” (art. 17 (2) (a)) y “hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia” (art. 17 (2) (b) y (c)). Si bien esto no excluye una investigación preliminar por parte de una CVR con sus respectivas facultades (es decir, recomendar un procedimiento penal) y, por cierto, el texto del art. 17 (1) (a) (“objeto de una investigación”) deja un margen para tales investigaciones alternativas, su objetivo final debe ser siempre un procesamiento penal *stricto sensu* en el cual se cumpla con los pre-requisitos de derecho y de hecho. A su vez, esto significa que las investigaciones de carácter general sobre acontecimientos pasados, en los cuales no se individualice responsabilidad, y que por tanto, no pueden servir de base para un procesamiento penal o una sentencia, no satisfacen las exigencias de la investigación del art. 17. In “El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)” *Revista para Análisis del Derecho*” Barcelona, 2010., pág. 23

¹³⁷ Jakob Pichon. 2008. “The Principle of Complementarity in the Cases of the Sudanese Nationals *Ahmad Harun and Ali Kushayb* before the International Criminal Court”, *International Criminal Law Review*, 8, pág. 196 diz-nos que o colapso das instituições judiciais que pode ser total ou parcial e dá a seguinte definição: “A total collapse can be defined by a complete breakdown of the national administration of justice, either due to the State’s loss of control over the territory or due to the national decision to efface the national administration of justice. A substantial collapse comprises a situation, where the State authorities are not necessarily completely dysfunctional, but neither generally capable of ensuring the investigation of the case. Thus, a situation where a State has lost control over a region but still able to uphold its judicial system in the rest of the State has lost control over a region but is still able to uphold its judicial system in the rest of the State is not sufficient for assuming a substantial collapse.

¹³⁸ Os denominados “Estados falhados” em que há um total colapso das instituições do Estado, especialmente das policiais e da administração da justiça, resultando numa paralisia do governo, numa ineficácia da lei, e da ordem, banditismo geral, caos, etc. As funções do governo não são apenas suspensas, mas os seus recursos são destruídos ou saqueados

perante a dimensão quantitativa da violência sobre as vítimas, e muitas vezes sobre as próprias intuições (independentemente de outros factores que naturalmente condicionam o desempenho penal de cada país). Recordemos a título de exemplo os números do genocídio do Ruanda calculados entre 500.000 a 1.000.000 de vítimas (e outros tantos agressores) ou os números do genocídio praticado na Guatemala, com 200.000 vítimas e um número talvez incalculável de agressores. É dominante o entendimento que o princípio da complementaridade permite, a salvaguarda da soberania dos Estados¹³⁹ ao mesmo tempo que cria um mecanismo de pressão sobre os mesmos para que estes procedam a uma punição dos crimes, intervindo a título *subsidiário*, de *ultima ratio*, ao contrário do que acontece nos Tribunais *ad hoc* para a Antiga Jugoslávia e Ruanda. No entanto se este princípio é uma referência clara ao respeito pela soberania dos Estados¹⁴⁰, também é, por outro lado, um obstáculo à cooperação entre os Estados¹⁴¹ (que podem através de uma deliberada falta de cooperação impedir na prática a actuação do tribunal).

Leonor Assunção¹⁴² afasta-se um pouco da opinião, dominante, segundo a qual o princípio da complementaridade é resposta a algumas questões suscitadas no âmbito das relações do TPI e as jurisdições nacionais. Segundo esta autora, este princípio deve ser entendido como “expressão da ideia da subsidiariedade da intervenção do direito internacional penal”, que se projecta em dois aspectos: Por um lado, o fundamento deste direito não é a tutela integral dos valores ou interesses da comunidade internacional, mas apenas a protecção dos valores considerados imprescindíveis à existência e desenvolvimento da comunidade. Na prossecução dessa função o direito penal

¹³⁹ Subjacente ao princípio da subsidiariedade, para além da conservação da soberania do Estados, encontra-se também a ideia de “manutenção das características locais (p.ex. culturais) do direito penal. Neste sentido SIEBER, Ulrich, “O Futuro do Direito Penal Europeu- uma nova abordagem dos objectivos e dos modelos de um sistema de direito pena Europeu”. In MONTE, Mário (Coord.). *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*. Coimbra: Coimbra Editora.

¹⁴⁰ O exercício da faculdade soberana do TPI de impor oficiosamente aos Estados a sua jurisdição, caso considere que o houve falta de vontade ou de capacidade para julgar os infractores, levanta alguma desconfiança sobretudo em alguns redutos tradicionais de soberania estatal, sobretudo porque se teme abusos em caso de divergências entre o Estado e o TPI. Desde logo porque será sempre controverso decidir se num processo se estará ou não a fazer justiça atendendo às divergências culturais, tradicionais e de normas processuais que são distintas nos vários Estados. A actuação pelo TPI deve restringir-se a situações flagrantes de erro na apreciação dos factos ou na tramitação do processo. Neste sentido Jónatas E. M. Machado em *Direito Internacional do Paradigma Clássico ao Pós 11 de Setembro*, pág. 418 e Pedro Caeiro em *Ut Puras Servaret Manus*.

¹⁴¹ Neste sentido: AMBOS, Kai. 1998. “The International Criminal Court and the Traditional Principles of International Cooperation in Criminal Matters” , *The Finnish Yearbook of International Law*, volume IX, Martinus Nuroff Publishers, Hague.

¹⁴² “TPI e a Lei Penal e Processual Penal Portuguesa” in *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, op.cit., pág. 53

internacional só intervém para prevenir e reprimir os mais graves actos que ofendam os referidos valores.

Num segundo plano a intervenção restringe-se às situações em que a tutela daqueles valores não é adequadamente operada pelo direito penal nacional ou seja quando o sistema penal nacional manifesta carências de vontade ou de capacidade .

Posto isto, haverá sempre duas perguntas às quais ainda não foi possível encontrar resposta prática:

- Quem tem competência para avaliar e decidir sobre a qualidade de credibilidade da justiça nacional?

- Onde estão definidos ou quem irá definir os critérios de avaliação dessa qualidade e credibilidade?¹⁴³

Se analisarmos este princípio numa perspectiva contrária daquela aqui abordada, poder-se-á dizer que não será responsabilidade primária da comunidade internacional o julgamento pelos crimes previstos no artigo 5º, mas sim dos próprios Estados, em cujo território, e contra os próprios cidadãos, esses crimes foram cometidos, passando neste caso a responsabilidade para o lado dos Estados. Concretamente: será dever do Uganda julgar os crimes aí cometidos, o mesmo para o caso do Sudão, da Argentina, da Colombia, etc. É importante recordar que são os Estados que têm esse dever e somente quando não o cumprem, em caso de impunidade, é que deve ser chamado a intervir o TPI¹⁴⁴, que começa por confiar a questão à jurisdição nacional, mas reserva o direito de intervir se achar adequado.

2.7 – Princípio da imprescritibilidade

O artigo 29º do ETPI estabelece a imprescritibilidade dos crimes da competência do TPI: “Os crimes da competência do tribunal não prescrevem”. No entanto as

¹⁴³ A este propósito AMBOS, Kai. 2010. “El test de complementaridad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)” *Revista para análisis del Derecho*” Barcelona.

¹⁴⁴ De actividade residual até ao momento. Em 14 de Março 2012 o Tribunal proferiu a sua primeira sentença, condenando por unanimidade Thomas Lubanga Dyilo por crimes de guerra. Este congolês, cujo julgamento de iniciou em 26 de Janeiro de 2009 estava acusado do crime recrutamento para participação nos conflitos de crianças menores de 15 anos, no período entre 1 de Setembro de 2002 e 13 de Agosto de 2003 na República Democrática do Congo. Informação disponível na página oficial do Tribunal. [consult. 14 Mar.2012]. Disponível na internet em:

<<http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/news%20and%20highlights/pr776>

Actualmente o Tribunal trabalha em 14 casos todos do continente Africano.

interpretações do referido artigo divergem. William A. Schabas¹⁴⁵ defende que a imprescritibilidade dos crimes decorreria já da inexistência no Estatuto de normas reguladores das prescrições, pelo que o artigo 29º será uma imposição aos Estados para que fosse acolhida nas respectivas ordens jurídicas. Já no ponto de vista de Pedro Caeiro¹⁴⁶ “a regra contida no art.º 29º não se dirige aos Estados Partes, antes visa tornar claro que o tribunal não pode deixar de exercer a sua jurisdição em virtude da prescrição dos crimes nas ordens jurídicas estaduais- excluindo dessa forma eventuais procedimentos interpretativos que, como sucedeu já no passado com o *caso Eichman*, pudessem tentar desenvolver-se para tal efeito”. Portanto, de acordo com o primeiro entendimento, será obrigação do Estado fazer com que tais crimes sejam imprescritíveis no âmbito das ordens jurídicas internas dos Estados Parte. De acordo com o segundo entendimento os crimes que relevam da competência do TPI são imprescritíveis perante a jurisdição deste tribunal internacional, e não mais que isto.

Portugal vai no sentido da primeira hipótese e, através da Lei 31/2004 de 22 de Julho, estabeleceu a imprescritibilidade dos crimes de genocídio, dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra¹⁴⁷. Entre nós, o instituto da prescrição, ou seja a extinção do poder de iniciar ou aplicar consequências jurídicas de um crime por força do decurso de um período de tempo, está previsto no Código Penal nos arts. 117º a 120º referente à prescrição do procedimento criminal e nos art.ºs 121º a 124º quanto à prescrição das penas. O decurso de certo prazo de acordo com os referidos artigos torna impossível o procedimento criminal e desse modo a eventual responsabilização criminal e a aplicação de uma sanção.

De acordo com Figueiredo Dias¹⁴⁸ este instituto justifica-se desde logo por razões “de natureza jurídico-penal substantiva”. É certo que o decurso do tempo sobre a prática de um acto criminoso não é razão suficiente para que se aja como se ele não

¹⁴⁵ Follow up to Rome: “Preparing for entry into force of the Internacional Criminal Court Statute”, *Human Rights Law Journal*, vol.20 (1999), pag. 159 apud Caeiro, Pedro. 2001. “*UT puras Servaret Manus* - Alegações contra a assunção, pelo Estado português da obrigações de entrega ao Tribunal Penal Internacional de um cidadão que possa ter de cumprir um pena de prisão perpétua”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 11, pg. 59.

¹⁴⁶ “*UT puras Servaret Manus* - Alegações contra a assunção, pelo Estado português da obrigações de entrega ao Tribunal Penal Internacional de um cidadão que possa ter de cumprir um pena de prisão perpétua”, op.cit, loc cit.

¹⁴⁷ Recordemos que caso Portugal não estabelecesse a imprescritibilidade destes crimes, poder-se-ia, no futuro, ver-se confrontado com a possibilidade de, por força da prescrição, estar impedido de julgar ou iniciar um processo pelos referidos crimes, activando-se deste modo, e por força do princípio da complementaridade, a jurisdição do TPI.

¹⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2009. *Direito Penal Português*- Parte Geral. As Consequências Jurídicas do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, pág.699

tivesse ocorrido. No entanto, há circunstâncias em que é preferível que o direito penal não actue. A reprovação da sociedade e a respectiva censura com o decurso do tempo esbate-se ou desaparece. Em termos de *prevenção especial* – a aplicação de um procedimento criminal ou uma sanção por um facto já há muito tempo ocorrido não cumpriria já qualquer finalidade de socialização ou de segurança, e em termos de prevenção geral o decurso de um longo período de tempo sobre a prática de um crime contraria a estabilidade, resultado de apaziguamentos entretanto ocorridos. De acordo com Figueiredo Dias “a limitação temporal da perseguibilidade do facto ou da execução da sanção liga-se a exigências político-criminais claramente ancoradas na teorias das finalidades das sanções criminais correspondentes, além do mais, à consciência jurídica da comunidade”.

Também em termos processuais a prescrição encontra fundamento na medida em que o decurso do tempo torna difícil, e às vezes impossível, e muitas vezes duvidosa, a recolha de prova, consoante o crime que esteja em causa.

Neste sentido também Maria Fernanda Palma para quem “o facto do direito português ter consagrado sempre o instituto da prescrição torna-o uma aquisição constitucional ou uma expressão de constitucionalização do direito ordinário”¹⁴⁹.

Em Portugal, a única excepção ao regime da prescrição decorre do n.º 7 da referida Lei 31/2004 de 22 de Julho, onde se estabelece, à semelhança do definido no ETPI, a imprescritibilidade dos crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de genocídio. Já relativamente aos restantes crimes, no nosso país, estão todos sujeitos a prescrição quer quanto ao procedimento criminal, quer quanto às penas, sem que haja uma valoração da sua natureza ou gravidade. Pelo contrário, em muitas ordens jurídicas este princípio sofre restrições e na comunidade internacional há uma tendência de aplicação da imprescritibilidade¹⁵⁰, nomeadamente em crimes graves contra a paz e a

¹⁴⁹ PALMA, Maria Fernanda. “Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal”, op.cit., pág. 35

¹⁵⁰ A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é um princípio que vigora implicitamente desde os julgamentos relativos à Segunda Guerra Mundial (Nuremberga e Tóquio) justificado pela falta de vontade de levar a julgamento os autores destes graves crimes, e pela cobertura que lhes foi dada por diversas instituições internacionais. Recordemos o caso *Attorney General of Israel v Eichmann*: Eichmann, alemão considerado pelos judeus responsável “pela solução final da questão judaica” que conseguiu, com a ajuda da Cruz Vermelha Internacional e do Vaticano, fugir no fim da II Guerra Mundial e estabelecer-se desde 1950 na Argentina sob o nome Ricardo Klement. Numa operação dos serviços secretos e sem o envolvimento do governo argentino, foi capturado em 11 de Maio de 1960 pela Mossad e levado para Israel, onde foi acusado de crimes contra judeus e não judeus de diferentes Estados europeus, julgado com base na Lei para a Punição dos Nazis e seus Colaboradores de 1950, condenado à morte, e executado por enforcamento em 1962.

humanidade, o que, segundo Figueiredo Dias¹⁵¹, não é suficientemente fundado do ponto de vista político-criminal. Segundo este autor “não há no catálogo penal crime algum por mais repugnante que seja o sentimento jurídico, relativamente ao qual possa dizer-se que as expectativas comunitárias de reafirmação contrafáctica da validade da norma violada[...] e as exigências de prevenção especial perduram indefinidamente”. Na sua opinião os crimes como o nazi-fascismo ou do estalinismo possuem a partir de certo momento um carácter de memória histórica, incapaz de fundar a necessidade de punição e apenas por necessidades baseadas em sentimentos de vingança e de retribuição se poderia justificar a sua imprescritibilidade.

A maioria destes argumentos são válidos, mas apenas são compreendidos à luz da realidade doméstica do nosso país, cometidas por um único infractor, contra uma ou um número reduzido de vítimas, num contexto isolado. Se passarmos para o âmbito dos crimes da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, talvez possamos compreender o regime da sua imprescritibilidade. Se considerarmos que frequentemente as vítimas são em número indeterminável, cometidos por um número incontável de criminosos, que não afectam apenas os cidadãos na comunidade, mas que frequentemente tentam acabar com uma civilização, um grupo étnico, religioso ou um povo, rapidamente compreendemos que a sua gravidade justifica que não sejam esquecidos, pelo menos para que não se voltem a repetir. Nesta linha de pensamento, a punição, mesmo tardia, não pode ser considerada como reveladora de sentimento de vingança, mas reveladora de justiça.

As justificações para a necessidade de prescrição passam de acordo com o atrás referido pelo *esquecimento*, significando que por regra tende a desvanecer-se a lembrança da infracção restando apenas uma memória histórica, *a expiação do culpado* pela regeneração social, moral e psíquica e em termos processuais pelo *desparecimento das provas*. Parece-nos no entanto, que pela gravidade e natureza destes crimes e pela indignação que causa, não é claro que tais factos caiam no esquecimento. Pelo contrário, passada a indignação inicial, o decurso dos anos permite que tais factos sejam vistos com maior clareza e abrangência transformando os sentimentos da comunidade internacional em repulsa e numa autentica exigência de justiça.

Relativamente à expiação do culpado, “difícilmente se poderá aqui fazer derivá-la da mera passagem dos anos. Bem ao contrário, os autores dos crimes contra a

¹⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2009. *Direito Penal Português- Parte Geral*. As Consequências Jurídicas do Crime. Loc.cit, pág. cit

humanidade revelam instintos particularmente cruéis, odiosos e selvagens, sendo raras as situações que se arrependem ou regeneram”¹⁵² O que se pode apreciar dos casos que vão sendo analisados (lembremo-nos criminosos da Ex- Jugóslavia) é que os acusados destas infracções não revelam qualquer tipo de remorso ou rebate de consciência quando são ouvidos, e, não raras vezes, consideram as suas acções justificadas, à luz de uma ideologia, religião etc. Resulta, que, punir os criminosos, sem considerar o tempo em que foram praticados é uma verdadeira exigência da justiça e, pelo contrário, a reconfortante expectativa de impunidade com o decurso dos tempo representaria uma tolerância incompreensível.

A história tem-nos mostrado que antes da criação do Tribunal Penal Internacional foram várias as soluções para crimes de maior ou menor dimensão que foram afectando a humanidade, nomeadamente os genocídios, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Por força de um “silêncio qualificado” ou resultado de uma simples omissão o que é facto é que nenhuma das declarações e resoluções adaptadas no fim da Segunda Grande Guerra refere sequer de modo superficial a questão da imprescritibilidade dos crimes cometidos. No mesmo sentido, guardaram prudente silêncio o Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberga, as quatro Convenções de Genebra de 1949 e a Convenção sobre Genocídio¹⁵³.

Apenas em 26 de Novembro de 1968 foi adoptada a Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, onde o artigo 1º consagra o princípio da imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, sem consideração pela data ou local em que foram cometidos.

Em 1974, o Conselho da Europa elaborou a Convenção Europeia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes Contra a Humanidade e dos Crimes de Guerra e em diversos Estados como França, Israel e Rússia foi consagrada a imprescritibilidade, tendo outros Estados optado pelo alargamento dos prazos de prescrição.

Aparentemente foi no seguimento da tradição a imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade, justificada pela natureza dos crimes em questão, que o TPI impõe, no seu art.º 29º, a imprescritibilidade.

¹⁵² FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco. *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*, op.cit. pág,160

¹⁵³ FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco. *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*, op.cit. pág,156

Todavia, não se trata apenas de uma questão de tradição. O TPI no decurso da sua actuação pode ver-se confrontado com diversos constrangimentos, previsíveis, e que podem limitar a sua actuação, com destaque para o carácter complementar da sua jurisdição. Como vimos, o TPI apenas intervirá se o Estado competente não o fizer. Entre a manifestação da vontade de desencadear os procedimentos, passando por julgamentos forçados, até à aferição da necessidade da intervenção do TPI, pode este tribunal ver-se confrontado com distintos interesses (ideológicos, políticos e económicos) que na prática impeçam a sua actuação, e impliquem um decurso grande de tempo. Por outro, não tendo uma força policial ou executiva, o TPI terá a sua actuação limitada pela vontade de cooperação dos Estados. As dificuldades de cooperação podem verificar-se a vários níveis: a recolha de provas em países terceiros, entraves à detenção e entrega de suspeitos, entrega de testemunhas para audição etc. Acresce a estas contingências a impossibilidade do TPI julgar sem a presença do arguido nos termos do n.º 1 do art.º 63. A história tem-nos revelado que frequentemente estes crimes são cometidos sob o patrocínio e tolerância de governos, ou grandes organizações que a miúdo os consideram herois, que lhes conseguem novas identidades, avultados rendimentos e uma nova vida em países onde conseguem obter protecção. Nestes casos os criminosos dificilmente serão levados perante o TPI para serem julgados pelos seus actos, à semelhança do que aconteceu com alguns dos criminosos da II Guerra Mundial, sendo pois importante que estes crimes não prescrevam.

3- CONSEQUÊNCIAS NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

A ratificação de uma Convenção Internacional como o Tratado de Roma não foi a “adesão a um conjunto de cláusulas sem história, sem antecedentes, mas sim a um direito com princípios derivados do costume e das convenções”¹⁵⁴. Ainda assim constituiu um abalo na nossa ordem jurídica. Desde logo porque obrigou a uma revisão constitucional, e porque mexe com alguns princípios penais sagrados do nosso Direito Penal.

Todas as alterações efectuadas ou a efectuar serão, de acordo com o princípio da complementaridade constante do ETPI, e já aqui analisado, no sentido de permitir que os cidadãos portugueses e quaisquer outras pessoas que se encontrem em Portugal sejam julgados por tribunais portugueses.

Pretende-se analisar, nesta parte do nosso trabalho, estas consequências numa dupla perspectiva: analisar algumas questões que estão já ultrapassadas com a incorporação no Direito Português, em 18 de Janeiro de 2002, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, e antecipar outras questões com as quais pode o Estado Português pode vir a ser confrontado.

3.1 – Questões prévias

Foram várias as questões que, ao longo da discussão em torno do TPI, foram levantadas, entre as quais se destacam: a questão da soberania do Estado, o impacto constitucional da ratificação, a previsão da pena de prisão perpétua e as imunidades e outras prerrogativas legais. Adianta-se desde já a solução encontrada, após a V revisão constitucional, aprovada pela LC n.º 1/2001, de 12 de Dezembro, e que foi a inclusão da seguinte cláusula geral de recepção no n.º 7 do artº 7º da Constituição da República Portuguesa:

“Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma”.

¹⁵⁴ PALMA, Maria Fernanda, “Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal”, op. cit., pág.

3.1.1 - A questão da soberania jurisdicional do Estado

O território do Estado e os elementos que dele fazem parte, nomeadamente os físicos e sociais, constituem a pessoa jurídica internacional que é o Estado, e a competência dos Estados, a respeito do seu território, é definida com termos como a "soberania" e "jurisdição". "A totalidade dos direitos do Estado, sendo a competência jurídica caso típico, é geralmente descrito como "soberania", sendo os direitos específicos ou o cúmulo de direitos em número inferior aos da soberania designados por "jurisdição". Em resumo, "soberania" é a forma jurídica abreviada de um certo tipo de personalidade jurídica, a qualidade de Estado, enquanto a "jurisdição" se refere a aspectos específicos de substância, em especial, a direitos (ou pretensões), de liberdades e poderes"¹⁵⁵.

O conceito de soberania é também utilizado para referir "a competência jurídica que os Estados possuem em geral, para referir uma função específica desta competência ou para apresentar um fundamento relativo a um aspecto específico da competência. Desta forma, a jurisdição, incluindo a competência legislativa sobre o território nacional, pode ser referida pelos termos "soberania" ou "direitos soberanos" [...] Em geral, a "soberania" caracteriza os poderes e privilégios fundados no direito consuetudinário e que são independentes do consentimento específico de outro Estado"¹⁵⁶. Assim, o conceito de jurisdição, é apenas um aspecto de soberania e refere-se a áreas da competência jurídica do Estado nomeadamente em termos de competência judicial, legislativa e administrativa.

Herança do Tratado de Westphalia, e matriz de toda a regulação jurídica moderna, o conceito de territorialidade é também uma referência do direito penal. O princípio da territorialidade da jurisdição, é, pois, o reflexo desse princípio fundador da convivência entre Estados. O direito internacional tradicional, vocacionado para a garantia de coexistência dos países inclui, no seu núcleo de competência dos Estados, o princípio segundo o qual os tribunais de cada Estado têm jurisdição sobre os crimes cometidos no seu território. "Esta formulação fechadamente vestefaliana, característica de um entendimento absolutizador das soberanias nacionais, foi sendo temperada com a consideração de um conjunto de títulos de habilitação de jurisdição que estabelecem um

¹⁵⁵ BROWNLIE, Ian. 1997. *Princípios de Direito Internacional Público*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, pág. 122

¹⁵⁶ BROWNLIE, Ian. *Princípio de Direito Internacional Público*, op.cit. pág. 311

nexo ou conexão entre o Estado e o objecto da sua competência que justifique o respectivo exercício extra-territorial. Mas esses nexos de jurisdição são eles próprios, expressões de dimensão tradicionais da soberania do Estado”¹⁵⁷.

A aplicação do referido princípio tem diversas vantagens de carácter prático: desde logo porque lá se encontram os autores vitimas e provas e porque se presume o interesse do Estado onde o crime foi cometido.¹⁵⁸

Outro princípio definidor da competência jurisdicional do Estado é o princípio da nacionalidade, que Ian Brownlie¹⁵⁹ caracteriza como símbolo da fidelidade e característica de soberania, sendo reconhecido também como critério da jurisdição em actos extraterritoriais, importante sobretudo em casos em que a prática de actos criminosos ocorre em locais onde o critério territorial não é possível (caso por exemplo da Antárctida).

Pelo princípio da personalidade jurídica passiva, os estrangeiros podem ser punidos por actos praticados desde que causem danos a cidadãos nacionais do Estado.

O princípio protector ou da segurança permite aos Estados accionar a sua jurisdição sobre estrangeiros por actos praticados noutros países, mas que afectem a segurança do Estado. Nestes crimes incluem-se crimes como traição, contrafação de moeda, infracções económicas.

Por fim, sempre que estejam em causa crimes que violem o direito internacional nomeadamente o Direito Internacional Humanitário, qualquer Estado onde o autor do crime seja encontrado é competente para julgar as pessoas responsáveis por essas violações, o que constitui a definição do Princípio da Universalidade. Este principio da universalidade, segundo o qual o Estado está habilitado a perseguir os autores de crimes tipificados para julgamento ou extraditando-o, sem que se verifiquem os nexos tradicionais da territorialidade ou nacionalidade, foi positivado com a Convenção de Genebra de 1949, cujo o art.º 49º estabelece a obrigatoriedade dos Estados de “perseguir as pessoas acusadas de terem praticado ou ordenado a prática de qualquer das infracções graves, e deverá fazê-las comparecer diante dos seus próprios tribunais, seja qual for a

¹⁵⁷ PUREZA, José Manuel. “Da cultura da Impunidade à Judicialização Global: o Tribunal Penal Internacional”, op. cit., pág. 124

¹⁵⁸ Sobre a questão competência dos Estados na aplicação da lei penal em Direito Internacional ver o caso *Lotus* que teve a sua origem numa colisão no alto mar entre um barco a vapor francês e um navio carvoeiro turco e que opôs a França à Turquia perante o Tribunal Permanente de Justiça Internacional em 1921. Sobre este assunto Pedro Caeiro em *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado*, op. cit., pág. 300 e Ian Brownlie *Princípios de Direito Internacional Público*, op. cit., pág. 322

¹⁵⁹ BROWNLIE, Ian, *Princípios de Direito Internacional Público*, op.cit., loc.cit

nacionalidade dos acusados. Poderá também, se o preferir, e de acordo com as disposições previstas na sua legislação, entregá-las para que sejam julgadas”.

Estudadas as questões da definição de soberania e jurisdição, nomeadamente jurisdição penal como característica da soberania, e o modo como os diversos princípios legitimam a jurisdição do Estado vamos tentar perceber agora em que aspectos o Estatuto de Roma pode, ou não, alterar a ordem que se encontra estabelecida.

Desde logo a posição de Vital Moreira¹⁶⁰: se uma das características essenciais da soberania dos Estados é a jurisdição penal, segundo a tradicional regra da territorialidade, sem função jurisdicional não se pode falar em Estado Soberano¹⁶¹.

Diz-nos a Constituição “Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça”¹⁶² e os tribunais são aqueles que a Constituição estabelece: O Supremo Tribunal de Justiça e os Tribunais judiciais de primeira e segunda instância, O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; O Tribunal de Contas, e outros de competência específica, além do Tribunal Constitucional.¹⁶³ Acresce que a CRP proíbe “a existência de tribunais com competência exclusiva para o Julgamento de certas categorias de crimes”.¹⁶⁴ O Tribunal Penal Internacional implica uma alteração da compreensão destas normas, porque ratificando o Tratado, estamos sujeitos à actuação de mais um tribunal, internacional, que simultaneamente é especial para julgar determinados crimes de acordo com o artº 5º do respectivo Estatuto.

Assim considerando, pelo n.º 2 do art.º 54º do ETPI pode, “O Procurador realizar investigações no âmbito de um inquérito no território de um Estado” nomeadamente: reunir e examinar provas, convocar e interrogar pessoas objecto de inquérito ou testemunhas, etc ¹⁶⁵, o que acontecendo, poderá afectar a nossa soberania judicial. No entanto, este impacto tão provável nem tão flagrante se considerarmos o princípio da complementaridade, uma vez que de acordo com este princípio a competência do Tribunal Penal Internacional decorrerá das excepções previstas no art.º

¹⁶⁰ “O Tribunal Penal e a Constituição”, op. cit., pág. 20

¹⁶¹ Neste sentido: Vital Moreira em “O Tribunal Penal e a Constituição”, op. cit., loc.cit.: “Sem função jurisdicional não existe Estado soberano. Não é por acaso que os tribunais entre nós são explicitamente considerados como *órgãos de soberania* (itálico nosso) (CRP, art.º 110 e 202º-1º), integrando portanto a noção de soberania.”

¹⁶² Cf. Art.º 202 da CRP

¹⁶³ Cf. Art.º 209 da CRP

¹⁶⁴ CF. Art.º 209, nº 4 da CRP

¹⁶⁵ De acordo com Vital Moreira em “O Tribunal Penal Internacional”, pág. 21, esta foi uma das objecções constitucionais levantadas pelo Conselho Constitucional francês para fundamentar a necessidade de revisão da sua Constituição.

17º, n.º 1, alíneas a) e b) ou seja se o Estado não tiver intenções de levar efectivamente e seriamente a cabo o inquérito e/ou a instrução judicial, levar a julgamento e julgar o suspeito ou não tenha capacidade efectiva de exercer a sua competência para proceder criminalmente. Nestes termos podemos afirmar que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional é subsidiária das jurisdições nacionais e só poderá chamar a si essa faculdade quando estas últimas se revelarem absolutamente incapazes nos termos referidos.

É relevante todavia referir que, em última análise, é o TPI que tem competência para decidir da sua própria competência, pois apenas ele tem a faculdade de decidir quando é que as jurisdições nacionais estão ou não em condições de exercer os seus poderes e se o fazem de forma credível.

3.1.2. – Impacto constitucional

Em Portugal, bem como em outros países, como o Brasil, França, Luxemburgo, Bélgica etc,¹⁶⁶ a ratificação do Tratado que instituiu o Tribunal Penal Internacional, suscitou, o problema da sua compatibilidade com a Constituição, ou seja saber se era necessário ou não rever a nossa Constituição no sentido de se proceder à vinculação do nosso Estado ao Estatuto de Roma.

Na opinião de Maria Fernanda Palma a ratificação do Tratado implicou, com efeito, consequências no modo como o “princípio da legalidade associa o poder democrático do Estado à definição do direito penal [...] afecta a imunidade dos titulares de cargos políticos e a possibilidade de extinção da responsabilidade criminal pela prescrição relativamente aos crimes que integram o Estatuto; admite a pena de prisão perpétua , embora revisível, obrigatoriamente ao fim de 25 anos”¹⁶⁷. Apenas serão abordados nas próximas páginas algumas destas questões¹⁶⁸, as consideradas por nós mais relevantes, mas que terão sempre na sua análise subjacentes duas interrogações:

¹⁶⁶ A título de exemplo: em França a ratificação colidiu com o problema da imunidade dos dirigentes políticos e do direito de indulto do Presidente da República, na Bélgica levantou-se a questão da inviolabilidade do estatuto do rei. Na Alemanha, Brasil e Polónia o princípio da não extradição dos seus nacionais para um Tribunal Internacional consagrado nos respectivos direitos internos entrava também em contradição com as normas do TPI. AMORIM, José de Campos. 2001. “O Tribunal Penal Internacional: Um Novo Sistema de Justiça Universal”, *Lusitana – Revista de Ciência e Cultura*, n.ºs 1 e 2, pág. 134.

¹⁶⁷ PALMA, Maria Fernanda. 2001. “Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 11, pág. 8.

¹⁶⁸ Paula Escarameia. 2001. “The implementation of the statute: Problems of a Constitutional Order” in *Reflexões sobre temas de Direito Internacional, Timor, a ONU, e o Tribunal Penal Internacional*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, pág. 292 considerava que eram

- Estas alterações são compatíveis com a Constituição Penal?;
- Alteram a essência da concepção do direito penal português e as concepções político-criminais subjacentes?

É esta avaliação que, por regra, a ratificação de uma convenção internacional como o ETPI, implica, sendo certo desde logo que o *ius cogens* faz já parte da nossa ordem jurídica sobrepondo-se à própria Constituição da República Portuguesa.

O Estados têm uma oportunidade de avaliarem o modo como é compreendida a sua soberania e, em concreto, o modo como é compreendida a sua jurisdição penal porquanto esta tem sido traduzida em três aspectos essenciais: a definição do carácter criminal de uma conduta, a previsão das consequentes normas penais e a definição das regras de aplicabilidade. Se é certo que a importância jurídico-política do Estado no contexto internacional tem cedido perante instituições internacionais e supra nacionais em prol de objectivos superiores, o mesmo não se podia dizer até agora da jurisdição penal pelo que esta era vista como um atributo fundamental de soberania. Mas é certo que esta jurisdição penal existe também fora do Estado e que tem vindo a comprimir a soberania do Estado, de modo que “embora constituindo uma compressão da soberania jurisdicional, ela não é seguramente mais intensa do que a trazida pela União Europeia”¹⁶⁹.

3.1.3 - A prisão perpétua

Antes de abordar a questão da prisão perpétua, será importante, na nossa perspectiva, fazer uma breve reflexão sobre o sentido e limites das penas para melhor poder compreender o problema que a seguir se foca.

Claus Roxin¹⁷⁰ coloca a seguinte questão: “*Com base em que pressupostos se justifica que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade algum dos seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida?*”

A primeira resposta refere a *teoria da retribuição*, segundo a qual o sentido da pena assenta em que a “culpabilidade do autor seja compensada mediante a imposição

três os problemas mais relevantes que impediam a adopção imediata do Estatuto de Roma : a proibição de extradição de cidadãos nacionais, as imunidades de alguns membros do Estado e a questão da prisão perpétua.

¹⁶⁹ MOREIRA, Vital. 2004. “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição”. In MOREIRA, Vital; CAEIRO, Pedro; ASSUNÇÃO Leonor; RÍQUITO; Ana Luísa. *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora. pág. 33

¹⁷⁰ Claus Roxin. 2004. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa, Edições Veja, 3ª edição, pág. 15

de um mal penal”. Não se pretende realizar qualquer outro fim com a pena, unicamente a realização da ideia de justiça. A pena “não serve, pois, para nada, contendo um fim em si mesma” e terá de existir para que a justiça impere.

A segunda resposta é a teoria da *prevenção especial*. Segundo esta teoria “não se pretende retribuir o facto passado assentando a justificação da pena na prevenção de novos delitos do autor”, o que pode ocorrer de três modos: “corrigindo o corrigível”, ou seja a ressocialização, “intimidando o que pelo menos é intimidável” e por fim “tornando inofensivo mediante a pena de privação de liberdade os que não são nem corrigíveis nem intimidáveis”.

A terceira resposta é a *chamada prevenção geral*. Esta teoria vê o sentido da pena, não na influência retributiva, correctiva ou protectora, mas “nos seus efeitos intimidatórios sobre a generalidade das pessoas.

A Comissão de Direito Internacional da ONU e posteriormente o Comité Preparatório teve, desde o início das discussões sobre a criação do Tribunal Penal Internacional, a preocupação em não privilegiar nenhum dos principais sistemas jurídicos existentes: o da *common law* (que reúne os países de tradição anglo saxónica) e os da tradição romano-germânica (como o português). Esta preocupação esteve sempre presente nas discussões de diferentes aspectos nomeadamente na discussão sobre as penas a aplicar¹⁷¹.

Os países de tradição assente na *common law* são os que por regra afirmam a ideia da pena de morte como sendo uma pena justa. Não equacionam se é útil ou necessária, mas afirmam que é a “medida da justa retribuição”. Durante as discussões, defenderam a tese que, a gravidade dos crimes a serem julgados pelo tribunal seria reforçada se para os mesmos estivesse prevista a pena de morte.

Por outro lado os representantes dos países de sistemas de base romano-germânica, numa visão diferente da finalidade das penas, mais humanitarista, mais humanitária, recusaram sempre a previsão de aplicação desta pena, invocando a tendência presente em diversos instrumentos de direito internacional¹⁷² no sentido da abolição da pena de morte, ou ao menos de sua não extensão a outros crimes.

¹⁷¹ STEINER, Sylvia F, *O Tribunal Penal Internacional, a prisão perpétua e a constituição brasileira* [consult. 29.Mar.2012]

Disponível na internet em: < <http://www.dhnet.org.br>

¹⁷² Portugal faz parte dos seguintes: Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Relativa à Abolição da Pena de Morte, desde 1997; Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Relativo à Abolição da Pena de Morte

Paralelamente estava também em discussão a pena de prisão perpétua, prevista no projecto inicial da Comissão de Direito Internacional à qual se opunham algumas delegações, sobretudo aquelas que, como no caso português, representavam países de tradição mais humanista.

O consenso final a que se chegou, da exclusão da pena de morte e a inclusão da prisão perpétua, é o resultado de uma tentativa conciliadora das diferentes posições.

Resumido o percurso que levou ao resultado final, vamos então analisar o tipo de penas previsto no Estatuto do Tribunal Penal Internacional nomeadamente a prisão perpétua, que é a que levanta mais problemáticas.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional prevê dois tipos de sanções punitivas a aplicar aos crimes que caíam sob a jurisdição do tribunal: as *penas privativas de liberdade* e as *penas acessórias*. As primeiras, penas privativas de liberdade podem ser de duas categorias alternativas:

a) A pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos, ou

b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do facto e as condições pessoais do condenado o justificarem¹⁷³.

Para além destas, o ETPI prevê igualmente,¹⁷⁴:

a) Pena de multa e

b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, directa ou indirectamente, do crime¹⁷⁵.

Se o segundo caso é relativamente pacífico, traduzindo-se tanto a pena de multa como na perda de bens numa redução patrimonial com o cunho punitivo, o mesmo já não se pode dizer-se quanto às penas privativas da liberdade nomeadamente na aplicação da pena de prisão perpétua, porquanto diz-nos o art.º 30 da nossa Constituição que “não pode haver penas nem medidas de segurança restritivas da liberdade com carácter perpétuo, ou de duração ilimitada ou indefinida”.

em Quaisquer Circunstâncias, desde 2003; e Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos com vista à Abolição da Pena de Morte desde 1990.

¹⁷³ Cf. O artigo 77º, n.º 1, alíneas a) e b) respectivamente.

¹⁷⁴ Por penas acessórias entende-se que são aquelas que não podem ser cominadas na sentença de condenação sem que simultaneamente tenha sido aplicada uma penal principal (a pena privativa da liberdade ou a pena de prisão e a pena pecuniária ou pena de multa).

¹⁷⁵ Em 28 de Março de 2012 o TPI requereu às autoridades italianas a apreensão, a título cautelar, de bens imóveis, acções e contas bancárias de bens individuais de Muammar Kadafi, do seu filho Saif-Al-Islam e do chefe dos serviços secretos da Líbia Abdullah Sanusillega

O sistema sancionatório português ¹⁷⁶ é um sistema com uma tradição em nome de um princípio humanista, de que “hoje muito se fala em matéria político-criminal e de que o direito português se pode reivindicar pioneiro”¹⁷⁷. Este princípio humanista ou da humanidade, é um dos princípios estruturantes do sistema sancionatório português. Na definição deste princípio diz-nos Jescheck¹⁷⁸: “todas as relações humanas, abarcadas pelo direito penal na sua mais lata acepção, devem ser ordenadas na base da recíproca comunicação, da responsabilidade comunitária pelo homem que foi punido, da livre disponibilidade para o auxílio e o cuidado sociais e da vontade decidida de recuperar o criminoso condenado”

É revelador deste princípio o facto de, já em 1822 a Constituição impor a proporcionalidade das penas e simultaneamente abolir a tortura, e “todas as penas cruéis e infamantes”. As penas perpétuas (como a prisão, expulsão do reino, perda de direitos civis e políticos) foram abolidas do nosso sistema com a Nova Reforma Penal de 1884, e a liberdade condicional foi instituída em 1871. Estas reformas tiveram lugar apenas para formalizar a revogação de disposições que na prática já tinham caído em desuso: os tormentos haviam caído já em desuso 32 anos antes da sua abolição, a pena de morte para crimes políticos, abolida em 1852, deixara de ser executada em 1834 e a pena de morte para crimes comuns abolida em 1867, foi executada a última vez em 1846. A pena de prisão perpétua foi escassamente aplicada até à sua abolição em 1884 e a prisão celular perpétua que substituiu a pena de morte nunca foi aplicada¹⁷⁹.

O nosso direito foi mais além e, já em 1975, o artigo 4º, n.º 1, al.a) do Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de Agosto, proibia a extradição quando por parte do Estado requerente fosse aplicável ao facto em questão a pena de morte ou a pena de prisão perpétua. Durante a vigência da Constituição de 1976 e até à Lei Constitucional 1/97 discutiu-se se a proibição de extraditar por factos a que fosse aplicável a prisão perpétua tinha consagração constitucional ou meramente legal o que ficou definitivamente claro com a LC 1/97. Esta, procede à consagração expressa das proibições relativas à aplicabilidade da pena de prisão perpétua e de penas de que resulte lesão irreversível da

¹⁷⁶ De referir que o catálogo das penas no sistema sancionatório português não se esgota nas penas principais e nas penas acessórias, existe também o instituto das chamadas penas de substituição que não têm previsão no ETPI.

¹⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2009. *Direito Penal Português- Parte Geral*. As Consequências Jurídicas do Crime, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 52

¹⁷⁸ Apud Figueiredo Dias, *Direito Penal Português* cit, pág. 52

¹⁷⁹ CAEIRO, Pedro. 2001. “*UT puras Servaret Manus* - Alegações contra a assunção, pelo Estado português da obrigações de entrega ao Tribunal Penal Internacional de um cidadão que possa ter de cumprir um pena de prisão perpétua”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 11, pág.44 e 45

integridade física e estabelece os regimes: se a lei do Estado requerente prevê a aplicabilidade da pena de prisão perpétua ao facto em questão, Portugal só pode proceder à extradição se a pena tiver sido comutada, se o Estado requerente aceitar a sua conversão por um tribunal nacional, ou se estabelecidas em convenção internacional, existirem condições de reciprocidade o Estado requerente prestar garantias suficientes de que a pena não será aplicada ou executada. Neste sentido O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1/2001¹⁸⁰ (processo n.º 742/99) em que o Provedor de Justiça pediu ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade da norma constante do artigo 6º, nº 2, alínea a) da Lei nº 144/99, de 31 de Agosto, relativamente à parte em que permite a extradição em casos em que seja possível a aplicação da pena de morte ou de que resulte lesão irreversível da integridade física segundo o direito do Estado requisitante, por violação das normas contidas nos artigos 33º, nº 4, e 18º, nº 2, da Constituição. O Tribunal Constitucional decide pela não declaração de inconstitucionalidade da norma se o Estado que formula o pedido, por acto irrevogável e vinculativo para os seus tribunais ou outras entidades competentes para a execução da pena, tiver previamente comutado pena de morte ou outra de que possa resultar lesão irreversível da integridade da pessoa.

Actualmente a rejeição da pena de prisão perpétua segue o referido princípio da humanidade num processo evolutivo que rejeita a violação do núcleo essencial da humanidade ou da dignidade humana.

A ratificação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional não implica a introdução da prisão perpétua na nossa ordem jurídica uma vez que os nossos tribunais não têm o dever de a aplicar, nem o nosso sistema penitenciário tem o dever de acolher a aplicação de uma pena de prisão perpétua aplicada pelo TPI¹⁸¹.

¹⁸⁰ Tribunal Constitucional, Jurisprudência [consult. 12 Mar.2012. Disponível na internet em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010001.html>

¹⁸¹ As previsões normativas sobre a função dos Estados na execução das penas de prisão privativas de liberdade encontram-se nos artigos 103º e seguintes do ETPI. Delas resulta que os Estados Parte não são obrigados a disponibilizar-se para executar as penas aplicadas pelo TPI porquanto serão cumpridas num Estado indicado pelo Tribunal a partir de uma lista de Estados que lhe tenham manifestado a sua disponibilidade para receber pessoas condenadas. Acresce, que disponibilizando-se os Estados podem ainda estabelecer condições para o fazer. Pode por exemplo o Estado Português disponibilizar-se para executar uma pena de prisão aplicada pelo TPI, desde que a pena a executar não exceda o limite máximo da pena de prisão aplicável.

O ETPI impõe também, no art.º 105º, que a pena estabelecida por este Tribunal é vinculativa para os Estados Parte, não podendo estes modifica-la em caso algum. O que pode levantar um problema: caso Portugal se disponibilize para a execução de uma pena, poderá o condenado beneficiar de uma amnistia ou de um perdão genérico pela Assembleia da República ou um indulto concedidos ou pelo Presidente da República, de acordo com a nossa Constituição? Parece claro que não, pela aplicação do art.º 105º a que Portugal se obriga. No entanto estamos perante mais uma situação em que a cláusula constitucional do

Quando a questão se coloca em termos de prevenção geral negativa, Pedro Caeiro¹⁸² é de opinião que não será a gravidade de uma pena de prisão perpétua que inibirá os autores de crimes como os previstos no art.º 5º do ETPI (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra ou de agressão) uma vez que se trata quase sempre de indivíduos que agem motivados pela impunidade que supõem vir a gozar, em virtude do seu estatuto (por regra chefes militares ou chefes de Estado). Acrescente-se que por regra as motivações de tais crimes são de tal ordem (religiosa, emocional, ideológica ou outra) que, efectivamente, é esta opinião nossa, não será a severidade da pena que influenciará o seu não cometimento.

Temos ainda de considerar os casos em que a prática de actos de violência não é considerada comportamento desviante, pelo contrário, o indivíduo, tem de agir de acordo com o comportamento do grupo de modo a não ser ele próprio vítima de violência. De acordo com Mark Drumbl¹⁸³ em ambiente de genocídio, como no caso do Ruanda, a prática de actos como homicídio, a tortura, a violação e a mutilação de membros de um grupo étnico por membros de outro grupo não é considerado pelo Estado e pela comunidade em geral, um comportamento desviante, pelo contrário “é encorajado pelo Estado e torna-se em norma de conduta social, um barómetro da intensidade da pertença de alguém ao grupo[...]. De facto, é muitas vezes a recusa a participar que é tida como desviante e pode vir a ser imediatamente punida”.

Em termos de prevenção geral positiva Pedro Caeiro¹⁸⁴ afirma que esta não exige para a restauração da confiança da comunidade na ordem jurídica, a pena de prisão perpétua, afirmando que a proposição político-criminal firmada por Montesquieu e Beccaria, segundo a qual:

“a certeza de um castigo, se bem que moderado, causará sempre uma maior impressão do que o temor de um outro mais terrível, unido com a esperança da impunidade”

TPI implica uma derrogação das competências previstas para a Assembleia da República e para o Presidente na República no que às referidas questões diz respeito. Sobre as penas e a sua execução no ETPI ver Anabela Miranda Rodrigues.2006. “As Penas e a sua Execução no Estatuto de Roma do TPI, in *Direito e Justiça*, volume especial, pp.279-287

¹⁸² Em “*UT puras Servaret Manus* - Alegações contra a assunção, pelo Estado português da obrigações de entrega ao Tribunal Penal Internacional de um cidadão que possa ter de cumprir um pena de prisão perpétua” op.cit, pág. 50

¹⁸³ *Sclerosis, Retributive Justice and the Rwanda Genocide*, Punishment and Society, 2 (3), 287-308 apud PUREZA, José Manuel, “Da cultura da Impunidade à Judicialização Global: o Tribunal Penal Internacional” it. pág. 136.

¹⁸⁴ Caeiro, Pedro, “*UT puras Servaret Manus* - Alegações contra a assunção, pelo Estado português da obrigações de entrega ao Tribunal Penal Internacional de um cidadão que possa ter de cumprir um pena de prisão perpétua” op. cit., pág. 51.

poderia ser, no que toca a estes crimes, bem mais eficaz.

O principal objectivo da comunidade internacional em relação a estes criminosos é que os mesmos sejam condenados, pelo que a gravidade da pena não será relevante e qualquer pretensão de proporção, considerando a dimensão dos crimes em questão será sempre inatingível.

Por outro lado a prevenção especial¹⁸⁵ também estará sempre afastada. Com efeito, com frequência os autores dos crimes em questão, vivem posteriormente perfeitamente integrados na sociedade não necessitando portanto de “ressocialização”. Não haverá também da sua parte perigo de reincidência porquanto estes crimes são cometidos em circunstancias específicas.

Por outro lado, a prisão perpétua só poderá ter um efeito de inocuidade do condenado em função da sua perigosidade.

Também José Manuel Pureza¹⁸⁶ para quem “o próprio argumento da prevenção geral- isto é, a ênfase do efeito dissuasor da punição judicial sobre a prática dos crimes contra a humanidade - que é frequentemente invocado pelos defensores dos méritos da judicialização, sendo fundado numa expectativa de compromisso racional (ligação entre medo da punição e decisão de não praticar crimes) [...] não vale num contexto de violência generalizada e de ausência de padrões mínimos de racionalidade”.

Noutra perspectiva, Maria Fernanda Palma¹⁸⁷ aborda a questão da dignidade da pessoa humana no sentido que toda a culpa humana tem “necessariamente uma redenção, uma sublimação, um retorno [...]. A pena de prisão perpétua é, nesse sentido pouco compatível com um princípio de regeneração ou regeneração do delinquente [...] é antagónica a uma reparação de dano da sociedade e do delinquente”. Adiante “a possibilidade de a prisão perpétua ser decretada *ab initio* para a vida, apenas na base de uma questão de gravidade do crime, é uma concepção retributiva, [...] contrária ao princípio da necessidade da pena inerente ao Estado de Direito”.

¹⁸⁵ Claus Roxin em *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, op.cit. pág. 21, critica a prevenção especial nos seguintes termos: “Nos crimes mais graves, não teria de impor-se uma pena caso não existisse perigo de repetição. O exemplo mais contundente é constituído, neste momento, pelo assassinos dos campos de concentração [...] Tais assassinos vivem hoje, na sua maioria discreta e socialmente integrados não necessitando portanto de “ressocialização alguma ; nem tão pouco existe da sua parte o perigo de uma reincidência”

¹⁸⁶ PUREZA, José Manuel, “Da cultura da Impunidade à Judicialização Global: o Tribunal Penal Internacional” op. cit. pág. 136.

¹⁸⁷ PALMA, Maria Fernanda, “Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal”, op. cit., pág. 26-27

No entanto nem todas as posições em relação a esta questão são neste sentido; por um lado porque a pena de prisão perpétua tem sido vista com alguma ligeireza: não colhe a vida, somente a liberdade, é reversível, etc., sendo até compreendida em atenção ao carácter extremamente grave dos crimes em questão ¹⁸⁸; por outro, o próprio Estatuto dá-lhe um carácter próprio porquanto está o tribunal obrigado ao fim de 25 anos a proceder ao reexame da situação do condenado em vista a uma redução da pena nos termos do n.º 3 do art.º 110º do ETPI, pelo que havendo uma redução de pena ela deixará obrigatoriamente de ser perpétua.

Maria Fernanda Palma¹⁸⁹ estabelece um paralelismo entre esta pena e o sistema previsto no n.º 2 do art.º 30 da Constituição. Com efeito uma pena relativamente à qual haja a obrigatoriedade de uma revisão ao fim de 25 anos quando se reavaliará, a perigosidade do agente e já não a gravidade do crime, é semelhante aquela em que poderão as medidas de segurança privativas de liberdade ser prorrogadas sucessivamente. “é fundamentalmente simbólica a diferença entre uma privação de liberdade pela prorrogação sucessiva, sem limites, da medida de segurança- a partir de uma perigosidade actual e renovadamente constatada, mas já não referida ao facto - e decretação de uma privação de liberdade, sem limite *ab initio*, para salvaguardar a possibilidade de, uma vez decorrido certo período, se vir a manter a mesma privação da liberdade com fundamento em perigosidade criminal [...] não haverá diferença valorativa essencial, nas prespectivas da dignidade da pessoa e da necessidade da pena”.

Ainda, na opinião da referida autora, “o que contrariará o núcleo dos direitos da pessoa derivados da sua protecção da sua dignidade é a possibilidade de se decretar para toda a vida uma prorrogação da privação de liberdade sem uma justificação em graves razões actuais de perigosidade criminal verificadas através de decisão judicial e sem ter pressuposto uma execução de pena ou medida orientada pela reintegração e recuperação do agente”.

¹⁸⁸ Nestas considerações temos de ter sempre presente que as negociações do Estatuto foram entre países de grandes diferenças a vários níveis (jurídico, económico, cultural etc.) e que o consenso passou por admitir a pena de prisão perpétua como um mal menor como alternativa à pena de morte defendida por muitos dos países que assinaram o Tratado entre eles por exemplo os Estados Unidos (que chegaram a assinar o Estatuto embora nunca o tenham ratificado). Trata-se de questões que, no contexto de convivência com a comunidade internacional, nos obriga um exercício de tolerância e o facto de ter sido discutida e rejeitada a pena de morte, na punição dos crimes mais graves, constitui em si um valioso argumento a favor da sua abolição à escala mundial.

¹⁸⁹ PALMA, Maria Fernanda, “Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal”, op. cit., pág. 28.

Por fim temos de considerar a questão do princípio da complementaridade. Nestes termos Portugal só terá a obrigação de entregar um cidadão no caso de não o pretender julgar perante os tribunais nacionais. Todavia este argumento não será totalmente válido porquanto os princípios e a regras que definem a competência espacial da lei não serão por si só suficientes se considerarmos que o nosso ordenamento penal não tipifica todos os crimes inseridos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e que em caso de prescrição dos crimes em questão, à luz do nosso regime, a jurisdição do Tribunal pode ser desencariada.

À parte destes argumentos, se é certo que o Estatuto do Tribunal Penal Internacional não obriga Portugal a prever a pena de prisão perpétua para que seja aplicada pelos nossos tribunais, certo é que Portugal não poderia vincular-se a um instrumento de direito internacional que a prevê, obrigando-se ao dever de colaboração em processos que podem ter como conclusão a aplicação de uma pena deste tipo ou à entrega de cidadãos a quem esta pena seja aplicável, inclusivé a crimes praticados em Portugal e a cidadãos portugueses, sem que houvesse uma prévia revisão constitucional.

Concluindo, a possibilidade, ainda que residual (que se verificará apenas em caso de ineficácia do nosso poder punitivo) de serem aplicadas pena perpétuas, mas revisíveis, a cidadãos nacionais ou agentes sobre os quais Portugal tenha jurisdição não terá sido relevante para a ratificação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Não há incompatibilidade valorativa entre a proibição constitucional das penas perpétuas e a aceitação de cooperação internacional, relativamente aos crimes previstos no Estatuto quando esta divergência tiver o seu fundamento apenas na “possibilidade de intervenção subsidiária controlável pela jurisdição interna de uma instância internacional”. Portugal terá sempre a possibilidade de exercer a sua jurisdição mesmo em casos que estejam em causa a prática de factos por estrangeiros em território estrangeiro, “contribuindo, nessa medida, no plano internacional, para um direito penal adequado à prevenção especial e à culpa”¹⁹⁰. No entanto Portugal poderá, não por motivos de necessidade mas por motivos de oportunidade, vêr-se, no âmbito da cooperação a que se obriga pela ratificação do Estatuto, obrigado a proceder à entrega ao TPI de indivíduos a quem poderão ser aplicadas penas de prisão perpétua. Na opinião

¹⁹⁰ PALMA, Maria Fernanda, “Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal”, op. cit.,pág.

de Maria Fernanda Palma¹⁹¹, “neste caso, demitindo-se o Estado português de aplicar directamente o direito internacional, só seria aceitável na base de uma interpretação do Estatuto segundo a qual a revisibilidade obrigatória da pena há-de ter em conta, a necessidade, a prevenção especial e a suficiente compensação da culpa, só sendo concebível o prolongamento para além dos vinte e cinco anos por razões de excepcional perigosidade, em termos análogos aos que o Código Penal português consagra para as medidas de segurança (art.º 29º, n.º 3 do Código Penal)”.

A solução encontrada implica a admissibilidade de tal pena na estrita medida necessária para admitir o Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Na linha da solução do artº 7º, n.º 7º implicitamente o n.º 1 do artº n.º 30 passa a constar: “Não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida” *sem prejuízo dos disposto no artigo 77º do Estatuto do TPI*¹⁹².

3.1.4 – Imunidades e outras prerrogativas penais

Outra matéria que despertou a questão da incompatibilidade entre a Constituição da República Portuguesa e o Estatuto do Tribunal diz respeito ao regime das imunidades constitucionais dos titulares de cargos públicos. José Faria Costa¹⁹³ explica-nos a génese deste privilégio. A palavra tem raiz latina *imunitas, imunitatis*, no direito romano exprimia “isenção total ou parcial de ónus de direito público”. Estavam imunes ou isentas de determinados encargos algumas categorias privilegiadas de pessoas, terras, igrejas, e determinados latifúndios respeitantes à linhagem senatorial. O impedimento dos funcionários do poder central em entrar nas terras comunais para aí exercerem os actos públicos, como cobrança de impostos, cria no seio dos senhores locais o poder de eles próprios efectivarem esses mesmos actos conduzindo assim, de acordo com o referido autor, ao nascimento do poder feudal. A primeira destas prerrogativas ter-se-á positivado em Inglaterra e consistia na garantia dada aos parlamentares de que poderiam viajar desde o seu domicílio até à sede do Parlamento sem serem detidos (justificada pela defesa do órgão parlamentar face à acção dos poderes executivo e judicial). Já nos sistemas continentais remete-nos para o pensamento político-constitucional francês pós

¹⁹¹ PALMA, Maria Fernanda, “Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal”, op. cit., pág. 34

¹⁹² MOREIRA, Vital; “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição”, op. cit, pág. 24

¹⁹³ Em “Imunidades Parlamentares e Direito Penal”. 2000. *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXVI, Coimbra, pág., 37

Revolução Francesa e para a constatação da existência das imunidades parlamentares, com pequenas diferenças de formulação, na generalidade das “Constituições do nosso espaço jurídico- político”.

Feita esta pequena abordagem, interessa-nos agora perceber como se lida com a questão das imunidades em termos de direito internacional.

As imunidades podem ser dois tipos:

- Imunidades funcionais (*ou ratione materiae*) e
- Imunidades pessoais (*ou ratione personae*).

As primeiras, imunidades funcionais, impedem a responsabilidade criminal dos funcionários de um Estado, perante tribunais estrangeiros, no exercício das suas funções, considerando-se para o efeito que nesses casos quem age é o Estado e não o funcionário. Os factos que eventualmente implicariam a responsabilidade do agente (no Estado onde são praticados) implicam apenas a responsabilidade do Estado em nome do qual são praticados os actos. Apreciar a responsabilidade criminal do funcionário equivaleira a julgar os próprios Estados, pelo que estas imunidades funcionais cessam quando estejamos perante crimes de direito internacional, porquanto os factos que os integram não podem constituir actos de Estado. Estas imunidades funcionais são permanentes, na medida em que visam impedir que os actos oficiais de um Estado estejam sujeitos à jurisdição de outro Estado, o que significa que o agente não estava obrigado à norma no momento em que praticou o acto, prolongando-se a imunidade para além do exercício das funções que a justificam¹⁹⁴. O artigo 39º, n.º 2 da Convenção de Viena refere-se à cessação das imunidades do pessoal diplomático e respectivas imunidades dispondo o seguinte: “Contudo, a respeito dos actos praticados por tal pessoa no exercício das suas funções como membro da missão, a imunidade subsiste”.

Já no que respeita a actos privados, a imunidade, não é permanente, mas sim, eventual e suplementar, cessando quando o indivíduo em causa deixa o seu posto.

Quanto às imunidades pessoais, estas não estão relacionados com o dever de não-ingerência mas antes com a garantia de que, certas pessoas com funções de representação do Estado no exterior, as podem exercer livremente sem que a sua eventual responsabilidade perante a lei de outro país prejudique o normal desenvolvimento das relações internacionais. São limitadas, apenas assistem ao Chefe de Estado, Primeiro Ministro, ao Ministro dos Negócios Estrangeiros, e diplomatas e abrangem todos os

¹⁹⁴ CAEIRO, Pedro. 2010. “Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado”, Coimbra: Coimbra Editora, pág. 363-365

actos praticados pela pessoa em causa, mesmo aqueles que nada têm a ver com o exercício das suas funções, inclusivé aqueles que podem integrar crimes contra o direito internacional. Estas imunidades, uma vez que apenas existem na integridade do desempenho das funções de representação em país estrangeiro, não libertam o agente da obediência à norma mas tão somente impedem o exercício do poder punitivo. Por este motivo estas imunidades terminam quando terminam as funções que as justificam, reactivando-se a jurisdição do Estado estrangeiro. Por isso se compreende que as imunidade pessoais valham até contra crimes de direito internacional, à excepção do caso em que a comunidade internacional, como um todo, decidir o contrário: estabelecimento de tribunais internacionais por parte de uma autoridade supra nacional, como é o caso do Conselho de Segurança das Nações Unidas¹⁹⁵.

Existem no entanto diferenças entre os tribunais *ad hoc* para a Antiga Jugoslávia e o Ruanda e as competências do Tribunal Penal Internacional, relativamente a esta questão.

Os primeiros, os tribunais *ad hoc*, de acordo com o art.º 7º, nº 2 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Jugoslávia e o art.º 6º, nº 2 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda têm legitimidade para ordenar a captura e a entrega dos suspeitos e acusados, independentemente do local onde se encontrem, mesmo beneficiando de uma imunidade pessoal de direito internacional. No entanto o mesmo já não acontece em relação ao Tribunal Penal Internacional, apesar do disposto no referido art.º 27, nº 2 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, por força do título convencional sobre que repousa a legitimação do próprio tribunal.¹⁹⁶ Considera-se que o artigo 27º, nº 2 não pode ser considerado isoladamente, uma vez que, quando esteja em causa a entrega de uma pessoa que goze de uma imunidade pessoal de direito internacional, o Tribunal Penal Internacional estará sempre dependente da renúncia do Estado à mesma imunidade (não interessando para o caso se é ou não Estado parte do Estatuto),¹⁹⁷ por força do artigo 98, nº 1¹⁹⁸. Se o Estado titular da prerrogativa não for

¹⁹⁵ CAEIRO, Pedro, “Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado”, op. cit., pág. 364-365

¹⁹⁶ CAEIRO, Pedro, “Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado”, op. cit., pág. 366.

¹⁹⁷ Neste sentido Pedro Caeiro, “Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado”, op.cit. Pág. 367 e OTTO Triffterer in *Commentary on the Roman Statute of the internationalCriminal Court. Observers Notes Article by Article, 1999*, pag. 513apud Pedro Caeiro na obra citada.

¹⁹⁸ “O Tribunal não pode dar seguimento a um pedido de entrega ou de auxílio por força do qual o Estado requerido devesse actuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de pessoas ou de

um Estado parte, esse dever de renúncia decorre directamente das normas do direito internacional comum, mesmo no caso em que o titular do cargo se entregue voluntariamente ao tribunal, porque, como foi dito a propósito da definição de imunidades funcionais e pessoais, a mesma é concedida a favor do Estado e não a favor do seu portador ao momento.

Estando em questão um Estado parte e analisando o sentido do artigo 27, n.º 2, conclui-se que esta norma:

- confere ao tribunal os poderes necessários para solicitar a entrega de pessoas que gozem de uma imunidade internacional;

- obriga os Estados Parte a renunciar às imunidades referidas quando o tribunal solicite a outro Estado, a entrega de um seu cidadão que beneficie das mesmas;

- confere também ao tribunal os poderes necessários para julgar, os cidadãos de Estados-parte que se entreguem voluntariamente à sua jurisdição, sem necessidade de qualquer outra diligência, porque presume-se que os Estados-parte renunciaram de forma tácita, às imunidades em questão. Caso esteja em causa uma entrega por parte de um Estado terceiro de um indivíduo que exerça funções de representação nesse Estado e que goze de uma imunidade pessoal tem de haver uma renúncia expressa porquanto podem estar aqui em causa as relações entre dois Estados.

Conclui-se portanto que as imunidades funcionais são sempre irrelevantes do ponto de vista do exercício da jurisdição sobre crimes previstos no artigo 5º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, e que em princípio esta jurisdição só pode ser exercida sobre indivíduos que beneficiem de uma imunidade pessoal quando o respectivo Estado a ela renunciar, exceptuando-se deste regime as situações em que os nacionais de Estados parte se apresentem voluntariamente à jurisdição do tribunal porquanto se presume a renúncia.

No caso Português, o art.º 117º estabelece o estatuto geral dos titulares de cargos políticos, e relativamente a cada um dos órgãos. As imunidades estão estabelecidas nos artigos 130º, 157º e 196º da CRP, respectivamente para o Presidente da República, para a Assembleia da República e para o Governo. Estas imunidades são fundamentadas, essencialmente, na preocupação de preservar a continuidade dos órgãos, do próprio Estado, e a separação e o equilíbrio de poderes. O objectivo é assegurar que o titular de cada órgão tenha condições de estabilidade e de segurança para praticar os actos da sua

bens de um Estado terceiro, amenos que obtenha previamente a cooperação desse Estado terceiro com vista ao levantamento da imunidade”.

competência, pelo que não são privilégios que violem o princípio da igualdade, mas antes direitos com estrutura de situações funcionais (que já aqui foram caracterizadas).

Se ao longo das diferentes Constituições o seu alcance foi sofrendo alterações, há, segundo Jorge Miranda¹⁹⁹, um conjunto de características que se têm mantido:

Em primeiro lugar, pode-se estabelecer duas categorias de imunidades: a irresponsabilidade e a inviolabilidade pessoal. A irresponsabilidade (ou responsabilidade atenuada) respeita a actos no exercício dos cargos e não sujeição a processo criminal e a privação de liberdade física (ou apenas a sujeição se verificadas determinadas condições).

Em segundo lugar, distingue-se crimes cometidos no exercício de funções dos titulares dos órgãos do poder, denominados de *crimes de responsabilidade*²⁰⁰ e aqueles exercidos fora desse exercício, ou seja, crimes comuns, correspondendo a cada um deles tratamentos substantivos e processuais distintos.

Outra característica é a inexistência de tribunais especiais para o julgamento de qualquer um destes crimes (aliás a CRP proíbe, sem excepções, a existência de tribunais com competência exclusiva para determinados crimes).

Em quarto lugar, o regime aplicável ao Presidente da República assenta na distinção entre crimes cometidos dentro e fora do exercício de funções enquanto que, no que diz respeito aos membros do Governo e Parlamento, assenta na maior ou menor gravidade dos actos praticados.

¹⁹⁹ “Imunidades Constitucionais e Crimes de Responsabilidade”, in *Direito e Justiça*, Vol. XV, tomo 2, 2001. pág. 28

²⁰⁰ De acordo com Jorge Miranda em “Imunidades Constitucionais e Crimes de Responsabilidade” op.cit., pág. 29 referindo a análise de Gomes Canotilho e Vital Moreira, são as seguintes as características de crimes de responsabilidade:

- a) São crimes praticados por titulares de cargos políticos no exercício das suas funções;
- b) São violados bens ou valores “relevantes da ordem constitucional” cuja a promoção é dever funcional dos titulares de cargos políticos;
- c) Há uma conexão entre a responsabilidade criminal e a responsabilidade política “transformando-se a censura criminal numa censura política (que pode implicar a demissão ou destituição do cargo como pena);
- d) Existência de especificidades quanto ao processo, tipos de penas e efeitos e em alguns casos quanto à competência judicial para o julgamento;
- e) Pelo facto do agente gozar de uma certa confiança pública e liberdade de conformação há qualificação distinta da responsabilidade criminal comum;

A Lei 34/87 – Crimes de Responsabilidade dos Titulares de Cargos Políticos” vem determinar os crimes de responsabilidade que os titulares de cargos políticos cometam no exercício das suas funções bem como as sanções que lhes são aplicáveis e os respectivos efeitos. Da enumeração constante do n.º7 e seguintes constam os crimes de: traição à Pátria, o atentado contra a Constituição, o atentado contra o Estado de Direito, a coacção contra órgãos constitucionais; a prevaricação, a denegação da aplicação de direito, o desacatamento ou recusa de execução de decisão de tribunal, a violação de normas de execução orçamental, a suspensão ou a restrição ilícita de direitos, liberdades e garantias, a corrupção passiva, a corrupção activa, o peculato, a participação económica em negócio, o emprego de força pública contra a execução da lei, a recusa de cooperação, o abuso de poder e a violação do segredo de Estado.

Feita a abordagem ao regime das imunidades no nosso país interessa analisar o Estatuto de Roma que estabelece a irrelevância geral destas imunidades internas²⁰¹, dos titulares de cargos políticos e chefes militares que, por regra, serão os principais alvos da jurisdição do tribunal, dispondo o n.º 1 do art.º 27º:

O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do parlamento, de representante eleito ou de funcionário público em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena.

Sendo que o n.º 2 é não deixa margem para qualquer dúvida:

*As imunidades ou normas de procedimentos especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.*²⁰²

Voltando ao direito português, o artº 130ª da CRP relativo à responsabilidade penal do Presidente da República prevê que: por crimes praticados no exercício das suas funções ele só pode ser julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça²⁰³ e que nesse caso a iniciativa do processo caberá à Assembleia da República, mediante deliberação

²⁰¹ De acordo com Paula Escarameia em “Prelúdios de uma Nova Ordem Mundial: O Tribunal Penal Internacional”, *Revista Nação e Defesa*, nº 104, Instituto de Defesa Nacional, 2003, pág.25, a total ausência de imunidades para muitos dos crimes previstos no Estatuto não é nova: já constava de várias convenções, como é o caso das “violações graves” das Convenções de Genebra de 1949 e Protocolos Adicionais de 1977, sobre Direito Humanitário (artigos 50º da 1ª Convenção, 51º da 2ª Convenção, 130º da 3ª Convenção, 147º da 4ª Convenção e arts. 11º e 85º nº 3 do Protocolo I), a “Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio” de 1948, a “Convenção sobre Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes”, de 1984, e ambos os Estatutos dos dois Tribunais *Ad hoc*, respectivamente, de 1993 e 1994, (art.º 7º nº 2 do da Ex-Jugoslávia, instituído pelas resoluções do Conselho de Segurança nº 808 (1993) e 827(1993) e art. 6º nº 2 do Ruanda, criado pela res. nº 955(1994)), onde se prevê a completa ausência de imunidades.

²⁰² Na opinião de Jorge Bacelar Gouveia. 2008. *Manual de Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra, Edições Almedina, pág. 867: ”este é um resultado que pode revelar-se excessivo do ponto de vista da defesa do estatuto do poder público. Essas imunidades existem de um modo geral tanto na veste da irresponsabilidade como na veste da inviolabilidade [...]. Por outra parte, no caso de prática de crimes, está previsto um procedimento que visa o seu levantamento, que é assim totalmente ignorado, que também deveria ter sido considerado naquela disciplina, que se apresenta divorciada de um instituto secular do Direito Constitucional”.

²⁰³ Relativamente ao julgamento, há que distinguir consoante a acusação seja por crimes cometidos dentro ou fora do exercício das suas funções. No caso de crimes cometidos no âmbito do exercício das suas funções a competência cabe ao Supremo Tribunal de Justiça. No que respeita aos crimes cometidos fora do exercício das funções Presidenciais a Constituição remete-nos para os tribunais comuns ou seja para aos tribunais competentes para cada crime de acordo com a lei geral.

aprovada por maioria qualificada²⁰⁴; que por crimes estranhos ao exercício das suas funções, o Presidente só responde depois de findo o mandato, e perante os tribunais comuns. Portanto, o Presidente da República não goza de imunidades substantivas uma vez que é sempre responsável criminalmente pelos seus actos, incluindo os crimes praticados no exercício das suas funções. Apenas goza de imunidade em face do Ministério Público, uma vez que a acusação pela prática de qualquer crime é da exclusiva competência do Parlamento. Conclui-se que o seu estatuto inclui algumas prerrogativas em termos processuais penais, nomeadamente quanto ao tribunal competente e quem pode ter a iniciativa de processo²⁰⁵.

Pela aplicação da previsão normativa do ETPI e pela possibilidade aberta pelo princípio da complementaridade, o Presidente da República poderia ser julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Penal Internacional; a iniciativa processual deixa de ser da exclusiva competência da Assembleia da República, podendo partir do Procurador do TPI. Por último, pelos crimes estranhos às suas funções pode o PR ser julgado em qualquer momento pelo TPI sem aguardar o fim do mandato para ser julgado nos tribunais comuns.

Também aos deputados da Assembleia da República, por força do art.º 117º da CRP, podem ser imputados crimes de responsabilidade. No entanto o art.º 157º da CRP prevê algumas imunidades e prerrogativas penais:

- Os deputados não são criminalmente responsáveis nem pelas opiniões nem pelos votos que emitirem no exercício das suas funções (no sentido de preservar as opções e opiniões políticas dos membros do parlamento). Esta imunidade permanece mesmo quando o deputado já não exerce as suas funções na AR uma vez que são os actos em si que não implicam a responsabilidade, ligam-se portanto aos seus poderes funcionais ;

- Não podem ser ouvidos nem como declarantes nem como arguidos sem autorização da Assembleia da República, sendo porém obrigatória essa autorização no caso de haver fortes indícios de crime doloso punível com pena superior a três anos;

²⁰⁴ Após a iniciativa de um quinto dos deputados o processo seguinte consta do regimento da Assembleia da República: a) Apresentada a proposta a Assembleia reúne-se nas quarenta e oito horas seguintes (art.º 273ª) e é constituída uma comissão especial para elaborar um relatório; b) Após a recepção do relatório da comissão, o Presidente da Assembleia da República marca dentro de quarenta e oito horas a reunião plenária para debate. Após o termo deste propõe à votação a questão da iniciativa do processo. c) A deliberação toma a forma de resolução, não sujeita, como se entende, à promulgação do próprio Presidente.

²⁰⁵ MOREIRA, Vital; “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição”, op. cit, pág. 28

nenhum deputado pode ser detido ou preso sem autorização da Assembleia da República, salvo por crime doloso punível com pena de prisão superior a três anos e em caso de flagrante delito;

- Por fim os deputados não podem ser julgados sem que sejam suspensos pela Assembleia, sendo porém a suspensão obrigatória no caso de acusação por crime doloso punível com pena de prisão superior a três meses.

À semelhança do que acontece com o Presidente da República também no estatuto da Assembleia da República se encontram alguns pontos incompatíveis com o Estatuto do Tribunal Penal Internacional: a necessidade de autorização parlamentar não é considerada pelo Estatuto e os deputados passam a poder ser criminalmente responsáveis, podem ser ouvidos como arguidos, presos preventivamente e a poder ser julgados sem qualquer necessidade de deligências especiais por parte da Assembleia da República²⁰⁶.

Relativamente ao governo, o regime previsto no art.º 196, é em tudo semelhante ao dos deputados da Assembleia da República, consagrando-se a responsabilidade dos membros do governo por actos praticados no exercício das suas funções bem como dos actos praticados fora desse exercício. A efectivação da sua responsabilidade depende de deliberação favorável do Parlamento. Há também, à semelhança do que acontece com os deputados, uma área de inviolabilidade pessoal dos membros do governo pelo que nenhum membro do Governo pode ser detido ou preso (com o objectivo de evitar perseguições ilegítimas aos deputados) sem a autorização da Assembleia da República, salvo por crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo o limite máximo seja superior a Três anos e em flagrante delito²⁰⁷.

Em conclusão Vital Moreira²⁰⁸ diz-nos que qualquer um dos artigos 130º, 157º e 196º passam a ter um último número “virtual” onde “consta algo como o seguinte: “o disposto nos n.ºs 1,2,3 não prejudica a jurisdição do TPI nem as regras do respectivo Estatuto respeitantes à acusação”.

²⁰⁶ MOREIRA, Vital; “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição”, op. cit, pág. 28

²⁰⁷ MOREIRA, Vital; “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição”, op. cit, loc.cit

²⁰⁸ MOREIRA, Vital; “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição”, op. cit, pág. 29

3.1.5 - A declaração interpretativa inserta nos instrumentos de aprovação e ratificação

Como vimos, a incorporação no nosso Direito do Estatuto de Roma implicou uma alteração da compreensão de vários princípios e normas constitucionais. Sem querer desenvolver a questão de saber se estas alterações cabem ou não nos limites materiais de revisão estabelecidos no art.º 288º da CRP, nomeadamente o princípio da independência nacional -alínea a) – “A independência nacional e a unidade do Estado” e da garantia dos direitos, liberdades e garantias - alínea d) – “Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, vale a pena fazer-lhe aqui uma referência. De acordo com Vital Moreira²⁰⁹ referindo também Gomes Canotilho não se pode dizer que os limites materiais de revisão são afectados. A interpretação prevalescente do art.º 288º da Constituição da República Portuguesa “é que ele não implica um congelamento do regime constitucional concreto previsto nessas áreas, o que ele tem a ver é com conteúdos essenciais e não com cada uma das soluções concretas. Deste modo só se poderia falar em lesão dos limites materiais se as alterações constitucionais provocadas pela recepção constitucional do TPI afectassem o conteúdo essencial dos princípios”.

Considerando as questões levantadas e com o objectivo que não houvesse contradições do texto do Estatuto de Roma e a Constituição da República Portuguesa, que pudessem levantar qualquer dúvida quanto à sua constitucionalidade, o legislador procedeu a uma revisão extraordinária.

Após a aprovação da V revisão do texto constitucional aprovada pela Lei Constitucional n.º 1/2002 de 12 de Dezembro, nos termos em que ficaram registadas as necessárias mudanças, o Tratado viria a incorporar-se no Direito Português em 18 de Janeiro de 2002 através dos seguintes actos necessários para os efeitos:

- A Assembleia da República, aprovou a Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002 de 18 de Janeiro de 2002, em 20 de Dezembro de 2001, onde constava a fórmula da aprovação interna e uma declaração interpretativa, conforme os artigos 1 e 2 da mesma.

- O presidente da República, exarou o Decreto do Presidente da República n.º 2/2002 em 28 de Dezembro de 2001, em 18 de Janeiro de 2002, de onde contava da fórmula da ratificação e a declaração interpretativa incluída no acto de aprovação parlamentar.

²⁰⁹ MOREIRA, Vital. “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição” op.cit., pág. 33

Desta forma foram ultrapassadas as dúvidas que se suscitaram sobre o automatismo da vinculação de Portugal ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional por força do aditamento no n.º 7 ao art.º 7º da Constituição da República Portuguesa, que implica a derrogação de todas as regras constitucionais no que respeita ao âmbito da jurisdição penal daquele tribunal.²¹⁰

Esta declaração interpretativa foi também resultado da proibição constante do artigo 120º do ETPI quanto à formulação de reservas. A justificação para tal proibição baseia-se na necessidade de tentar evitar a aceitação parcial do Estatuto, o que poderia em casos extremos, anular o Tratado em termos de substancia e frustrar o seu funcionamento. Todavia, a diferença entre “declaração” e “reservas” não é totalmente clara. Uma declaração por parte de Portugal no sentido de restringir a aplicação de qualquer aspecto constante no Estatuto poderia ser entendida como contrária ao tratado²¹¹.

Assim, após a alteração da Constituição, o Estatuto de Roma foi aprovado e ratificado nos termos já expostos com uma declaração, tanto na resolução parlamentar de aprovação, como no decreto presidencial onde assumiu o termo “declaração interpretativa” publicada no D.R n.º 15, Série I-A de 18 de Janeiro de 2002, com o seguinte conteúdo:

Artigo 2º (Declaração interpretativa)

Portugal manifesta a sua intenção de exercer o poder de jurisdição sobre pessoas encontradas em território nacional indiciadas pelos crimes previstos no

²¹⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Internacional Público*, op.cit., pág. 445 diz-nos que foi uma oportunidade perdida o facto de não ter sido solicitada, como poderia ter sido, pelo Presidente da República a fiscalização preventiva da constitucionalidade do ETPI, impedido deste modo “que algumas nuvens de inconstitucionalidade continuassem a pairar sobre esse tratado internacional, só as mesmas sendo um dia eventualmente dissipadas no dramatismo de um caso da vida real que se venha a colocar, com todos os inconvenientes associados a uma solução concreta e imediata que deverá então ser tomada”

²¹¹ Pedro Caeiro, sugere em “*UT puras Servaret Manus*” pág. 63, a possibilidade de ser feita uma declaração por parte de Portugal no sentido de que só entregará ao Tribunal um indivíduo contra o qual não será aplicada, ao caso, a pena de prisão perpétua, atendendo ao facto de que o Estado não prevê no seu ordenamento jurídico a sua aplicação. Esta, segundo este autor não afectaria o objectivo principal do Estatuto, que é fazer responder os autores dos crimes pelos seus actos, mas tão-só limita o leque sancionatório ao dispor. Acresce que esta declaração visaria apenas garantir um padrão de direitos humanos mais elevado do que aquele que está consagrado no Estatuto em perfeita consonância com os objectivos que levaram à sua elaboração. Teria esta opção duas vantagens: por um lado a sua ratificação passaria a estar de acordo com a nossa lei Fundamental e por outro poderia eventualmente ter um efeito multiplicador podendo vir a reflectir-se em futuras revisões do Estatuto. “A cadeia portuguesa, indo à frente, alumiará mesmo duas vezes: uma para dentro- reafirmando internamente a recusa da prisão perpétua- outra para fora – convidando a comunidade internacional a aboli-la”

n.º 1 do artigo 5º do Estatuto, com observância da sua tradição penal, de acordo com as suas regras constitucionais e demais legislação penal interna

1- Portugal declara, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 87º do Estatuto, que os pedidos de cooperação e os documentos comprovativos que os instruem devem ser redigidos em língua portuguesa ou acompanhados de uma tradução nesta língua.

O n.º 2 corresponde apenas à concretização de uma previsão do próprio Estatuto no n.º 2 do artigo 87º e constitui a faculdade dada ao Estado, que Portugal utiliza, no sentido de exigir que os documentos de pedidos de cooperação provenientes do TPI ou do Procurador sejam redigidos em Português ou acompanhados de uma tradução nessa língua.

Quanto ao n.º 1 da declaração a sua interpretação levanta algumas questões, sendo certo, no entanto, que a mesma não pode implicar uma negação ou isenção por parte do nosso país de qualquer obrigação decorrente do ETPI. Neste caso, se a intenção for de exclusão ou modificação, a declaração era desnecessária porquanto a proibição de reservas determina a nulidade de qualquer cláusula que venha a ser feita pelos Estados.

Na opinião de Vital Moreira ²¹² o n.º1 da declaração “ou não significa nada de novo ou seria contrária ao tratado”. Na sua opinião, é apenas uma declaração política no sentido de que Portugal se propõe a dar plena expressão ao princípio da complementaridade previsto, assumindo o Estado o compromisso de ser ele a julgar, através dos seus tribunais, os crimes previstos e punidos no ETPI, de acordo com a sua “tradição penal”, ao abrigo das suas regras constitucionais e da sua legislação penal interna, dispensando por isso a intervenção do TPI. Caso seja esse o sentido “trata-se de um propósito meritório, virtuoso mesmo, mas não passa de uma expressão das obrigações do Estado resultantes do Tratado”.

Opinião diferente tem Jorge Bacelar Gouveia²¹³. Este autor que considera que esta declaração atesta a “preocupação com que Portugal encarou o momento da vinculação” ao ETPI, considerando possível deslindar dois planos distintos: um substantivo e um processual. Em termos substantivos a vinculação do nosso país aparece enquadrada por três exigências que anunciadamente se compromete a cumprir:

²¹² Em “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição”, op.cit., pág. 37

²¹³ Em *Manual de Direito Internacional Público*, op.cit. pág.446

“a observância da sua tradição penal”, o respeito pelas “regras constitucionais” e o respeito pela “demais legislação interna”. Em termos processuais, a declaração visa “apontar o caminho ao Estado Português de não deixar de perseguir penalmente os suspeitos da prática de crimes previstos no ERTPI”. Acrescenta que se trata de uma “declaração desnecessária”, “é uma declaração restritiva” e por último é uma “declaração ilógica”.

3.2 – Consequências actuais/futuras decorrentes da ratificação do Estatuto de Roma

A ratificação do ETPI por parte de Portugal levantou algumas questões de índole constitucional já analisadas. Todavia, com esta ratificação Portugal assume também certas obrigações de cooperação e outros problemas poderão colocar-se no que respeita à investigação dos crimes, à detenção e entrega dos arguidos, etc, que pretendemos aqui analisar.

3.2.1- Obrigações pelo princípio da complementaridade

Relativamente a este princípio, já neste texto analisado em local próprio, deve-se reter que o Tratado não tem por objectivo retirar aos Estados a competência penal em relação aos crimes previstos no Estatuto. Pelo contrário, é aos Estados que compete primacialmente julgar esses crimes, sendo certo que estes têm essa obrigação perante a comunidade internacional no exercício da sua soberania. Apenas na circunstância de o Estado não querer ou não o poder fazer é que é accionada a jurisdição do TPI. O próprio preâmbulo do Estatuto estabelece que “é dever de todos os Estados exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis de crimes internacionais”. Também não há dúvidas que o ETPI não impõe que os Estados exerçam essa competência nos termos previstos no Estatuto, antes o devem fazer nos termos da sua própria legislação.

Neste texto foi já analisada a questão da declaração interpretativa, inserta nos documentos que conduziram à ratificação do Estatuto. De acordo com a interpretação de Vital Moreira²¹⁴ à referida declaração, Portugal reserva-se o direito de fazer tudo o que o Tratado permite para que os crimes previstos no ETPI sejam julgados pelos tribunais nacionais, de acordo com as nossas normas, nomeadamente em termos de penas, dispensando desse modo a intervenção do TPI.

²¹⁴ Em O Tribunal Penal e Constituição, op.cit., pág. 37

Atendendo ao princípio da complementaridade e à firme vontade de Portugal de exercer a sua competência penal coloca-se a questão: o que é necessário fazer para que Portugal tenha todas as condições para julgar criminosos de nacionalidade portuguesa, que se encontrem em Portugal e sejam acusados de terem cometido crimes previstos no Estatuto?

Em primeiro lugar é necessário que relativamente aos crimes em causa as leis penais substantivas sejam correspondentes às previstas e definidas no ETPI, porque apenas deste modo Portugal estará em condições de os julgar. Têm que haver coincidência em termos de previsão e definição dos crimes e da definição da responsabilidade, embora essa coincidência não seja possível em termos de penas a aplicar.

À data da ratificação do Estatuto, o nosso Código Penal já previa já os crimes contra a paz e contra a humanidade²¹⁵ que cobria já grande parte dos crimes previstos no ETPI; não sendo, no entanto, suficientemente abrangente para satisfazer as exigências do Estatuto de Roma, a Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário, a Lei n.º 31/2004, de 22 de Julho²¹⁶, veio adaptar a legislação penal portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tipificando as condutas que constituem crimes de violação do Direito Internacional Humanitário e introduz também alterações ao art.º 5º e 246º do Código Penal bem como ao título III do livro II do Código Penal, constituindo a sua 17ª alteração.

O objecto desta lei é claramente assumido no contexto normativo: “ A presente Lei define os crimes que configuram a violação do Direito Internacional Humanitário” . Trata-se de uma Lei que vai mais além do definido no ETPI, por força da actividade legislativa da Assembleia dos Estados Parte que resultou no “Elements of Crime”²¹⁷, onde são desenvolvidas as definições dos crimes previstos no Estatuto.

As tipificações encontram-se definidas no Capítulo II:

²¹⁵ Sob o título III, “Dos crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal”, nos artigos 236º e seguintes nomeadamente: os crimes de incitamento à guerra, recrutamento de mercenários, genocídio, crimes de guerra contra civis, destruição de monumentos (todos revogados pela Lei n.º 31/2004 de 22 de Julho). A tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos graves, mantêm-se nos artigos 243º e 244º do Código Penal.

²¹⁶ Jorge Bacelar Gouveia em *Manual de Direito Internacional Público*, op.cit., pág. 449, diz a propósito que se trata de um decalque do diploma congénere alemão, que é o Código de Crimes Contra o Direito Internacional – o *Völkerstrafgesetzbuch, VStGB*, e discute a opção pela elaboração de um diploma legislativo extravagante em matéria de violações de Direito Internacional Humanitário

²¹⁷ Página oficial do Tribunal, Haia, [consult. 01.Fev.2012]

Disponível na internet em:
<http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Elements+of+Crimes.htm>

- crime de genocídio (artigo 8º),
- crimes contra a humanidade (artigo 9º),
- crimes de guerra contra as pessoas (artigo 10º),
- crimes de guerra por utilização de métodos de guerra proibidos (artigo 11º),
- crimes de guerra por utilização de meios de guerra proibidos (artigo 12º),
- crimes de guerra contra bens protegidos por insígnias ou emblemas distintivos (artigo 13º),
- utilização indevida de insígnias ou emblemas distintivos (artigo 14º),
- crimes de guerra contra a propriedade (artigo 15º),
- crimes de guerra contra outros direitos (artigo 16º),
- incitamento à guerra (artigo 17º),
- recrutamento de mercenários (artigo 18º).

Da leitura do diploma, e tendo presente o conteúdo do Código Penal pode-se facilmente constatar a anterior deficiência de incriminação de comportamentos relevantes. Fica ainda excluída²¹⁸ a previsão de crime de agressão, previsto no Estatuto mas ainda não definido, o que se espera venha acontecer no âmbito das decisões que foram tomadas na Conferência de Kampala²¹⁹, e que terá de ser também incluído no nosso ordenamento de modo a que a prioridade da jurisdição portuguesa, à semelhança do que acontece nos restantes crimes, esteja também salvaguardada.

Certo é que, na inexistência deste diploma os criminosos que tivessem cometido esses crimes em Portugal, ou fossem aqui encontrados, teriam de ser julgados pelo TPI por ser Portugal um Estado Parte.

Por outro lado o n.º 1 do artigo 5º da referida Lei 31/2004 de 22 de Julho, Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário, estabelece a competência da lei portuguesa por factos praticados fora do território nacional nos seguintes termos:

“As disposições da presente lei são também aplicáveis a factos praticados fora do território nacional, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou seja decidida a sua não entrega ao Tribunal Penal Internacional”

²¹⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Internacional Público*, op.cit., pág. 451

²¹⁹ Sobre o crimes de agressão após a conferência de Kampala: AMBOS, Kai, “The crime of aggression after Kampala”, *German Yearbook of International Law*, 53, 2011, pág. 463-509

Através desta disposição o Estado Português adquire competência para o julgamento, mesmo para crimes cometidos fora do território português.²²⁰

Outra questão relacionada com a competência da jurisdição portuguesa é a das prescrições penais, prevista no nosso Código Penal nos artigos 118º a 122º²²¹.

O Estatuto do TPI não admite a prescrição de acordo com o art.º 29º, o que significa que, para ficar em condições de julgar todos os criminosos que sejam aqui encontrados ou que aqui os tenham cometido por todos os crimes elencados na Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário, Portugal teve de abdicar das regras da prescrição, pelo menos em relação aos crimes susceptíveis de serem julgados pelo TPI, o que foi conseguido através do artigo 7º da referida Lei: “*O procedimento criminal e as penas impostas pelos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra são imprescritíveis*”

Na ausência desta disposição, um criminoso poderia valer-se em Portugal do instituto da prescrição, aqui se refugiando, furtando-se deste modo às suas responsabilidades. No entanto, e mesmo que assim fosse, poderia ser sempre accionada a jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Situação semelhante se prevê que possa acontecer com a concessão de amnistias. Na prática a concessão de amnistias deixa Portugal impossibilitado de julgar os amnistiados, o que pode também accionar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Assim, se Portugal quiser salvaguardar integralmente a sua competência deve excluir do âmbito da concessão de amnistias os crimes susceptíveis de serem julgados pelo TPI.

Por fim, é necessário ainda encontrar uma solução para a questão da imunidade e outras prerrogativas legalmente estabelecidas, questão talvez de mais difícil resolução. Se com a ratificação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional o nosso país estabeleceu uma excepção em relação às imunidades e outros privilégios legais quanto ao TPI, em relação aos nossos tribunais tudo continua igual. Assim, nos termos actuais dos art.ºs 130º, 157º e 196º da Constituição da República Portuguesa, os nossos

²²⁰ Poderá ser entendido que a primeira opção é a do julgamento ser feito em sede do TPI e apenas excepcionalmente, admitindo-se a sua não entrega, ser em Portugal. No entanto por força do princípio da complementaridade do TPI a jurisdição Portuguesa é a prioritária. A solução contrária seria a inversão do referido princípio: a jurisdição portuguesa seria complementar do TPI. Neste sentido Jorge Bacelar Gouveia, *Portugal e o Direito Internacional Penal*, op.cit., pág. 452-453.

²²¹ Levanta-se a questão de saber se o instituto da prescrição tem ou não garantia constitucional. Vital Moreira em “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição” afirma que não Maria Fernanda Palma, “Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal”, pág. 35 defende que “o facto de o direito penal ter consagrado sempre o instituto da prescrição torna-o uma aquisição constitucional ou uma expressão de constitucionalização do direito”.

tribunais continuam a não poder levar a julgamento o Presidente da República, nem tão pouco pelos crimes previstos na Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário, salvo o Supremo Tribunal de Justiça e só sob acusação da Assembleia da República, no caso de crimes praticados no exercício de funções ou somente no fim do seu mandato em caso de outros crimes; também não podem levar a julgamento membros do governo sem acusação parlamentar; nem sequer deputados por votos ou opiniões, porque os deputados estão imunes.

Mais uma vez, considerando o princípio da complementaridade, se Portugal pretender exercer a primazia da sua jurisdição em relação ao TPI, vai ter de fazer alterações, porquanto em relação a este tribunal foi admitido um regime de exceção e ele terá sempre legitimidade a julgar. No entanto, tais alterações não são de fácil alcance (uma vez que estão aqui em causa normas relativas a direitos e deveres de órgãos de soberania) e terá de haver revisão constitucional eliminando tais imunidades, para efeitos de ordem interna, no que respeita aos crimes previstos no Estatuto do TPI.

3.2.2 – Obrigações de cooperação judicial

Nos termos do art.º 86 do Estatuto de Roma “Os Estados Partes [...] deverão cooperar plenamente com o tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes competência deste”, e, nos termos do art.º 88º, “Os Estados partes deverão assegurar-se de que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação especificadas”.

Esta obrigação de cooperação dos Estados com o Tribunal Penal Internacional é especialmente importante porque, em última análise, dependerá desta o efectivo funcionamento deste tribunal. As palavras do Presidente do TPI, Bruno Stagno Ugarte (Costa Rica), perante a Quinta Assembleia dos Estados, que se realizou de 23 de Novembro a 1 de Dezembro de 2006, são desta realidade reveladoras:

*O Tribunal é o pilar judicial. O pilar executivo pertence aos Estados. Nos sistemas nacionais, os dois sistemas estão interligados. Tribunais baseiam-se automaticamente nos poderes executivos dos Estados. No caso do Tribunal Penal Internacional, os dois (pilares) foram separados.*²²²

²²² Fifth session of Assembly of States Parties. Opening Remarks. ICC Doc., 23 November 2006, pág.3 apud SIMON, Jan-Michael “Entre o global e o local: negociações de paz e Tribunal Penal

Esta separação entre o poder judicial e o poder executivo cria uma dependência que é fácil de compreender, desde logo porque o TPI, que não tem força coerciva directa, ou seja, não possui uma polícia própria nem órgãos operacionais de investigação própria (policial ou de qualquer outro género) de modo a proceder às investigações e para fazer respeitar as suas decisões. Por outro lado, os suspeitos, as provas e as testemunhas, encontram-se, por regra, em Estados soberanos e, por vezes, dispersos, de modo que o tribunal só poderá exercer convenientemente as suas funções se os Estados Parte efectivamente cumprirem essa obrigação de cooperação, e o sucesso dos seus objectivos estará em larga medida condicionado pela natureza e qualidade do auxílio que lhe seja prestado.

Na sequência desta ideia, de dependência do funcionamento do tribunal em relação aos Estados, é fácil de compreender que a sua actuação possa mesmo estar condenada ao insucesso, se considerarmos situações em que o Estado, no exercício da sua competência primária em relação a um caso, demonstrou não ter vontade de proceder criminalmente ou não ter capacidade efectiva para o fazer, activando-se assim, de acordo com o princípio da complementaridade, a jurisdição do tribunal. Ora, se o Estado manifesta falta de vontade de proceder criminalmente, dificilmente terá um comportamento cooperante quando solicitado pelo TPI.

O tribunal, apesar de não estabelecer o dever jurídico de incorporar os crimes da sua competência ou outras previsões na legislação interna, a cooperação dos Estados passará necessariamente pela introdução na sua ordem jurídica de mecanismos que permitam essa cooperação e decorrem de uma série de obrigações que o Estatuto, expressa ou implicitamente, sugere, e que vão desde a identificação de pessoas, a reunião elementos de prova, os interrogatórios a pessoas, a realização de buscas e apreensões, a identificação, a localização e o congelamento ou apreensão do produto dos crimes, a transferência temporária de pessoas²²³, até à detenção e entrega de uma pessoa²²⁴.

No sentido da responsabilidade internacional por falta de cooperação, o nº 7 do artº 87º, estabelece que no caso de um Estado Parte recusar um pedido de cooperação formulado pelo tribunal, impedindo-o de exercer as suas funções, o “Tribunal deverá

Internacional”. In MONTE, Mário (Coord.). *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*. Coimbra: Coimbra Editora.

²²³ Cfr. artigo 93º do ETPI

²²⁴ Cfr. artigo n.º 1 do artigo 89º do ETPI

elaborar um relatório e submeter a questão à Assembleia dos Estados Parte ou ao Conselho de Segurança”, no caso de ter sido este o órgão impulsor do caso concreto em causa (não obstante, refira-se a estratégia obstrução bilateral dos Estados Unidos, que não fazem parte do Estatuto, contra a cooperação dos Estado Parte com o TPI, quando essa cooperação se referir a cidadãos americanos).

Ao contrário do que acontece no âmbito da cooperação internacional tradicional entre os Estados, nomeadamente aquela que resulta de instrumentos de direito convencional, o auxílio judiciário não pode ser recusado pelo Estado requerido com base em argumentos relativos à natureza da infracção - política, militar ou fiscal- ou por alegadas razões de ordem pública, soberania ou interesse público²²⁵.

Os Estados Parte estão, pois, vinculados a uma obrigação de cooperação que não admite restrições e pode apenas sofrer três tipos de limitações que em último caso podem funcionar como motivos de recusa²²⁶.

- Primeiro: se o pedido disser unicamente respeito à produção de documentos ou à divulgação de elementos de prova que atentem contra a segurança nacional²²⁷. Neste caso, em que há a invocação de razões de segurança e que constitui a única excepção explícita de recusa, é previsto um procedimento detalhado, previsto no art.º 72º, antes da referida invocação de recusa. Este procedimento permitirá ao tribunal avaliar as razões de recusa e comunicar as mesmas à Assembleia dos Estados Parte ou ao Conselho de Segurança de acordo com o n.º 7 do artº 87.

- Segundo: se o tipo de assistência pedida não contar da lista contida no artigo 93º, n.º 1º e for proibido pela lei do Estado requerido²²⁸. Neste caso mantem-se a obrigação de cooperar, devendo o Estado requerido analisar todas as formas de o poder fazer, nomeadamente sob condições ou em data ulterior, o que pode ser objecto de negociações de acordo com o n.º 5 do art.º 93;

- Terceiro: se a execução de uma determinada medida de auxílio requerida não for permitida no Estado requerido em virtude de um princípio fundamental de aplicação geral²²⁹ (por exemplo a obtenção de declarações de um advogado em violação do princípio de sigilo do seu cliente), o que obriga o Estado a consultas com o tribunal com

²²⁵ MOTA, José Luís Lopes. 2006. “A cooperação Internacional e o Auxílio Judiciário no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional”, in *Direito e Justiça*, volume especial, pág. 314.

²²⁶ No que se segue: MOTA, José Luís Lopes. “A cooperação Internacional e o Auxílio Judiciário no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional” op.cit., pág. 313

²²⁷ Cfr. artigo 93, n.º 4

²²⁸ Cfr. artigo 93º, n.º 1, al. 1

²²⁹ Cfr. artigo 93, n.º 3

vista à resolução dessa questão de forma a assegurar o cumprimento do pedido de acordo com o previsto os termos do n.º 3 do art.º 93.

A título complementar refira-se que, para além da obrigação de cooperação judicial com o TPI, temos em Portugal, uma lei geral de cooperação judiciária internacional (Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto)²³⁰ e uma lei especial (Lei n.º 102/2001, de 25 de Agosto) que nos obriga à cooperação com os Tribunais Penais Internacionais para a ex- Jugoslávia e o Ruanda.²³¹

3.2.3 – Regime de detenção e entrega no Estatuto de Roma

Dentro das obrigações em matéria de cooperação, a entrega de pessoas procuradas pelo tribunal é, talvez, a mais importante, estabelecendo o ETPI no n.º 1 do artº 89º que o tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega a “qualquer Estado em cujo o território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa” . É importante porque, desde logo implica que um indivíduo seja colocado sob a autoridade de um poder que pretende estabelecer a sua responsabilidade criminal, restringindo os seus direitos individuais e porque a presença do acusado é condição fundamental para o julgamento, de acordo com o artigo 63º, n.º 1, do ETPI.

Acrescente-se que a referida disposição do artigo 89º deve ser lida articuladamente com outros artigos, nomeadamente com o 58.º, que estabele quais os pressupostos e requisitos de emissão de um mandado de detenção²³².

De acordo com Pedro Caeiro²³³ o termo *entrega* era, até ao início dos anos 90, por regra, um dos elementos constantes da definição de *extradição* e designava a

²³⁰ Esta aplica-se às seguintes formas de cooperação judiciária internacional em matéria penal: extradição; transmissão de processos penais, execução de sentenças penais, transferência de pessoas condenadas a penas e medidas de segurança privativas da liberdade, vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente e auxílio judiciário mútuo em matéria penal. Sofreu as seguintes alterações: Lei n.º 115/2009, de 12/10, Lei n.º 48/2007 de 29/08, Lei n.º 8/2003, de 22/08 e pela Lei n.º 104/2001, de 25/08.

²³¹ Vital Moreira, em “Tribunal Penal Internacional e Constituição”, pág. 41, diz-nos que a cooperação com esses tribunais é inconstitucional porque os mesmos são “tribunais *ad hoc*, excepcionais, constituídos *Ex post facto*, para julgar só os crimes dos vencidos mas não dos vencedores, que seriam manifestamente inadmissíveis à face da nossa ordem jurídica fundamental”. De facto, a sua natureza *ad hoc* traduz-se em menos garantias. Esta lei fala expressamente em “primazia” da sua jurisdição sobre as jurisdições nacionais, tendo competência primária e não complementar como o TPI. A referida lei prevê no seu art.º 5º a realização de diligências de investigação em território nacional por iniciativa dos procuradores. Prevê ainda mais algumas situações susceptíveis de levantar as questões que agora se levantam a propósito do TPI como o cumprimento de mandatos de detenção e transferências de arguidos sem que se considere os limites constitucionais à extradição de cidadãos nacionais (art.º 6º).

²³² MOTA, José Luís Lopes, “A Cooperação Internacional e o Auxílio Judiciário no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional”, in *Direito e Justiça*, volume especial, 2006, pp 310

“translação jurídica e física da pessoa com que culmina o respectivo procedimento”. Ainda segundo o mesmo autor, o conceito passou a ser autónomo da extradição, enquanto procedimento da cooperação judiciária nos Estatutos dos Tribunais Penais para a Antiga Jugoslávia e Ruanda (respectivamente artigos 29º, n.º 2, al.e) do ETPIJ e 28º, n.º 2, al.e) do ETPIR) que sob a epígrafe “cooperação e auxílio judiciário”, se referem à “entrega e transferência” do arguido para os ditos Tribunais. Esta inovação no conceito terá como justificação o facto de “o instituto da extradição ter sido concebido para *relações inter-estaduais* e não poder, por isso, regular as relações dos Estados com jurisdições internacionais”.

A distinção entre os dois termos tem “consagração formal” no artigo 102º do ETPI que sob a epígrafe “Termos usados” distingue o dois conceitos. Assim diz-nos o n.º 1 que,

“por entrega, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, nos termos do presente Estatuto”

e, de acordo com o n.º 2 que,

“por extradição, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto num tratado, numa convenção ou no direito interno”.

Esta diferenciação dos conceitos, terá, na opinião do autor, pouco a ver com a natureza dos requerentes e dos requeridos, revelando antes a “vontade de criar uma forma de cooperação em que o sujeito requerente é o verdadeiro *dominus* de um procedimento e o requerido tem uma função meramente ancilar.

O objecto deste procedimento (de detenção e entrega) serão pessoas que sejam suspeitos (pessoa relativamente à qual há indícios que tenha cometido um dos crimes previsto no ETPI e pressupõe um processo de inquérito aberto pelo Procurador), arguidos (contra quem há um processo a decorrer com a formulação da devida acusação), ou condenados em processo penal já instaurado no tribunal..²³⁴.

Podemos desde já distinguir os procedimentos de *detenção e entrega*:

²³³ CAEIRO, Pedro, “O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português” In MOREIRA, Vital; CAEIRO, Pedro; ASSUNÇÃO Leonor; RÍQUITO; Ana Luísa. *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, pág. 72 e seguintes.

²³⁴ Relativamente às testemunhas, o seu regime está previsto no art.º 93º, n.º1 al.f) e no n.º 7 e usa-se o termo “transferência”, e decorre que a sua deslocação física não implica uma alteração significativa do seu estatuto, carece do seu consentimento, livre e com conhecimento de causa e tem o Estado requerido de concordar com a mesma transferência

Detenção

Relativamente à *detenção* e de acordo com o art.º 59º, o Estado Parte, desde que receba um pedido de prisão preventiva ou detenção e entrega, deverá adoptar imediatamente as medidas necessárias para proceder à detenção da pessoa (em conformidade com o direito interno respectivo e com as normas do Estatuto que regulam a cooperação – art.ºs 86º a 102º), a qual deve ser levada à presença da autoridade estadual competente que determina se, de acordo com a legislação nacional, o mandado de detenção é aplicável à pessoa em causa, se a detenção foi efectuada de acordo com a lei e se os direitos do detido foram respeitados (termos do n.º 2 do artº 59º do ETPI). Nos termos do n.º 3 do referido artigo 59º, o detido pode solicitar à autoridade judiciária do Estado que o autorize a aguardar em liberdade a entrega. Se tal acontecer a autoridade judiciária notifica o tribunal que fará as recomendações necessárias ao caso. Ao decidir sobre o requerimento, prevê o n.º 4 do referido art.º 59º, que a autoridade judiciária estadual leve em consideração as referidas recomendações, e considerando os crimes imputados, nomeadamente a sua gravidade, determina se existem circunstâncias urgentes e excepcionais que justifiquem a liberdade provisória e se existem as garantias necessárias para que o Estados possa cumprir a sua obrigação de entregar o indivíduo ao tribunal. A autoridade judiciária estadual não poderá, no entanto, examinar a regularidade da emissão do mandado no que toca à suficiência dos indícios de existência de um crime da competência do tribunal, nem a necessidade da detenção nos termos do previsto no Estatuto²³⁵.

Entrega

No que toca especificamente à *entrega*, diz-nos Pedro Caeiro,²³⁶ que deve haver por parte do Estado uma cooperação plena de modo que o pedido de seja executado pelo Estado requerido. O Estatuto “não admite fundamentos de recusa de cooperação que excepcionem aquela obrigação afastando-se do direito tradicional comum no que toca a entrega de nacionais: a excepção do “crime político”, a aplicabilidade de certas penas ao indivíduo procurado, etc”. O Estado requerido também “não pode pronunciar-se acerca da falta de jurisdição do tribunal sobre o caso para o qual é requerida a cooperação: essa

²³⁵ Cf. n.º 1 do art.º 58º para o qual nos remete o n.º 4 do art.º 59

²³⁶ Em “O Procedimento de Entrega Previsto no Estatuto de Roma e a sua Incorporação no Direito Português”op.cit. pág. 81

é uma questão que o tribunal decide soberanamente”²³⁷. O Estado só não estará obrigado à execução da entrega, quando o pedido não obedecer aos requisitos das alíneas b) e c) n.º 3 do art.º 58º ²³⁸. No entanto, mesmo observada qualquer uma destas circunstâncias que possa impedir a sua execução, o Estado requerido deverá, nos termos do art.º 97º do ETPI, iniciar consultas com o tribunal com vista à sua resolução.

Tramitação

Em termos de tramitação, e de acordo com o art.º 58º, n.º 1 do ETPI a legitimidade para requerer a detenção é do juiz de instrução, a pedido do Procurador, e após examinar o pedido e as provas, mas, poderá ser também requerida pelo júízo de julgamento. Numa primeira fase, a audiência instrutória deverá ser realizada na presença do indivíduo, de acordo com o art.º 61, n.º 1. No entanto esta poderá ser realizada na sua ausência, se este tiver renunciado ao seu direito de estar presente, ou se tiver fugido, ou não for possível encontrá-lo (nos termos das al. a) e b) do n.º 2 do art.º 61º). Neste caso e se a acusação for declarada procedente será designado um júízo de julgamento que, nos termos do art.º 64, n.º 6, al.a), poderá requerer a detenção e entrega, isto porque o Estatuto não admite o julgamento de ausentes.

3.2.4 – O Procedimento de entrega em confronto com o Direito Português

Como vimos, a ratificação do Estatuto por parte de Portugal obrigou a uma revisão constitucional no sentido de se garantir uma harmonia entre a nossa ordem jurídica e o ETPI, o que resultou na Lei Constitucional 1/2001 de 12 de Dezembro. Esta Lei Constitucional incluiu na nossa Constituição uma cláusula geral no sentido da aceitação da jurisdição do tribunal derogando, implicitamente, quaisquer normas constitucionais contrárias, e estabelecendo, implicitamente, que o Estado não pode recusar um pedido de entrega.

Ultrapassada a questão da constitucionalidade, há que fazer uma análise do regime que regula a Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal.

²³⁷ CAEIRO, Pedro. “O Procedimento de Entrega Previsto no Estatuto de Roma e a sua Incorporação no Direito Português” op.cit., loc.cit.

²³⁸ A alínea b) diz respeito à obrigatoriedade da referência precisa do crime que justifica o pedido de detenção e a alínea c) refere a necessidade de uma descrição sucinta dos factos que alegadamente constituem o crime.

É fundamental desde logo perceber quais os tramites legais do pedido e quais as autoridades estaduais que devem ser intervenientes no procedimento de entrega e quais as suas competências. A intervenção judicial é imprescindível e constitucionalmente imposta, porquanto o regime a aplicar a esta forma de privação de liberdade não pode ser diferente daquele que no plano constitucional está previsto para a extradição²³⁹. Assim nos termos do artigo 27º, n.º 3, al. c) da CRP a detenção tem de estar sujeita ao controle judicial bem como nos termos do n.º 7 do art.º 33º da CRP “a extradição só pode ser determinada por autoridade judicial”.

Por outro lado há dois pontos fundamentais que devem ser abordados: as dificuldades e obstáculos na execução dos pedidos de entrega, e o procedimento a adoptar no caso de se verificarem as dificuldades referidas.

O modelo de cooperação dos Estados com o TPI previsto no Estatuto de Roma não valoriza os tradicionais argumentos de recusa de extradição tais como: a nacionalidade do agente, o crime ter sido cometido em território português, a pena em questão, etc. Mais, não considera qualquer motivo de recusa que possa impedir a execução do pedido de entrega, nomeadamente aqueles que constituem os requisitos gerais negativos da cooperação internacional previstos no art.º 6º da Lei 144/99, de 31 de Agosto, referente à Cooperação Judiciária Internacional. No entanto poderemos ser confrontados com situações em que o mandado de detenção e entrega levante dúvidas quanto à sua execução. Destes casos, são exemplos paradigmáticos, os que a seguir analisamos.

Em primeiro lugar o princípio *ne bis in idem* que tem consagração formal como pressuposto negativo da jurisdição do tribunal e como causa da inadmissibilidade no art.º 20º do ETPI: o n.º 1 impõe a garantia de que nenhuma pessoa possa ser julgada pelo tribunal por actos constitutivos de crimes pelos quais o próprio tribunal tenha já condenado ou absolvido o arguido; o n.º 2 impõe aos Estados Partes a impossibilidade de julgar um arguido relativamente ao qual o tribunal tenha já tomado uma decisão e o n.º 3 impede o tribunal de julgar uma pessoa que tenha já sido condenada noutro tribunal excepcionando as circunstâncias das alíneas a) e b). Este princípio, para além de constituir um fundamento de inadmissibilidade, pode ser também fundamento de impugnação de um pedido de entrega de acordo com o n.º 2 do art.º 89 por parte da pessoa cuja entrega é requerida. Nestes casos, a competência do Estado requerido

²³⁹ Neste sentido Pedro Caeiro “O Procedimento de Entrega Previsto no Estatuto de Roma e a sua Incorporação no Direito Português”, op.cit. pág. 123.

limita-se à consulta ao tribunal para determinar se houve uma decisão relevante sobre a admissibilidade, não podendo decidir da questão. No entanto não pode o Estado requerido fundamentar a recusa de entrega neste princípio.

Em segundo lugar pode haver um conflito do pedido de entrega com as imunidades e outras obrigações internacionais que vinculem o Estado requerido. O artigo 98º, *Cooperação relativa à renúncia, à imunidade e ao consentimento na entrega*, artigo de especial complexidade, prevê a possibilidade de a execução de um pedido de entrega obrigar o Estado requerido a uma actuação incompatível com as obrigações deste à luz do direito internacional no que respeita à imunidade dos Estados, ou de imunidade diplomática de pessoa ou de bens de um Estado terceiro. Neste caso o tribunal apenas poderá formular o pedido de entrega se o Estado terceiro renunciar à imunidade. Esta disposição vem no sentido da observância do princípio do não prejuízo de outro direito internacional existente à data em que se tornou Estado parte²⁴⁰.

Em terceiro lugar a possibilidade de haver concorrência do pedido de entrega com um pedido de extradição formulado por outro Estado relativo à mesma pessoa. O Estatuto prevê esta possibilidade no art.º 90, *Pedidos concorrentes*, e prevê duas possibilidades: ou se trata de um pedido pelos mesmos factos que constituem o crime objecto do pedido de entrega pelo tribunal (n.º 1) ou por factos distintos (n.º 7). Se estivermos perante esta última possibilidade, o Estado requerido dará prioridade ao pedido do tribunal se não estiver obrigado por outra norma internacional a extraditar para o Estado requerente²⁴¹. Caso essa obrigação exista, o Estado requerido decidirá com base nas datas em que os pedidos foram apresentados, os interesses do Estado requerente, a possibilidade de uma entrega subsequente por parte do Estado requerente e, em especial, deverá ter em conta a natureza e a gravidade dos factos em questão²⁴².

Se os factos que motivaram o pedido de extradição e o pedido de entrega por parte do tribunal forem os mesmos, nos termos do n.º 1, deverá o Estado requerido notificar o tribunal e o Estado requerente da existência de pedidos concorrentes. Depois desta notificação há várias sub hipóteses: se o Estado requerente for um Estado Parte a

²⁴⁰ Sobre o artigo 98º do ETPI: BOGDAN, Atila, “The United States and the International Criminal Court: Avoiding Jurisdiction Through Bilateral Agreements in Reliance on Article 98, in *International Criminal Law Review*, Vol.8, 2008, pág. 1-54 [consult.30.Abr.2012] Disponível na internet em:

<http://web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=13&hid=105&sid=2388757c-95f9-4c3d-8cb4-714953878bab%40sessionmgr115&bdata=Jmxhbm9cHQYnImc210ZT1laG9zdC1saXZlJnNjb3BIPXNpdGU%3d#db=aph&AN=31546549>

²⁴¹ Cfr. alínea a) do n.º 7 do artº 90º

²⁴² Cfr. alínea b) do n.º 7 do artº 90º

regra é que o Estado requerido deve dar prioridade ao pedido do tribunal, desde que este já tenha considerado o Estado admissível²⁴³. Enquanto o tribunal não se pronunciar sobre a admissibilidade do caso, o Estado requerido pode deixar prosseguir o procedimento de extradição, mas não pode extraditar a pessoa requerida²⁴⁴. Se o Estado requerente for um Estado não parte, o Estado requerido, desde que não esteja vinculado por uma obrigação internacional a não extraditar a pessoa para o Estado requerente, deve dar prioridade ao tribunal²⁴⁵. No entanto, enquanto não existir uma decisão sobre a admissibilidade do caso, o Estado requerido pode prosseguir com o pedido de extradição. Se estiver obrigado internacionalmente a satisfazer o pedido de extradição e se no tribunal o caso for admissível, o Estado requerido optará por extraditar ou entregar ao tribunal considerando as datas dos pedidos, o interesse do Estado requerente e a possibilidade de uma entrega subsequente ao tribunal²⁴⁶.

Este regime de análise complexa permite-nos fazer algumas observações: é indiscutível a posição privilegiada do tribunal conferida pelo Estatuto em termos de cooperação judiciária; existe uma preocupação de não prejuízo de outro direito internacional que impõe soluções alternativas consoante haja ou não vinculação do Estado requerido.

²⁴³ Cfr. n.º 2 do art.º 90º

²⁴⁴ Cfr. n.º 3 do art.º 90º

²⁴⁵ Cfr. n.º 4 do art.º 90º

²⁴⁶ Cfr. n.º 5 e alíneas a), b) e c) do n.º 6 do art.º 90º

4 – CONSIDERAÇÕES DE POLÍTICA CRIMINAL

Se durante muito tempo se defendia que a hoje denominada dogmática jurídico-penal era a única ciência que servia a aplicação do direito penal, reconheceu-se posteriormente que a “tarefa social do controle do crime não podia bastar-se com uma ciência puramente jurídica, normativa e dogmática” e que o sucesso daquele objectivo dependia também de uma “definição das estratégias de controle social” dos fenómenos relacionados com a criminalidade, ou seja, área dominada pela ciência da política criminal²⁴⁷.

Franz Von Litz²⁴⁸ criou o modelo tripartido da denominada ciência conjunta do direito penal que compreendia as seguintes ciências autónomas: a dogmática jurídico-penal (conjunto de princípios subjacentes ao ordenamento jurídico penal explicados dogmática e sistematicamente), a criminologia (ciência das causas do crime e da criminalidade) e a política criminal. Esta última, de acordo com o referido autor, é o “conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime por meio da pena e das instituições com esta relacionadas”.

Após esta concepção de Von Liszt, na qual não estava estabelecida uma hierarquia entre as diferentes ciências autónomas, o estatuto de política criminal foi evoluindo quer no contexto do Estado de Direito formal (liberal-individualista) e do positivismo jurídico, quer no Estado social do sociologismo jurídico, de modo que, no contexto do Estado de Direito material contemporâneo (democrático e social), e após uma transformação da dogmática jurídico-penal tem hoje uma posição de domínio e transcendência. De acordo com Figueiredo Dias²⁴⁹ a transformação da função da dogmática jurídico-penal²⁵⁰ “permitiu à política criminal não somente reforçar a sua posição, já adquirida de autonomia mas ganhar uma posição de domínio e de

²⁴⁷ DIAS, Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pág. 6

²⁴⁸ LISZT, Franz, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, 1905, pág. 292 apud Figueiredo Dias, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, op.cit. pág. 6

²⁴⁹ DIAS, Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, op.cit. pág. 23

²⁵⁰ De acordo com o referido autor na obra citada, no Estado de Direito Material contemporâneo há uma transformação da função da dogmática jurídico-penal. O Estado preocupa-se sobretudo com a consistência efectiva dos direitos, das liberdades e garantias das pessoas e por esse motivo move-se por “considerações de justiça na promoção e na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais e económicas”. Deste modo o jurista-penalista não se limita a “deduzir dos textos da lei as soluções dos concreto problemas jurídicos da vida” mas é antes alguém “sobre quem recai a indeclinável responsabilidade de se dar à aventura de procurar e encontrar a “solução mais justa para cada um dos problemas” alargando o âmbito da função da dogmática jurídico-penal.

transcendência face à própria dogmática”, o que trouxe algumas consequências na caracterização do estatuto da política criminal.

A primeira consequência é que as categorias e os conceitos da dogmática jurídico-penal devem ser agora “determinados e cunhados a partir de considerações político criminais.

A segunda é que “todos os conceitos da dogmática jurídico penal devem apresentar-se funcionalmente determinados pelas (e ligados às) finalidades eleitas pela política criminal.

Por estas duas características da política criminal, pode-se afirmar que a política criminal “surge como uma ciência trans-positiva, trans-dogmática e transistemática face a qualquer direito penal positivo”²⁵¹.

Por fim, e não menos importante, a “política criminal deve hoje ser reconhecida como trans-sistemática relativamente ao direito penal e à sua ciência sendo a ela que pertence [...] competência para definir- por processos respeitadores do princípio da legalidade- os limites de punibilidade.[...] Se a política criminal é, neste sentido, transistemática relativamente ao direito penal, já é *intrasistemática relativamente à concepção do Estado*, já é, por outras palavras, *imanente aos sistema jurídico-constitucional*”. Significa que as finalidades e as proposições político-criminais devem ser procuradas e estabelecidas no interior do quadro de valores e interesses que integram o consenso comunitário²⁵².

Aqui chegados, e compreendido o conceito de política criminal, interessa analisar duas questões por esta ordem: a primeira, sobre a postura de política criminal relativamente à criminalidade moderna, e a segunda, constatar o modo como nela se reflete a preocupação do Estado relativamente aos crimes previstos no ETPI.

É indiscutível que cada sociedade produz a sua própria criminalidade, que esta é o resultado de diferentes factores históricos, económicos e sociais, que se encontra em transformação contínua, e que, há semelhança da sociedade, a criminalidade é também intercomunicativa, complexa, de risco e globalizada.²⁵³

De acordo com Laura Zuniga Rodriguez a nova criminalidade é intercomunicativa, porque os valores relativos aos delitos e às penas se constroem de acordo com determinados valores potenciados pelos meios de comunicação. É

²⁵¹ DIAS, Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, op.cit., loc.cit.

²⁵² DIAS, Jorge Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, op.cit.pág. 25

²⁵³ RODRIGUEZ, Laura Zúñiga,. 2001. *Política Criminal*, Madrid, Edições Colex, pág. 269

complexa, porque as relações sociais estabelecem-se em sociedades cada vez mais organizadas em torno de instituições e colectividades, como empresas, partidos políticos, grupos religiosos, sindicatos, etc, levantando sérios problemas na individualização de responsabilidades em sociedades de cada vez maiores diferenças económicas e culturais, e de consequentes desigualdades sociais. Mas sobretudo é uma criminalidade globalizada, devido aos fenómenos de organização, comunicação e transações transnacionais, potenciada pelo fim de muitas fronteiras. Relativamente a estas é dado assente que elas não se abrem somente para os cidadãos e mercadorias, mas também para a delinquência que se aproveita dos canais abertos do comércio internacional para se movimentar. Em especial, a criminalidade organizada com estruturas de organizações comerciais que utilizam as referidas redes de comércio e tecnologias modernas para mover capitais, pessoas e mercadorias ilícitas procurando países, para a prática de crimes, onde a legislação penal é mais branda, onde há lacunas legais e outras facilidades. A criminalidade organizada baseada nos desequilíbrios sociais é também global e o tráfico de crianças, tráfico de órgãos humanos, tráfico de mulheres e a escravidão são uma realidade não só nos países subdesenvolvidos mas também na Europa Ocidental e até no nosso país²⁵⁴.

Esta nova criminalidade é a expressão de um modelo de organização social para que tendem as sociedades actuais. “A mobilidade das pessoas e dos capitais põe em causa a lógica territorial sobre a qual elas repousam [...] as grandes construções institucionais dão lugar *ao declínio dos Estados* e a um mundo onde proliferam *as redes*”²⁵⁵.

Nesta nova criminalidade destaca-se a acção das referidas redes, trabalhando em mercados criminais, evidenciando-se as características de organização e internacionalização e o facto de ser uma criminalidade dos poderosos, onde participam um conjunto de pessoas estruturadas hierarquicamente, quer seja na forma de empresas, quer seja na forma de organização criminosa em sentido comum, que “produz efeitos danosos avultadíssimos, normalmente económicos mas também políticos e sociais”. [...] Neste quadro “é evidente que os sistemas penais, individualmente considerados,

²⁵⁴ RODRIGUEZ, Laura Zúñiga, *Política Criminal*, op. cit., pág. 265

²⁵⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra, Coimbra Editores, 2008, pág. 171

são inoperantes para responder ao desafio da criminalidade. Torna-se cada vez mais necessário recorrer [...] à cooperação internacional.²⁵⁶

Mas o combate à criminalidade internacional não se limita apenas à cooperação internacional, a política criminal tem dado diversos impulsos “na busca da eficácia que lhe permite responder à ameaça crescente [...] Foi também a necessidade de uma resposta penal crescentemente “unificada” que começou a ganhar terreno.²⁵⁷

“A política criminal foi apanhada no centro de uma insuperável contradição, pois tornou-se prisioneira de um paradoxo. [...] o Estado é intimado simultaneamente a desenvolver um sistema de protecções jurídicas para garantir o exercício de direitos e a apagar-se precisamente pelas mesmas razões”²⁵⁸.

O mesmo paradoxo se verifica na questão que nos conduziu a este trabalho: o Estatuto do Tribunal Penal Internacional na justiça portuguesa, nomeadamente neste ponto concreto, a Lei de Política Criminal actual, a Lei 38/2009 de 20 de Julho em cumprimento da Lei 17/2006 de 23 de Maio (Lei Quadro da Política Criminal), bem como as directivas e instruções genéricas em matéria de execução da lei sobre política criminal do Procurador Geral da República. No texto que se segue pretende-se perceber o modo como a referida política criminal reflete as preocupações das entidades nacionais os crimes previstos no ETPI ou que violem as disposições relativas ao Direito Penal Humanitário, tanto a nível da prevenção como a nível de investigação.

Entende-se nos termos do n.º 1 da referida Lei Quadro que Política Criminal é a “definição de objectivos, prioridades e orientações em matéria de prevenção de criminalidade, investigação criminal, acção penal e execução de penas e medidas de segurança” com os limites impostos pelo n.º 2: o princípio da legalidade, a independência dos tribunais e a autonomia do Ministério Público, não podendo conter directivas, instruções ou ordens sobre determinados processos nem isentar qualquer crime.

Da análise da Lei 38/2009, de 20 de Julho, que define os objectivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio 2009-2011, se constata desde logo que não há referências expressas referência aos crimes que integram os previstos no ETPI ou da Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário.

²⁵⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*, op.cit. pág. 173 a 175

²⁵⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*, op.cit., pág. 181

²⁵⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*, op.cit., pág. 185

No entanto, um exame detalhado permite-nos encontrar alguns pontos que poderemos considerar que enquandram neste âmbito:

Assim no n.º 2 *Objectivos específicos* constituem objectivos específicos da política criminal “prevenir, reprimir e reduzir (...) o terrorismo, as organizações terroristas”²⁵⁹.

O artigo 3º refere-se aos crimes de prevenção prioritária e tendo em conta aos bens jurídicos em causa (n.º 1) e os meios utilizados (n.º 2). No âmbito do primeiro ponto, os bens jurídicos em causa, é referido na alínea a) (...) “o tráfico de pessoas, e na alínea c) os crimes “contra a identidade cultural e integridade pessoal, a discriminação racial, religiosa ou sexual, a tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos”. Quanto aos meios utilizados (n.º2) são de prevenção prioritária os crimes executados, nos termos da alínea e), “Com motivações discriminatórias ou em razão de ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual da vítima”. O artigo 4º, por sua vez, refere-se aos crimes de investigação prioritária: no n.º 1 tendo em conta a gravidade dos crimes e a necessidade de evitar a sua prática futura, e no n.º 2 tendo em conta os meios utilizados. Assim, na alínea a) do n.º 1 temos (...) o tráfico de pessoas e na alínea c) (...) “a discriminação racial, religiosa ou sexual e a tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos”. Já considerando o n.º 2 que considera os meios utilizados nos termos da alínea e) são de investigação prioritária os crimes executados “Com motivações discriminatórias ou em razão de ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual da vítima”

Finalmente o art.º 6º referindo-se aos *meios do crime* prevê, de modo reforçado, a repressão de crimes praticados através de alínea b): Associações criminosas e organizações terroristas, e alínea c) Meios especialmente perigosos, incluindo armas de fogo, nucleares, químicas e bacteriológicas ou engenhos ou produtos explosivos.

Também o despacho n.º 18897/2010 do Procurador Geral da República relativo às directivas e instruções genéricas em matéria de execução da lei sobre política criminal para o biénio 2009/2011 estabelece como sendo de investigação prioritária “A criminalidade organizada e violenta contra as pessoas, designadamente homicídios,

²⁵⁹ De acordo com FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco, *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*, op.cit., pág. 517: “Determinados actos de terrorismo podem ser reconduzidos à categoria dos crimes contra a humanidade, quando Por detrás das atrocidades cometidas contra a população civil se desvende um padrão consistente de actuação (prática sistemática) ou uma acção generalizada (em larga escala) assente numa qualquer forma de organização ou planificação”.

ofensas à integridade física graves, sequestro, rapto, tomada de reféns, tráfico de pessoas (...)” e “tendo em conta os meios utilizados, os crimes executados com violência, ameaça grave de violência ou recurso a armas, elevado grau de mobilidade, elevada especialidade técnica ou dimensão transnacional ou internacional, de forma organizada ou grupal, especialmente se com habitualidade, com motivações discriminatórias ou em razão de ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional (...).

As críticas à actual Lei de Política Criminal, por parte sobretudo de alguns membros relevantes do Ministério Público, são de conhecimento comum, nomeadamente porque fixa um leque de prioridades demasiado amplo, e porque deveria ser pensada como uma lei de meios que pudesse de alguma maneira ter influência na estruturação e apetrechamento do Ministério Público.²⁶⁰

De acordo com declarações da Exm.^a Sr.^a Ministra da Justiça em Março de 2012 a Lei Quadro da Política Criminal vai ser profundamente alterada: “Teremos uma lei de política criminal virada para um conjunto efectivo de prioridades e centrada em crimes muito complexos, como a criminalidade económica e informática”.²⁶¹

Sem considerar as eventuais alterações à Lei Quadro da Política Criminal, que desconhecemos, poderemos fazer uma breve análise a uma realidade jurídica, no caso dos Países Baixos, que revelam uma maior preocupação, dinamismo relativamente relação aos crimes aqui em questão. Sendo conhecido o papel dos Países Baixos de anfitriões do Tribunal Penal Internacional e considerando as suas aspirações de tornar Haia a capital legal do mundo, este país tem tido uma preocupação de empenho e liderança na luta contra os crimes internacionais que se reflecte em termos de política criminal²⁶².

Os crimes do âmbito do direito penal internacional, cometidos dentro ou fora do seu do território, são investigados tanto nos países Baixos como noutros lugares, sendo com frequência julgados nos tribunais holandeses, aplicando-se o princípio da jurisdição

²⁶⁰ In Verbis Revista digital de cidadania e justiça. [consult. 13.Mar.2012]
Disponível na internet em: <http://www.inverbis.pt/2012/mp/mp-critica-lei-politica-criminal>

²⁶¹ Jornal Público [consult. 13.Mar.2012] Disponível na internet em:
<<http://www.publico.pt/Sociedade/combate-ao-crime-informatico-e-economico-e-prioridade-da-nova-lei-de-politica-criminal-1529288>

²⁶² No que se segue: KOK, Ruth. 2011. Criterios para la Priorización y Selección de Casos de Crímenes Internacionales Nucleares: la Situación en los Países Bajos. In AMBOS, Kai (Dir.). *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), pág. 203.

universal sem que seja necessário que a vítima ou o acusado tenham a nacionalidade holandesa ou qualquer vínculo directo com os Países Baixos.

Neste país é feita uma distinção entre “crimes internacionais nucleares” e crimes “internacionais”. Os primeiros comportam crimes como o genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. A principal característica é pertencerem ao catálogo de crimes definidos pelos diferentes tribunais internacionais (Nuremberga, Tóquio, Jugoslávia e Ruanda), pelo próprio TPI, e pelos instrumentos internacionais específicos como as Convenções de Genebra.

No seguimento desta distinção, os crimes internacionais nucleares são aqueles que envolvem a efectiva violação não só de normas de tratados internacionais mas também do direito internacional consuetudinário.

Por outro lado, os crimes internacionais são crimes como a tortura, desaparecimentos forçados, outras violações de direitos humanos que correspondem à macro criminalidade e que constam de tratados de direitos humanos nomeadamente a *Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, Castigos Cruéis e Degradantes* e no *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos*. Esta noção de crimes internacionais também engloba crimes como o tráfico de estupefacientes, desvio de aviões, etc.

O reflexo desta preocupação manifestou-se pela adopção da Lei de Crimes Internacionais de 2003, marco legislativo que transpôs para esta ordem jurídica os referidos crimes.

Neste aspecto, as diferenças entre os Países Baixos e Portugal não são muitas porquanto Portugal adopta, em 2004, a Lei Penal Relativa à Violações do Direito Internacional Humanitário (Lei 31/2004). No entanto, os Países Baixos vão mais além na prevenção, investigação e julgamento destes crimes. Destaca-se a existência de um tribunal com competência específica e exclusiva para a perseguição de crimes internacionais: a “Corte Distrital de Haya”.

Outra questão da política criminal Holandesa que merece ser referida é o tratamento que é dado aos “crimes internacionais extraterritoriais”. As autoridades holandesas actuam ao abrigo de três princípios: a) o princípio da discricionariedade, segundo ao qual é ao Ministério Público que cumpre determinar se há processo ou não de acordo com o art.º 167 do Código do Processo Penal Holandês; b) o princípio da complementaridade (de acordo com o estabelecido no ETPI) e c) o princípio *aut dedere aut judicare*, segundo o qual se obrigam a perseguir um crime se tal não for feito noutro

Estado. Os crimes internacionais são divididos em duas categorias segundo o critério do agente que os pratica:

A primeira categoria engloba os suspeitos de nacionalidade Holandesa, ou outra, com residência nos Países Baixos.

A segunda categoria engloba os casos de requerentes de estatuto de refugiado da alínea f) do n.º 1 da Convenção sobre os Refugiados²⁶³ que residam legal ou ilegalmente nos Países Baixos. Estes casos têm um regime específico: no caso do estatuto de refugiado ser recusada com base na alínea f) do n.º 1 da Convenção sobre Refugiados de 1951, o requerente será investigado pelos crimes praticados no país de origem ou outro, não permitindo que o indivíduo se subtraia à responsabilidade que advém da prática dos crimes, estabelecendo-se o mesmo regime para casos em que os crimes são conhecidos e provados após a concessão de estatuto de refugiado.

Retira-se da experiência dos Países Baixos uma oportunidade de reflexão relativamente ao que poderá ser a actuação das entidade competentes do nosso país.

²⁶³ A Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados assinada em Genebra em 1951, contem na alínea f) do n.º 1 uma cláusula de exclusão que proíbe a concessão do estatuto de refugiado aos requerentes de asilo no caso suspeita de terem cometido um crime de guerra ou um crime contra a humanidade:

“Artigo 1º, alínea f):. As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas acerca das quais existam razões ponderosas para pensar:

(a) Que cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a Humanidade, segundo o significado dos instrumentos internacionais elaborados para prever disposições relativas a esses crimes;

(b) Que cometeram um grave crime de direito comum fora do país que deu guarida, antes de neste serem aceites como refugiados;

(c) Que praticaram actos contrários aos objectivos e princípios das Nações Unidas. “

CONCLUSÃO

O direito penal internacional, nas suas vestes de Direito Internacional Humanitário, tem vindo a desenvolver-se desde a segunda metade do séc. XIX (Direito de Genebra e Direito de Haia) e, com mais intensidade, desde o fim da II Guerra Mundial (estatuto e jurisprudência dos tribunais de Nuremberga e Tóquio) até 1998. Uma das suas marcas mais significativas foi a de limitar a soberania dos Estados; num primeiro momento impondo comportamentos quanto à forma de fazer de fazer a guerra (Direito de Haia) e quando ao tratamento de feridos em campanha, militares ou civis, (Direito de Genebra), num segundo momento, levando a uma justiça internacional os autores de atrocidades cometidas contra a Humanidade (tribunais militares).

Na recta final do séc. XX, aquilo que durante algum tempo foi visto como a justiça dos vencedores (por referência a Nuremberga e a Tóquio) tornou-se numa justiça verdadeiramente internacional promovida por aqueles que não tomaram parte no conflito (Antiga Jugoslávia, Ruanda) mas ainda altamente politizada e ao serviço de interesses geopolíticos presentes no Conselho de Segurança das Nações Unidas.

A partir de 1998, entramos na era da justiça internacional permanente, com um tribunal previamente constituído que, desta forma, permite ultrapassar alguns dos obstáculos que anteriormente se levantavam. Assim chegamos ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional e ao próprio Tribunal Penal Internacional.

Porém, o percurso ainda não terminou. É conhecido e ficou demonstrado, a vários níveis, o conflito entre o Tribunal Penal Internacional ou o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e alguns Estados ou as suas ordens jurídicas internas. Alguns que se tornaram parte do Tratado de Roma, como é o caso de Portugal, adaptaram as suas legislações internas, a começar pela própria Constituição; outros, como é o caso dos Estados Unidos da América, preferem manter-se à margem do processo e investem em acordos bilaterais e no peso que detêm ao nível do Conselho de Segurança das Nações Unidas para se furtarem à jurisdição do TPI.

Em Portugal, a ratificação do Estatuto de Roma suscitou algumas questões relativas à inconstitucionalidade de algumas disposições, nomeadamente as referentes à soberania jurisdicional do Estado, à aplicação da pena de prisão perpétua e aos regimes de responsabilização criminal para o Presidente da República, Deputados e membros do Governo. A inconstitucionalidade destas normas obrigou a uma revisão constitucional extraordinária que resultou na introdução do n.º 7 ao artigo 7º da Constituição. Esta

renovada norma constitucional estabelece a possibilidade de Portugal reconhecer a jurisdição do TPI, constitucionaliza todas as normas que possam estar em conflito e constitui uma remissão formal para o Estatuto.

Foi também adoptada a Lei 31 /2004 de 22 de Julho que, no sentido de responder às exigências do princípio da complementaridade, tipifica as condutas que constituam os crimes previstos no Estatuto de Roma. Refira-se que é necessário delimitar o crime de agressão, nos termos que vier a ser tipificado no Estatuto.

Portugal também se obrigou a cooperar plenamente com o Tribunal Penal Internacional. Resulta deste estudo a convicção que o Estatuto não admite fundamentos de recusa de cooperação que excepcionem aquela obrigação, uma vez que da cooperação dos Estados depende o sucesso da jurisdição do Tribunal. Decorre deste dever de cooperação a obrigação de detenção e entrega de cidadãos nacionais, ou aqui encontrados, não se relevando os tradicionais argumentos de recusa de extradição.

A análise à actual Lei de Política Criminal demonstra não haver referências expressas aos crimes previstos no ETPI. Todavia, revela-se uma preocupação, quer em termos de prevenção, quer em termos de investigação prioritária de crimes que integram o seu objecto, v.g o tráfico de pessoas, os crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal, a discriminação racial, religiosa ou sexual, a tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos.

Concluimos que, pese embora não haja em Portugal manifestações reveladoras de preocupação com os crimes que integram o previsto do Estatuto de Roma, as alterações constitucionais e legislativas necessárias à sua ratificação do Estatuto de Roma e ao exercício da jurisdição penal de acordo com o princípio da complementaridade, permitem a Portugal tanto a plena cooperação com o Tribunal como o exercício da sua jurisdição penal em relação a crimes aqui cometidos ou quando os seus agentes aqui forem encontrados.

FONTES E BIBLIOGRAFIA

FONTES

Legislação

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. Lei n.º 31/2004, in *Diário da República*, Série I-A, n.º 171, de 22 de Julho de 2001.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. “Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias” (sobre a aprovação parlamentar do Estatuto de Roma; Relator: Dep. Alberto Costa), in *Diário da Assembleia da República*, II Série, n.º 18, de 9 de Dezembro de 2000. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/DARPages/DAR_FS.aspx?Tipo=DAR+II+s%c3%a9rie+A&tp=A&Numero=18&Legislatura=VIII&SessaoLegislativa=2&Data=2000-12_&Paginas=354%3b355%3b356%3b357%3b358%3b359%3b360&PagIni=0&PagFim=0&Observacoes=&Suplemento=.&PagActual=0&PagGrupoActual=0&TipoLink=1&pagFinalDiarioSupl=&idpag=113745&idint=&iddeb=&idact>

ONU. *Estatuto de Roma*. [Publicada em anexo à Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002], in *Diário da República*, 1ª Série-A, n.º 15, de 18 de Janeiro de 2002.

ONU. Conselho de Segurança. *Resolução* n.º 808 (1993)

ONU. Conselho de Segurança. *Resolução* n.º 827 (1993)

ONU. Conselho de Segurança. *Resolução* n.º 955 (1994)

ONU. Conselho de Segurança. *Resolução* n.º 1166 (1993)

ONU. Conselho de Segurança. *Resolução* n.º 1329 (1993)

ONU. Conselho de Segurança. *Resolução* n.º 1411 (1993)

ONU. Conselho de Segurança. *Resolução* n.º 1481 (1993)

ONU. Conselho de Segurança. *Resolução* n.º 1315 (2000)

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Gabinete de Documentação e Direito Comparado. *Direitos Humanos - Compilação de instrumentos internacionais*. Vols. I e II. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/pdf/outraspubPDF/>

SÍTIOS NA INTERNET

www.avalon.law.yale.edu (Universidade de Yale (Projecto Avalon))

www.benferencz.org/ (Benjamim Ferencz)

www.department-ambos.uni-goettingen.de/ (Faculdade de Direito da Universidade Georg-August de Göttingen (Departamento Kai Ambos))

www.dgai.mai.gov.pt/ (Direcção Geral da Administração Interna)

www.fd.uc.pt (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

www.gddc.pt/ (Procuradoria-Geral da República - Gabinete de Documentação e Direito Comparado)

www.icc-cpi (Tribunal Penal Internacional)

www.icrc.org/ (Cruz Vermelha)

www.icrc.org/por/resources/ihl-databases/index.jsp (Base de dados da Cruz Vermelha sobre o Direito Internacional Humanitário)

www.icty.org/sections/AbouttheICTY (Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia)

www.mj.gov.pt (Ministério da Justiça)

<http://www.tribunalconstitucional.pt> (Tribunal Constitucional)

www.un.org (Organização das Nações Unidas)

www.unictt.org/ (Tribunal Penal para o Ruanda)

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Francisco Ferreira. 2009. *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional*. Coimbra: Edições Almedina.
- AMBOS, Kai .1998. The International Criminal Court and the Traditional Principles of International Cooperation in Criminal Matters. In KLABBERS, Jan (Ed.). *The Finnish Yearbook of International Law*. Hague; Boston; London: Martinus Nuroff Publishers, volume IX.
- AMBOS, Kai. 1999. “Principios Generales de Derecho Penal in el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. *Criminal Law Forum*, n.º 10.
- AMBOS, Kai. 2004. “Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional”. *Diálogo Político*, Ano XXI, Nº 3, Konrad-Adenauer- Stiftung A.C.
- AMBOS, Kai. 2010. “El Test de Complementaridad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)”. *Revista para Análisis del Derecho*, Barcelona.
- AMBOS, Kai.2010. “El Derecho Penal Internacional en la Encrucijada: de la Imposición *ad hoc* a un Sistema Universal Baseado en un Tratado Internacional” *Política Criminal*. Vol. 5, Nº 9.

AMBOS, Kai. 2011. The Crime of Aggression After Kampala. *German Yearbook of International Law*. 53.

AMBOS, Kai. 2011. “Sobre La “Organización” En El Dominio De La Organización”. *InDret Revista Para El Analisis Del Derecho* Barcelona.

AMORIM, José de Campos. 2001. “O Tribunal Penal Internacional: Um Novo Sistema de Justiça Universal”. *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura*, n.ºs 1 e 2.

ASSUNÇÃO, Leonor. 2004. “TPI e a Lei Penal e Processual Penal Portuguesa”. In MOREIRA, Vital; CAEIRO, Pedro; ASSUNÇÃO Leonor; RIQUITO, Ana Luísa. *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora,

BADIE, Bertrand. 2000. *Um Mundo sem Soberania. Os Estados entre o Artifício e a Responsabilidade*. Lisboa: Instituto Piaget.

BAPTISTA, Eduardo Correia. 2006. “O Crime de Genocídio”, *Direito e Justiça, O Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional*. Universidade Católica, Vol. Especial.

BOGDAN, Atilla. 2008. “The United States and the International Criminal Court: Avoiding Jurisdiction Through Bilateral Agreements in Reliance on Article 98”. *International Criminal Law review*, Vol.8.

BROWNLIE, Ian. 1997. *Princípio de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

BRITO, Wladimir. 2000. “Tribunal Penal Internacional: Uma Garantia Jurisdicional para a Protecção do Direitos da Pessoa Humana”. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vol.76, Coimbra.

BRITO, Wladimir. 2009. Processo Penal Internacional. In MONTE, Mário (Coord.). *Que Futuro para o Direito Processual Penal?* Coimbra: Coimbra Editora.

BRITO, Wladimir. 2008. *Direito Internacional Público*, Coimbra: Coimbra Editora.

BRITO, Wladimir. 2000. “Tribunais Penais Internacionais – Da Arbitragem aos Tribunais Internacionais *Ad hoc*”. *Revista do Ministério Público*. n.º 81, Lisboa.

CCHABAS, William. 2000. “An Introduction to the International Criminal Court”, Ed. Cambridge University Press.

CAEIRO, Pedro, 2011. “*UT puras Servaret Manus* - Alegações contra a assunção, pelo Estado português da obrigações de entrega ao Tribunal Penal Internacional de um cidadão que possa ter de cumprir um pena de prisão perpétua”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 11.

- CAEIRO, Pedro. 2002. “Claros e Escuros de um Auto-retrato: Breve anotação à jurisprudência dos tribunais Penais Internacionais para a Antiga Jugoslávia e para o Ruanda sobre a própria legitimação”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 4.
- CAEIRO, Pedro. 2002. “Tribunais Penais Internacionais: Etapas de um Caminho ou Astros em Constelação”. *Revista Brasileira em Ciências Criminais*. São Paulo, n.º 37.
- CAEIRO, Pedro. 2003. “Alguns Aspectos do Estatuto de Roma e os Reflexos da sua Ratificação Constitucional de Extraditar em Caso de Prisão Perpétua”. *Direito e Cidadania*, Ano 5, n.º 18.
- CAEIRO, Pedro. 2004. O Procedimento de Entrega Previsto no Estatuto de Roma e a sua Incorporação no Direito Português. In MOREIRA, Vital; CAEIRO, Pedro; ASSUNÇÃO Leonor; RIQUEITO; Ana Luísa. *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CAEIRO, Pedro. 2010. “Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado”. Coimbra: Coimbra Editora.
- CASESSE, António. 1998. “Reflections on International Criminal Justice”, *The Modern Law Review*, Vol.61, Oxford, Jan.
- CIERCO, Teresa. 2010 *A Instituição de Asilo na União Europeia*. Coimbra: CEPESE/Edições Almedina.
- CORREIA, José de Matos. 2004. *Tribunais Penais Internacionais – Colectânea de Textos*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora.
- COSTA, Alberto. 2002. *Tribunal Penal Internacional - Para o fim da Imunidade dos Poderosos*. Mem Martins: Editora Inquérito.
- COSTA, José Faria. 2000. “Imunidades Parlamentares e Direito Penal”. *Boletim da Faculdade de Direito*”, Vol. LXXVI, Coimbra.
- CUNHA, José Damião, 2009. “Ne Bis In Idem e Exercício da Acção Penal”, *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, In MONTE, Mário (Coord.). *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*. Coimbra: Coimbra Editora.
- D’AVILA, Filipe Lobo. 2006. “Uma Justiça Penal sem os Estados Unidos da América” *Revista Nação e Defesa*, n.º 113. 3ª série.
- DIAS, Jorge Figueiredo. 2001. “Temas Básicos da Doutrina Penal”, Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. 2007. *Direito Penal - Parte Geral. Tomo I - Questões fundamentais - A doutrina geral do crime*. 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

- DIAS, Jorge de Figueiredo. 2009. *Direito Penal Português - Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ESCARAMEIA, Paula. 2001. “O Tribunal Penal Internacional” in *Reflexões sobre temas de Direito Internacional, Timor, a ONU, e o Tribunal Penal Internacional*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas.
- ESCARAMEIA, Paula. 2001. “O Tribunal Criminal Internacional - aspectos da negociação” in *Reflexões sobre temas de Direito Internacional, Timor, a ONU, e o Tribunal Penal Internacional*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas.
- ESCARAMEIA, Paula, 2001. “The Implementation of the Statute: Problems of a Constitutional Order” in *Reflexões sobre temas de Direito Internacional, Timor, a ONU, e o Tribunal Penal Internacional*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas.
- ESCARAMEIA, Paula. 2006. “O Tribunal Penal Internacional e o Crime de Agressão”, *Direito e Justiça, O Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional*. Universidade Católica. Vol. Especial.
- ESCARAMEIA, Paula. 2009. “Prelúdios de uma Nova Ordem Mundial: O Tribunal Penal Internacional”. *Revista Nação e Defesa*, nº 104, Instituto de Defesa Nacional.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco. 2009. *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*, Coimbra: Edições Almedina.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco. 1995. “O Princípio da Não Ingerência e o Direito Internacional Humanitário”. *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. LXXI, Coimbra.
- FRISCHEISEN, Luiza. 2001. “Protecção e Garantia dos Direitos Humanos: Alguns Aspectos da Actuação do Ministério Público. *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura*”, n.ºs 1 e 2.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. 2008. *Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra: Edições Almedina.
- GROPENGIEBER, Helmut, MEIBNER, Jorge. 2005 “Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court”. *International Criminal Law Review*. 5, 2005, Netherlands.
- LESCURE, Karine. 1994. *Le Tribunal Pénal International pour L’Ex- Yougoslavie*, Paris, Montchrestien.
- KOK, Ruth. 2011. Criterios para la Priorización y Selección de Casos de Crímenes Internacionales Nucleares: la Situación en los Países Bajos. In AMBOS, Kai (Dir.).

Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ).

MACHADO, Jónatas E. M. 2008. *Direito Internacional do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, Coimbra: Coimbra Editora.

MEIREIS, M. Augusto. 2001. “Tribunal Penal Internacional: Desafios”. *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura*, n.ºs 1 e 2.

MEIREIS, M. Augusto, 1998, *O Tribunal Penal Internacional*. 1998, *Antecedentes, Génesis e Futuro*. *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura*, n.ºs 1 e 2.

MIGUEL, João Manuel da Silva. 2001. “Tribunal Penal Internacional: o Após Roma e as Consequências da Ratificação”, *Revista do Ministério Público*, ano 22, Abril/Junho, n.º 86.

MIRANDA, Jorge. 1993, 1996. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, Tomos II, IV.

MIRANDA, Jorge. 2001. “Imunidades Constitucionais e Crimes de Responsabilidade”. *Direito e Justiça*, Vol. XV, tomo 2.

MOREIRA, Vital. 2004. “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição”. In MOREIRA, Vital; CAEIRO, Pedro; ASSUNÇÃO Leonor; RIQUITO, Ana Luísa. *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora.

MONTE, Mário. 2009. *Direito Penal Europeu. De “Roma” a “Lisboa” - Subsídios para a sua Legitimação*. Lisboa: Edições Quid Iuris.

MOTA, José Luís Lopes. 2006. “A cooperação Internacional e o Auxílio Judiciário no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional”. *Direito e Justiça*, volume especial.

PALMA, Maria Fernanda. 2001. “Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 11.

PICHON, Jakob. 2008. “The Principle of Complementarity in the Cases of the Sudanese Nationals *Ahmad Harun and Ali Kushayb* before the International Criminal Court”, *International Criminal Law Review*, n.º 8.

PRATA, Ana; VEIGA, Catarina; VIALONGA, José Manuel (Dir.). 2009. *Dicionário Jurídico Direito Penal e Direito Processual Penal*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, volume II.

PUREZA, José Manuel. 2001. “Da cultura da Impunidade à Judicialização Global: o Tribunal Penal Internacional”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 60

RIQUITO, Ana Luísa. 2004 “O Direito Internacional Penal Entre o Risco de Cila e o de Caríbes” In MOREIRA, Vital; CAEIRO, Pedro; ASSUNÇÃO Leonor; RIQUITO; Ana Luísa. *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora.

RODRIGUES, Almiro, 2006, “A responsabilidade Criminal do Superior Hierárquico em Direito Penal Internacional”, *Direito e Justiça, O Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional*. Universidade Católica, Vol. Especial.

RODRIGUES, Anabela Miranda. 2001. “O Tribunal Penal Internacional e a Prisão Perpétua”. *Direito e Justiça*, Vol. XV, Tomo I.

RODRIGUES, Anabela Miranda. 2008. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editores.

RODRIGUES, Anabela Miranda. 2009. “A Internacionalização e a Europeização do Direito Penal - Entre a Unificação e a Harmonização”, *A Internacionalização do Direito no Novo Século*, Coimbra: Coimbra Editora.

RODRIGUES, Anabela Miranda. 2006. “As Penas e a sua Execução no Estatuto de Roma do TPI”, *Direito e Justiça. O Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional*, Universidade Católica, Vol. Especial.

RODRIGUEZ, Laura Zúñiga. 2001. *Política Criminal*, Madrid: Edições Colex.

ROXIN, Claus. 2004. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa: Edições Veja, 3ª edição.

SALINAS, Henrique. 2006. “O artigo 25º do Estatuto de Roma. Primeiras Notas”. *Direito e Justiça, O Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional*. Universidade Católica, Vol. Especial.

SHEPPARD, Daniel. 2010. “The International Criminal Court and Internationally Recognized Human Rights”: Understanding Article 21(3) of the Rome Statute”, *International Criminal Law Review* 10.

SIEBER, Ulrich. 2009. O Futuro do Direito Penal Europeu- uma nova abordagem dos objectivos e dos modelos de um sistema de direito pena Europeu. In MONTE, Mário (Coord.). *Que Futuro para o Direito Processual Penal?* Coimbra: Coimbra Editora.

SILVA, Germano Marques. 2001. “*Direito Penal Português – Parte Geral I*”, Introdução e Teoria da Lei Penal. Verbo Editora, 2.ª ed..

SILVA, Germano Marques. 2005. “*Direito Penal: Parte Geral II - Teoria do Crime*”, Verbo Editora, 2.ª ed.,.

- SILVA, Germano Marques. 2006. “Crimes Contra a Humanidade”, *Direito e Justiça, O Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional*. Universidade Católica, Vol. Especial.
- SILVA, Germano Marques. 2007. “*Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles*”. Coimbra: Edições Almedina.
- SIMON, Jan-Michael. 2009. Entre o global e o local: negociações de paz e Tribunal Penal Internacional In MONTE, Mário (Coord.). *Que Futuro para o Direito Processual Penal?* Coimbra: Coimbra Editora.
- SHEPPARD, Daniel. 2010. “The International Criminal Court and Internationally Recognized Human Rights”: Understanding Article 21(3) of the Rome Statute”. *International Criminal Law Review*, n.º10.
- SOUSA, Fernando (Dir.). 2008. *Dicionário de Relações Internacionais*. Porto: CEPESSE/Afrontamento.

ANEXOS

ANEXO I

Reprodução da tabela e respectiva distribuição geográfica dos 121 Estados Parte do Estatuto de Roma em 3 de Maio de 2012

The States Parties to the Rome Statute



121 countries are States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court. Out of them 33 are African States, 18 are Asia-Pacific States, 18 are from Eastern Europe, 27 are from Latin American and Caribbean States, and 25 are from Western European and other States.

A	F	
Afghanistan	Fiji	New Zealand
Albania	Finland	Niger
Andorra	France	Nigeria
Antigua and Barbuda		Norway
Argentina	G	
Australia	Gabon	P
Austria	Gambia	Panama
	Georgia	Paraguay
B	Germany	Peru
Bangladesh	Ghana	Philippines
Barbados	Greece	Poland
Belgium	Grenada	Portugal
Belize	Guatemala	
Benin	Guinea	R
Bolivia	Guyana	Republic of Korea
Bosnia and Herzegovina		Republic of Moldova
Botswana	H	Romania
Brazil	Honduras	
Bulgaria	Hungary	S
Burkina Faso		Saint Kitts and Nevis
Burundi	I	Saint Lucia
	Iceland	Saint Vincent and the Grenadines
C	Ireland	Samoa
Cambodia	Italy	San Marino
Canada		Senegal
Cape Verde	J	Serbia
Central African Republic	Japan	Seychelles
Chad	Jordan	Sierra Leone
Chile		Slovakia
Colombia	K	Slovenia
Comoros	Kenya	South Africa
Congo		Spain
Cook Islands	L	Suriname
Costa Rica	Latvia	Sweden
Croatia	Lesotho	Switzerland
Cyprus	Liberia	
Czech Republic	Liechtenstein	T
	Lithuania	Tajikistan
D	Luxembourg	The Former Yugoslav Republic of Macedonia
Democratic Republic of the Congo	M	Timor-Leste
Denmark	Madagascar	Trinidad and Tobago
Djibouti	Malawi	Tunisia
Dominica	Maldives	
Dominican Republic	Mali	U
	Malta	Uganda
E	Marshall Islands	United Kingdom
Ecuador	Mauritius	United Republic of Tanzania
Estonia	Mexico	Uruguay
	Mongolia	
	Montenegro	V
		Vanuatu
	N	Venezuela
	Namibia	
	Nauru	Z
	Netherlands	Zambia

ANEXO II

Reprodução da tabela referente aos Estados Parte que em do Estatuto de Roma da Europa Ocidental e outros países, e respectiva data de adesão.

1. San Marino, 13 May 1999
2. Italy, 26 July 1999
3. Norway, 16 February 2000
4. Iceland, 25 May 2000
5. France, 9 June 2000
6. Belgium, 28 June 2000
7. Canada, 7 July 2000
8. New Zealand, 7 September 2000
9. Luxembourg, 8 September 2000
10. Spain, 24 October 2000
11. Germany, 11 December 2000
12. Austria, 28 December 2000
13. Finland, 29 December 2000
14. Sweden, 28 January 2001
15. Andorra, 30 April 2001
16. Denmark, 21 June 2001
17. Netherlands, 17 July 2001
18. Liechtenstein, 2 October 2001
19. United Kingdom, 4 October 2001
20. Switzerland, 12 October 2001
21. Portugal, 5 February 2002
22. Ireland, 11 April 2002
23. Greece, 15 May 2002
24. Australia, 1 July 2002
25. Malta, 29 November 2002.

Fonte: www.icc-cpi

Consult. 3 de Maio de 2012

ANEXO III

Reprodução da tabela referente aos Estados Parte do Estatuto de Roma da Europa de Leste e respectiva data de adesão.

1. Croatia, 21 May 2001
2. Serbia, 6 September 2001
3. Poland, 12 November 2001
4. Hungary, 30 November 2001
5. Slovenia, 31 December 2001
6. Estonia, 30 January 2002
7. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, 6 March 2002
8. Bosnia and Herzegovina, 11 April 2002
9. Slovakia, 11 April 2002
10. Bulgaria, 11 April 2002
11. Romania, 11 April 2002
12. Latvia, 28 June 2002
13. Albania, 31 January 2003
14. Lithuania, 12 May 2003
15. Georgia, 5 September 2003
16. Montenegro, 3 June 2006
17. Czech Republic, 21 July 2009
18. Republic of Moldova, 12 October 2010

Fonte: www.icc-cpi

Consult. 3 de Maio de 2012

ANEXO IV

Reprodução da tabela referente aos Estados Parte do Estatuto de Roma da região da Ásia e Pacífico e respectiva data de adesão.

1. Fiji, 29 November 1999
2. Tajikistan, 5 May 2000
3. Marshall Islands, 7 December 2000
4. Nauru, 12 November 2001
5. Cyprus, 7 March 2002
6. Jordan, 11 April 2002
7. Mongolia, 11 April 2002
8. Cambodia, 11 April 2002
9. Timor-Leste, 6 September 2002
10. Samoa, 16 September 2002
11. Republic of Korea, 13 November 2002
12. Afghanistan, 10 February 2003
13. Japan, 17 July 2007
14. Cook Islands, 18 July 2008
15. Bangladesh, 23 March 2010
16. Philippines, 30 August 2011
17. Maldives, 21 September 2011
18. Vanuatu, 2 December 2011

Fonte: www.icc-cpi

Consult. 3 de Maio de 2012

ANEXO V

Reprodução da tabela referente aos Estados Parte do Estatuto de Roma da região de África e respectiva data de adesão.

1. Burkina Faso, 30 November 1998
2. Senegal, 2 February 1999
3. Ghana, 20 December 1999
4. Mali, 16 August 2000
5. Lesotho, 6 September 2000
6. Botswana, 8 September 2000
7. Sierra Leone, 15 September 2000
8. Gabon, 20 September 2000
9. South Africa, 27 November 2000
10. Nigeria, 27 September 2001
11. Central African Republic, 3 October 2001
12. Benin, 22 January 2002
13. Mauritius, 5 March 2002
14. Democratic Republic of the Congo, 11 April 2002
15. Niger, 11 April 2002
16. Uganda, 14 June 2002
17. Namibia, 20 June 2002
18. Gambia, 28 June 2002
19. United Republic of Tanzania, 20 August 2002
20. Malawi, 19 September 2002
21. Djibouti, 5 November 2002
22. Zambia, 13 November 2002
23. Guinea, 14 July 2003
24. Congo, 3 May 2004
25. Burundi, 21 September 2004
26. Liberia, 22 September 2004
27. Kenya, 15 March 2005
28. Comoros, 18 August 2006
29. Chad, 1 January 2007

30. Madagascar, 14 March 2008
31. Seychelles, 10 August 2010
32. Tunisia, 22 June 2011
33. Cape Verde, 11 October 2011

Fonte: www.icc-cpi

Consult. 3 de Maio de 2012

ANEXO VI

Reprodução da tabela referente aos Estados Parte do Estatuto de Roma da região da América Latina e Caraíbas e respectiva data de adesão.

1. Trinidad and Tobago, 6 April 1999
2. Belize, 5 April 2000
3. Venezuela, 7 June 2000
4. Costa Rica, 30 January 2001
5. Argentina, 8 February 2001
6. Dominica, 12 February 2001
7. Paraguay, 14 May 2001
8. Antigua and Barbuda, 18 June 2001
9. Peru, 10 November 2001
10. Ecuador, 5 February 2002
11. Panama, 21 March 2002
12. Brazil, 20 June 2002
13. Bolivia, 27 June 2002
14. Uruguay, 28 June 2002
15. Honduras, 1 July 2002
16. Colombia, 5 August 2002
17. Saint Vincent and the Grenadines, 3 December 2002
18. Barbados, 10 December 2002
19. Guyana, 24 September 2004
20. Dominican Republic, 12 May 2005
21. Mexico, 28 October 2005
22. Saint Kitts and Nevis, 22 August 2006
23. Suriname, 15 July 2008
24. Chile, 29 June 2009
25. Saint Lucia, 18 August 2010
26. Grenada, 19 May 2011
27. Guatemala, 2 April 2012

Fonte: www.icc-cpi

Consult. 3 de Maio de 2012