





DIREITO PENAL
INTERNACIONAL,
TPI E A PERSPETIVA
DA ÁFRICA DE LÍNGUA
OFICIAL PORTUGUESA



IMPRESA NACIONAL-CASA DA MOEDA, S. A.
Av. de António José de Almeida
1000-042 Lisboa

www.incm.pt
www.facebook.com/INCM.Livros
editorial.apoiocliente@incm.pt

Reservados todos os direitos
de acordo com a legislação em vigor
© 2015, Imprensa Nacional-Casa da Moeda

Publicado em junho de 2015

Depósito legal:

390 715/15

ISBN papel:

978-972-27-2369-5

ISBN e-book:

978-972-27-2370-1

Código:

1020501

DIREITO PENAL INTERNACIONAL, TPI E A PERSPETIVA DA ÁFRICA DE LÍNGUA OFICIAL PORTUGUESA

COORDENADORES CIENTÍFICOS:

KAI AMBOS
MARIA FERNANDA PALMA
AUGUSTO SILVA DIAS
PAULO DE SOUSA MENDES

COMISSÃO ORGANIZADORA:

PAULO DE SOUSA MENDES
MIGUEL FERREIRA MARTINS
RUI SOARES PEREIRA
VÂNIA COSTA RAMOS
INÊS LUÍS ALVES
ANDRÉ HÖLZER



Konrad
Adenauer
Stiftung

50 YEARS OF WORLDWIDE COOPERATION





NOTA DE ABERTURA 9

EDUARDO VERA-CRUZ PINTO

PREFÁCIO 13

SESSÃO DE ABERTURA 21

MARIA FERNANDA PALMA

CONFERÊNCIA DE ENQUADRAMENTO 33

CUNO TARFUSSE

MÓDULO I: O ESTATUTO DE ROMA DO TPI E ÁFRICA
ANÁLISE CRÍTICA 43

ZAIDA G. F. LIMA DA LUZ

KAFFT KOSTA

MÓDULO II: CASOS E TRIAGEM PELO TPI – ENFOQUE EM ÁFRICA 77

KAI AMBOS

MÓDULO AVULSO: A CONFERÊNCIA DE KAMPALA E O CRIME
DE AGRESSÃO 115

NUNO PINHEIRO TORRES

MÓDULO III: INVESTIGAÇÃO E ACUSAÇÃO PELO TPI 131

JÚLIO CÉSAR MARTINS TAVARES

CRISTINA RIBEIRO

MÓDULO IV: DEFESA, PARTES CIVIS E VÍTIMAS JUNTO DO TPI 161

XAVIER-JEAN KEÏTA
DIDIER DANIEL PREIRA
SILVESTRE ALVES

**MÓDULO V: JULGAMENTO NO TPI – ATOS PRELIMINARES
E AUDIÊNCIA DE JULGAMENTO, ENFOQUE
NA JURISPRUDÊNCIA 205**

HERMENEGILDO MARIA CEPEDA GAMITO
NATASHA NAIDOO

ENCERRAMENTO E CONCLUSÕES 239

PAULO DE SOUSA MENDES
RUI SOARES PEREIRA
VÂNIA COSTA RAMOS

NOTA DE ABERTURA

EDUARDO VERA-CRUZ PINTO



NOTA DE ABERTURA

EDUARDO VERA-CRUZ PINTO *

Tenho a honra de redigir uma brevíssima «nota de abertura» ao livro *Direito Penal Internacional, TPI e a Perspetiva da África de Língua Oficial Portuguesa*, que reúne um conjunto das palestras proferidas em Lisboa por ilustres convidados aquando da realização do seminário com o mesmo tema, por ser o diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, instituição que acolheu o evento, à data da sua realização.

Estando a Faculdade de Direito de Lisboa a comemorar o centenário da sua fundação no ano de 2013, o Professor Paulo de Sousa Mendes propôs que se realizasse, no âmbito das celebrações, um encontro na nossa escola sobre a temática referida. Sabendo a importância das questões ligadas à ação do TPI em África e da necessária participação da comunidade jurídica dos PALOP num debate essencial sobre a matéria, aceitei logo a ideia. Agradeço aqui, mais uma vez, ao Prof. Paulo de Sousa Mendes e ao Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da nossa Faculdade, na pessoa da sua presidente, a Prof.^a Doutora Maria Fernanda Palma, a efetivação desta iniciativa.

Foi facilmente obtida a integração do seminário na Programação das Comemorações do Centenário com a pronta adesão do presidente da sua Comissão, o Prof. Doutor Martim de Albuquerque, à ideia da importância da realização de um encontro que reunisse pessoas do TPI, professores da FDL e de outras escolas de Direito, magistrados, académicos, investigadores, embaixadores, titulares de cargos públicos e outras personalidades de Portugal e dos PALOP, numa escola, como é a FDL, com uma profunda ligação a África, com uma presença constante e intensa, ao longo da sua história, de professores e de alunos oriundos do continente-mãe e com uma ativa e consistente política de cooperação empenhada na formação académica dos juristas de África.

Durante dois dias, no decurso dos trabalhos no auditório da escola crescia o debate e o interesse dos participantes, mas também nos corredores, nas salas onde eram servidas as refeições, nos períodos de tempo em que se esperava o início das sessões reviam-se colegas, trocavam-se contactos, aprofundavam-se amizades, discutiam-se assuntos ligados às palestras. Foi possível realizar o ideal universitário e contribuir para a necessidade de concretização da justiça através dos tribunais em matérias tão delicadas e sensíveis como estas.

O ensino do Direito numa escola centenária não poderia ter melhor celebração que esta propiciada pelos organizadores do seminário. Como diretor da

* Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa à data da realização do Encontro Internacional.

Faculdade fica aqui expresso o meu agradecimento aos professores que permitiram inscrever o nome da nossa instituição nos anais de um debate necessário sobre o TPI, nomeadamente em África, que é um combate dos juristas pela realização da Justiça no plano internacional.

PREFÁCIO



No âmbito do centenário da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa — FDUL (1913-2013), foi organizado o Encontro Internacional sobre Direito Penal Internacional, Tribunal Penal Internacional e a Perspetiva da África de Língua Oficial Portuguesa, que decorreu no auditório da FDUL nos dias 31 de outubro e 1 de novembro de 2013.

A coordenação científica foi assumida pelos Professores Doutores Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, por parte do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais (IPDCC) da FDUL, e pelo Professor Doutor Kai Ambos, por parte do Departamento de Direito Criminal Internacional e Comparado do Instituto de Direito Criminal e Justiça Criminal da Georg-August-Universität Göttingen.

A Comissão Organizadora era composta pelo Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes, pelos Mestres Miguel Ferreira Martins, Rui Soares Pereira e Vânia Costa Ramos e pelos Drs. André Hölzer e Inês Luís Alves.

O Encontro Internacional visava reunir representantes dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa — PALOP (Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe) e do Tribunal Penal Internacional (TPI), promovendo o intercâmbio de experiências entre os funcionários do TPI e magistrados dos PALOP, em ordem a ampliar os conhecimentos sobre assuntos relacionados com a jurisdição do TPI no quadro da progressiva afirmação do Direito Penal Internacional e considerando o alcance desses temas nos países supramencionados.

O Encontro Internacional juntou operadores de justiça dos PALOP, da África Subsariana e do TPI, tendo fornecido o máximo de informação possível e debatido o eventual papel do TPI nesse contexto, bem como refletido sobre a adesão ao TPI por parte desses Países. Participaram também académicos e investigadores de várias nacionalidades.

Os trabalhos constaram de diferentes módulos, conforme o programa seguinte:

Sessão de abertura

Eduardo Vera-Cruz Pinto (diretor da FDUL);

Thomas Stehling (Konrad-Adenauer-Stiftung — KAS, Madrid, Espanha);

Kai Ambos (diretor do Departamento de Direito Criminal Comparado e Internacional do Instituto de Direito Criminal e Justiça Criminal da Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha);

Maria Fernanda Palma (presidente do IDPCC, FDUL), que fez uma apresentação subordinada ao tema «Internacionalização do Direito Penal».

Conferência de enquadramento

Cuno Tarfusser (vice-presidente do TPI, A Haia, Holanda), que fez uma apresentação intitulada «Observações gerais acerca da relação entre África e o TPI».

Módulo I: O Estatuto de Roma do TPI e África – Análise crítica

Moderadora:

Andrea Ostheimer (KAS, Bruxelas, Bélgica).

Conferencistas:

Luís Pereira Coutinho (professor da FDUL);
Otilia A. Maunganidze (Instituto de Estudos de Segurança, Joanesburgo, África do Sul);
Zaida G. F. Lima da Luz (juíza, cidade da Praia, Cabo Verde);
Kafft Kosta (professor da FDUL).

Almoço

Módulo II: Casos e triagem pelo TPI – Enfoque em África

Moderador:

Kai Ambos.

Conferencistas:

Rod Rastan (Departamento de Jurisdição Complementaridade e Cooperação, Gabinete da Procuradora-Geral, TPI, A Haia, Holanda);
Sarah Nouwen (lecturer in law, Universidade de Cambridge, fellow of the Lauterpacht Centre for International Law and of Pembroke College, Cambridge, Reino Unido).

Coffee break

Módulo avulso: A Conferência de Kampala e o crime de agressão

Moderador:

Augusto Silva Dias (professor da FDUL).

Conferencista:

Nuno Pinheiro Torres (diretor-geral de Política de Defesa Nacional).

Módulo III: Investigação e acusação pelo TPI

Moderadora:

Zaida G. F. Lima da Luz (juíza, cidade da Praia, Cabo Verde).

Conferencistas:

Júlio César Martins Tavares (procurador-geral da República de Cabo Verde, cidade da Praia, Cabo Verde);

Cristina Ribeiro (coordenadora de investigação do Gabinete da Procuradora-Geral, TPI, A Haia, Holanda);

Pedro Caeiro (professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra);

Godfrey Musila (Grupo de Estudo do TPI para a África Subsariana, Nairobi, Quénia);

Christian Garuka (representante da sociedade civil, Ruanda).

Módulo IV: Defesa, partes civis e vítimas junto do TPI

Moderadora:

Otilia A. Maunganidze.

Conferencistas:

Xavier-Jean Keïta (Gabinete de Defensores Públicos, TPI, A Haia, Holanda);

Didier Daniel Preira (ex-secretário-adjunto, TPI, Dakar, Senegal);

Silvestre Alves (advogado, Bissau, Guiné-Bissau);

Wilfred Nderitu (advogado e ativista, Nairobi, Quénia).

Almoço

Módulo V: Julgamento no TPI – Atos preliminares e audiência de julgamento, enfoque na jurisprudência

Moderador:

Paulo de Sousa Mendes (professor da FDUL);

Conferencistas:

Hermenegildo Maria Cepeda Gamito (presidente do Conselho Constitucional de Moçambique, Maputo, Moçambique);

Natasha Naidoo (Secções, TPI, A Haia, Holanda);
Ivo Rosa (juiz das Varas Criminais de Lisboa e representante do Mecanismo para os Tribunais Penais Internacionais);
Helena Morão (professora da FDUL).

Encerramento e conclusões

Vasco Pereira da Silva (professor da FDUL e presidente do Gabinete Erasmus), que representou a FDUL no encerramento dos trabalhos do Encontro Internacional.

Kai Ambos, que fez uma intervenção de encerramento.

Paulo de Sousa Mendes, que formulou as conclusões gerais do Encontro Internacional.

Para além das apresentações públicas e discussões, o Encontro Internacional garantiu a agilização dos contactos entre todos os participantes de forma mais operativa e personalizada. Tais contactos foram facilitados através de dois *workshops* e demais eventos sociais entre os operadores de justiça dos países africanos e representantes do TPI e da sociedade civil. As línguas de trabalho foram o português e o inglês, com tradução simultânea.

Uma palavra de agradecimento é devida às diversas entidades e personalidades que apoiaram institucional e financeiramente o Encontro Internacional ou deram um significativo contributo pessoal para a realização deste evento.

Importa agradecer ao Ministério dos Negócios Estrangeiros, nas pessoas de S. Ex.^ª a ministra plenipotenciária Dr.^ª Maria José Morais Pires e do então diretor-geral do Departamento de Assuntos Jurídicos, Dr. Miguel Serpa Soares, pelo auxílio dado no contacto pessoal com os oradores representantes dos PALOP e eventuais participantes e pelo apoio institucional e financeiro concedido ao evento.

Cabe também agradecer ao Ministério da Justiça pelo apoio institucional concedido ao evento.

Também à Direção-Geral de Política de Defesa Nacional, na pessoa do seu diretor-geral, Dr. Nuno Pinheiro Torres, é devido um agradecimento pelo apoio institucional concedido ao evento e pelo jantar oferecido aos oradores e participantes no dia 31 de outubro.

Uma palavra de agradecimento é igualmente devida à Procuradoria-Geral da República, na pessoa de S. Ex.^ª a conselheira procuradora-geral da República, Dr.^ª Joana Marques Vidal, que, para além do apoio institucional e da presença na sessão de encerramento e conclusões do Encontro Internacional, ofereceu um porto de honra e uma visita guiada aos oradores e participantes no histórico edifício da Procuradoria-Geral da República, antigo palácio dos duques de Palmela, na Rua da Escola Politécnica, junto ao Largo do Rato.

Outra palavra de agradecimento é devida ao Centro de Estudos Judiciários, na pessoa de S. Ex.^ª o diretor, Professor Doutor António Pedro Barbas

Homem, pelo auxílio dado no contacto pessoal com magistrados participantes no Encontro Internacional e pelo apoio institucional concedido ao evento.

À Representação em Portugal da Comissão Europeia, é devido um agradecimento nas pessoas do Dr. Artur Furtado e Dr.^a Márcia de Castro Boloch, que suportou os custos inerentes à divulgação do Encontro Internacional na comunicação social e à prestação de serviços de tradução simultânea durante os trabalhos.

Importa ainda agradecer à Fundação Calouste Gulbenkian pelo apoio institucional e financeiro concedido ao evento.

Também à Imprensa Nacional-Casa da Moeda, é devido um agradecimento nas pessoas do diretor da Unidade de Publicações, Dr. Duarte Azinheira, do chefe de serviços, Dr. Carlos Ribeiro, e do arquiteto Tiago Marques, pela elaboração dos cartazes e dos folhetos do Encontro Internacional e pela disponibilidade e empenho manifestados no tocante à publicação dos textos e à angariação dos apoios necessários das imprensas nacionais dos PALOP para garantir a distribuição internacional da obra.

Por fim, é devida uma palavra muito especial de agradecimento à Konrad-Adenauer-Stiftung — KAS, designadamente na pessoa da Dr.^a Andrea Ostheimer, que suportou os restantes custos com o Encontro Internacional e apoiou institucionalmente a realização do evento. Acresce que a presente publicação, envolvendo significativos recursos humanos e materiais, só foi possível graças ao patrocínio da KAS, especialmente na pessoa da Dr.^a Sabina Wölkner, atual diretora do Programa de Política de Diálogo para o Desenvolvimento Multinacional.

Importa destacar o profundo envolvimento da FDUL na organização do Encontro Internacional, na pessoa do seu diretor, Prof. Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto, que não se poupou a esforços para assegurar a participação de inúmeras individualidades indispensáveis à representatividade do evento. Também na pessoa do Presidente da Comissão das Comemorações do Centenário da FDUL, Prof. Doutor Martim de Albuquerque, que inscreveu o Encontro Internacional no ambicioso programa das comemorações. Igualmente na pessoa do presidente do Gabinete Erasmus da FDUL, Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva, que patrocinou, acompanhou e divulgou amplamente o Encontro Internacional em todas as suas fases, contribuindo inestimavelmente para o seu êxito.

Todas as referências temporais nos artigos constantes da presente publicação reportam-se ao momento da realização do Encontro Internacional, salvo indicação em contrário.

É de louvar a proficiência do trabalho de tradução, revisão e edição realizado pela equipa composta pelos Drs. André Hölzer, Alexandra Fonseca e José Neves da Costa.

A presente publicação integra-se no plano de atividades do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais (CIDPCC) da FDUL, no âmbito do Seminário de Investigação Mensal III (SIM III) sobre novos pro-

blemas de direito processual penal comparado, cooperação internacional judiciária e administrativa e direito penal internacional.

Lisboa, 26 de março de 2015

Os coordenadores científicos

Kai Ambos

Maria Fernanda Palma

Augusto Silva Dias

Paulo de Sousa Mendes

SESSÃO DE ABERTURA

MARIA FERNANDA PALMA



SESSÃO DE ABERTURA

Internacionalização do Direito Penal

MARIA FERNANDA PALMA *

Sumário:

- I. Do Direito Internacional como condição de soberania e autonomia dos Estados e dos indivíduos até ao Direito na sua essência internacional;
- II. Dois conceitos de validade em tensão: a validade como expressão de um fundamento e a validade como expressão de um modo processual reconhecido de geração do Direito;
- III. A necessidade prática de um Direito transnacional a partir da cooperação entre os países;
- IV. Razões diretas da necessidade de integração internacional: limites territoriais, funcionais e políticos do Direito Penal;
- V. Modos prosseguidos de integração internacional: cooperação, assimilação, harmonização, reconhecimento mútuo e codificação;
- VI. O caso europeu: entre o *softlaw* e o Direito Penal Europeu;
- VII. Necessidade de juridicização transnacional do Direito Penal;
- VIII. Efetivação da transnacionalização do Direito Penal.

I. Do Direito Internacional como condição de soberania e autonomia dos Estados e dos indivíduos até ao Direito na sua essência internacional

Segundo Radbruch «não é por ser soberano que um Estado se torna sujeito de Direito Internacional; é por ser sujeito de Direito Internacional que se torna soberano».¹

Esta afirmação significa que a soberania, como facto político, não justifica nem o Direito nem a autonomia dos povos, mas é antes o Direito Internacional que, pela sua racionalidade e linguagem, permite a soberania dos Estados.

Por outro lado, o Direito, independentemente de ser interno ou internacional, identifica-se, enquanto projeto humano na história, pelo desígnio de articulação das liberdades individuais ou coletivas segundo uma lei geral de

* Professora catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e presidente do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais e do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais (IDPCC/CIDPCC) da mesma Faculdade.

¹ Radbruch, G., *Filosofia do Direito* (trad. port. L. Cabral de Moncada), 6.ª ed., Coimbra: Arménio Amado, 1979 (1.ª ed., 1934).

liberdade, como dizia Kant na *Metafísica dos Costumes*.² Ou, no dizer de Hegel, nos *Princípios da Filosofia do Direito*³, o Direito significa o ser pessoa e reconhecer o outro como pessoa, sujeito de direitos.

Assim, o Direito, no seu modo de ser, baseia-se na aceitação de uma similitude ou analogia entre os seres humanos, contrária à agressividade e a uma pura racionalidade de fins e orientada para a coordenação da ação comunicativa, no dizer de Habermas.⁴

Estes traços identificadores do Direito tornam-no supranacional ou mesmo internacional. Se o Direito, em conformidade com o pensamento clássico e liberal, logo na sua estrutura específica — a da relação entre sujeitos, entre autonomias e liberdades — não é nacionalista, mais ainda o Direito Penal que, nos termos do pensamento de Köhler⁵, se orienta para a preservação dos bens essenciais da liberdade individual ou coletiva, não tem uma justificação última estritamente nacional.

Mas, mesmo saindo do racionalismo liberal, também o chamado romantismo jurídico de que fala Fletcher⁶, ao remeter as bases do Direito para a história de cada povo e para as raízes nacionais, não deixa de procurar uma validade universal no apelo à constituinte cultural específica de cada indivíduo e à cultura de cada povo, apelando a um reconhecimento como valor e, por isso, universal da individualidade histórica e obviamente cultural. O próprio nacionalismo tem obviamente uma fundamentação supranacional como valor que se reconhece e impõe universalmente. Poderemos dizer que o Direito, ao procurar uma fundamentação de validade necessariamente fora de si mesmo, não pode deixar de aspirar a uma validade supranacional e a pretender valer para além dos limites de uma nação ou de um Estado.

II. Dois conceitos de validade em tensão: a validade como expressão de um fundamento e a validade como expressão de um modo processual reconhecido de geração do Direito

Mas se é verdade que o Direito, enquanto ideia e ordem que aspira à validade, supera os limites territoriais e políticos do Estado que regula, não é

² Kant, I., *Metafísica dos Costumes* (trad. port. José Lamego), 2.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011 (1.^a ed., 2005).

³ Hegel, G. W. F., *Princípios da Filosofia do Direito* (trad. port. Orlando Vitorino), 4.^a ed., Lisboa: Guimarães editores, 1990 (1.^a ed., 1959).

⁴ Habermas, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 vols., 4.^a ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987 (1.^a ed., 1981).

⁵ Köhler, M., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Berlin & Heidelberg: Springer, 1997.

⁶ Fletcher, G., *Romantics at War – Glory and Guilt in the Age of Terrorism*, Princeton & Oxford: Princeton University Press, 2002.

menos verdade que no seu percurso histórico o Direito se legitima no interior dos Estados através dos métodos processuais que ele próprio prevê e das instituições que cria. Por outro lado, o Direito não atinge uma validade como ideia sem uma aceitabilidade e controlabilidade, num discurso em cuja formulação todos tenham a oportunidade de intervir, num discurso democrático assegurado por instituições concretas, como os parlamentos. Na história, não tem sido plenamente realizável uma tal geração democrática do Direito num plano transnacional ou, pelo menos, através de instituições internacionais. Estas últimas, longínquas da participação dos indivíduos e alheias a instituições de controlo como os tribunais constitucionais, não permitem a formulação de um Direito marcadamente democrático.

Assim, há uma tensão manifesta entre a necessidade de o Direito se validar para além do território de um Estado, num plano supranacional, e a necessidade de adquirir validade democrática nas fronteiras de cada Estado.

No caso do Direito Penal, existe também uma dificuldade específica de certos princípios de segurança democrática funcionarem ao nível internacional. Desde logo, uma dificuldade imposta pelo princípio da legalidade que exige o controlo democrático das fontes, a lei formal. A previsibilidade e determinabilidade das normas penais são de mais difícil concretização numa dimensão internacional. Os estatutos dos primeiros tribunais internacionais não respeitavam a proibição de retroatividade. Também a determinação é mais difícil de alcançar em textos gerados por acordo entre vários Estados.

III. A necessidade prática de um Direito transnacional a partir da cooperação entre os países

Na prática, o Direito transnacional é decorrência de uma função instrumental de proteção de bens comuns definidos pela própria cooperação entre os países, pela gestão dos interesses comuns e pelas questões de segurança jurídica que tais interesses suscitam.

Mas também, por outro lado, quer a cooperação, quer o próprio Direito transnacional, se consubstanciam em objetivos políticos comuns como sejam o combate ao crime organizado, à corrupção e ao terrorismo, que correspondem ao objetivo de melhorar a política criminal dos países.

A justificação do Direito Internacional ou do Direito transnacional não resulta, então, exclusivamente de uma lógica de necessidade de proteção de bens jurídicos. Resulta antes também de uma perspetiva promocional da política criminal, a partir da verificação de lacunas de proteção (ou até de santuários) e da maior capacidade de atuação coordenada das ordens jurídicas.

IV. Razões diretas da necessidade de integração internacional: limites territoriais, funcionais e políticos do Direito Penal

Apesar do que fica exposto, a necessidade de integração internacional ou meramente transnacional tem uma justificação direta num conjunto de fatores que, como diz Ulrich Sieber⁷, levam à necessidade de superação dos limites territoriais e funcionais do Direito Penal clássico, suscitando novas questões fundamentais.

Estão tais fatores associados ao processo de globalização, caracterizado, como refere Sieber, por um incremento da comunicação, interação e organização mundiais. São fatores tecnológicos, económicos e políticos.

Os fatores tecnológicos potenciam a superação de fronteiras, tanto através da Internet como da facilitação das comunicações. Os fatores económicos desvinculam do território dos Estados o funcionamento das empresas. E os fatores políticos criam um enfraquecimento das fronteiras ou suscitam desfazamentos legislativos em função de interesses político-económicos nacionais conflitantes⁸.

Tal combinação de fatores conduz a uma intensificação de certa criminalidade como a lavagem de dinheiro, os diversos tráficos ou a pornografia infantil. Todavia, intensifica-se também alguma criminalidade clássica, como os roubos a bancos e a transportes de valores, que menospreza as fronteiras e se traduz num turismo criminoso.

Os limites territoriais da eficácia do Direito Penal associados à soberania dos Estados são postos em causa por esta situação, reclamando que as burocracias da cooperação judiciária internacional sejam superadas, e que o princípio da territorialidade dê lugar, em certos crimes, a um princípio que poderíamos designar de interesse transnacional em função da transterritorialidade e transnacionalidade das infrações.

Por outro lado, as próprias divergências legislativas não justificadas pelo interesse fundamental dos Estados e pelo Estado de Direito democrático, não deverão beneficiar os agentes de crimes em função da territorialidade.

A estas limitações territoriais do Direito Penal acrescem, no dizer de Sieber⁹, limitações funcionais, isto é, inadequação das funções tradicionais do Direito Penal a responder a objetivos de segurança na sociedade global de risco, bem como aos novos riscos associados ao terrorismo internacional.

⁷ Sieber, U., «Limites do Direito Penal – Princípios e desafios do novo programa de pesquisa em Direito Penal no Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional», *Separata de Cadernos Direito GV*, vol. 5, n.º 3 (maio de 2008), São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

⁸ Cf., com mais desenvolvimento, sobre estes fatores, *infra cap.* VII.

⁹ Sieber, U., *Separata de Cadernos Direito GV*, vol. 5, n.º 3 (maio de 2008) (n. 7).

A necessidade de converter um Direito Penal de proteção de bens jurídicos finais, dissuasor do ilícito e controlador da personalidade criminal individual, num Direito Penal da segurança, em que esta é o bem jurídico e não os concretos bens que sejam ameaçados, conduz a descaracterizar o conceito de ação, a prescindir da causalidade, a antecipar a tutela pela criação generalizada de crimes de perigo abstrato e de posse e de crimes instrumentais como os crimes de organização, a pôr em causa a delimitação tradicional dos atos de execução e a introduzir modificações no conceito de autoria. E, num plano processual, conduz à extensão de deveres de colaboração de particulares nas investigações, à possibilidade de utilização de bancos de dados privados, com obrigação de preservação dos mesmos, e à investigação de suspeitos com base no mero risco de segurança e não da suspeita de um crime.

Poder-se-á assim conceber mesmo um certo dualismo entre Direito Penal e Direito Penal da Segurança Global, em que este último tende a constituir-se numa base supranacional ou a justificar soluções nacionais como resposta a uma direta ameaça ao Estado análoga às de uma agressão externa, de um conflito internacional, como se pôde constatar no debate sobre a possibilidade de aplicação de tortura ou acerca do abate de aviões sequestrados por terroristas.

A crise dos limites funcionais tradicionais do Direito Penal está assim inevitavelmente associada a uma globalização das ameaças à segurança e a uma colocação num plano de legitimidade e eficácia supranacional das soluções penais.

V. Modos prosseguidos de integração internacional: cooperação, assimilação, harmonização, reconhecimento mútuo e codificação

Com que metodologias se tem processado a transnacionalização do Direito Penal? Poderemos destacar três vias para além da tradicional cooperação judiciária internacional, no campo da extradição, da transferência de processos e de prisioneiros ou do auxílio judiciário mútuo.

Uma primeira via é a assimilação que tem caracterizado a evolução dos Direitos Penais da União Europeia. Os Direitos nacionais incluem, no âmbito das incriminações, relações ou bens jurídicos supranacionais, como acontece com o conceito de funcionário público no Direito português ou com a inclusão na legislação interna de crimes que obedecem a um padrão europeu comum a outros países, seja por força de acordos ou apenas por influência internacional do legislador interno.

A harmonização é outro método de internacionalização do Direito Penal interno, através do qual os países convencionam entre si configurar de modo idêntico certas incriminações ou, pelo menos, obrigações de proibição de certa conduta.

Um método mais eficaz na integração dos Direitos tem sido, na União Europeia, o reconhecimento mútuo de decisões judiciais. Trata-se de um método baseado na confiança recíproca entre os Estados quanto ao cumprimento dos critérios do Estado de Direito na criação e conteúdos do respetivo Direito Penal. Expressivo do caso europeu, este reconhecimento corresponde a uma integração forte sem perda da autonomia de cada Direito.

Finalmente, a codificação internacional, de que o Estatuto do Tribunal Penal Internacional é um exemplo, é o modelo mais forte de integração transnacional, podendo, no entanto, como acontece com o TPI, estar associado a uma institucionalização relativamente fraca num sistema de complementaridade.

VI. O caso europeu: entre o *softlaw* e o Direito Penal Europeu

Mas se limitarmos a nossa especulação ao Direito Penal, pensando nas tarefas que hoje lhe são solicitadas e nas constantes questões de legitimidade que a própria natureza do Direito suscita, estaremos confrontados com dois problemas fundamentais: a insuficiência e a inconsistência de sistemas e ordens jurídicas transnacionais efetivas; e as dificuldades de controlo de legitimidade das ordens jurídicas transnacionais existentes ou a serem criadas.

Assim, surge um paradoxo: por um lado, o Direito só se pode legitimar pela internacionalização. Mas, ao internacionalizar-se, vulnerabiliza os critérios tradicionais e os mecanismos internacionais de legitimação. Por outro lado, reconhecer-se-á, pensando no Direito Penal, que existe um certo desfasamento entre os seus princípios legitimadores, de acordo com a história do pensamento jurídico, como o princípio da legalidade e o princípio da necessidade da pena, e os problemas que a exigência de internacionalização ou mera transnacionalidade suscitam, nomeadamente as garantias de previsibilidade asseguradas por cada ordem jurídica nacional ou a perspetiva da necessidade da pena, considerando que a intervenção penal transnacional é, muitas vezes, simbólica e insuscetível de concretização eficaz, sendo mais efetiva uma persecução penal de cariz nacional. Deste modo, a necessidade no Direito Penal transnacional pode ser contrária à própria ideia de necessidade, no sentido de que um Direito Penal transnacional teria de ser justificado por uma incapacidade de os Direitos nacionais poderem resolver os problemas que ele abrange.

VII. Necessidade de juridicização transnacional do Direito Penal

Como já vimos *supra*, Sieber fala de limites territoriais e funcionais do Direito Penal que tendem a ser hoje postos em causa por condições tecnológicas, políticas e de organização mundial das economias.

Com efeito, a sociedade de informação e o ciberespaço, por um lado, e o desenvolvimento das comunicações entre os países, por outro, desmaterializam ou multiplicam o espaço da prática de crimes e de lesão de bens jurídicos. A tecnologia põe assim em causa a territorialidade como critério lógico de vigência do Direito Penal. Também as razões de ordem económica com uma organização do mercado mundial globalizado desvinculam o circuito económico de cada Estado concreto, autonomizando as próprias empresas de uma específica ordem jurídica, tornando, assim, possível um jogo legal de impunidade, nos interstícios das diversas ordens jurídicas. Esta globalização também acoberta todo um conjunto de crimes de tráfico de pessoas, de órgãos e de estupefacientes, que utilizam as facilidades tecnológicas, as diferenças entre as ordens jurídicas e os limites territoriais dos Estados.

E, finalmente, certas questões políticas anteriormente relevantes puramente no seio dos países, devido à emigração e à convivência entre diversas culturas, apelam a uma lógica de articulação de culturas e religiões em que o Direito Penal é chamado a intervir.

Os limites funcionais do Direito Penal fazem-se sentir, por outro lado, quando certos problemas se lhe impõem, exigindo uma superação de categorias sedimentadas — a própria noção de crime, associada à lesão de bens jurídicos e baseada no conceito de ação pessoal, de atos de execução, de autoria ou coautoria — para permitir resolver problemas de responsabilidade por organização e de segurança jurídica interna ou externa dos Estados. O Direito Penal cruza-se, por vezes, com o Direito da segurança e da guerra, como acontece com o terrorismo, a pirataria ou os crimes ambientais em larga escala, assumindo uma função não apenas preventiva da lesão de bens, mas, por vezes, de segurança geral e de afirmação política dos Estados.

A transnacionalidade do Direito Penal está, assim, tanto no plano territorial como no plano de conteúdos, associada às alterações tecnológicas, económicas e políticas do nosso tempo.

Existe uma necessidade de o Direito Penal extravasar o âmbito territorial do Estado e de proteger bens no plano interno, bens de natureza universal ou transnacional, intervir em conflitos que, antes, se situavam num plano de política externa e de utilizar critérios adequados a finalidades de polícia, de segurança (externa e interna), que excedem os critério da *Magna Charta* do Criminoso, de que falava von Liszt¹⁰. Está-se perante um Direito Penal que apenas legitima ou potencia um Direito de Segurança, no caso do terrorismo ou atividade policial em matéria de tráficos, regulando a intervenção das autoridades perante fenómenos não estritamente nacionais. Surgem, deste modo,

¹⁰ Liszt, F. v., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. II (1892-1904), Berlin: Walter de Gruyter, 1970 (fac-símile da ed. de Berlin: J. Guttentag, 1905) (pp. 75 e segs.), p. 80.

questões novas de legitimidade em função de uma ideia de risco e de segurança que pode minimizar (mas só até certos limites) os direitos fundamentais.

VIII. Efetivação da transnacionalização do Direito Penal

É possível destacar três vias pelas quais a transnacionalização do Direito Penal se tem efetuado: a via de uma direta internacionalização do Direito Penal, que tem a sua expressão máxima no Estatuto de Roma, contemplando os crimes contra a Humanidade e de guerra, mas que também teve a sua expressão na tentativa de criação de legislação de origem comunitária a partir dos fins dos anos 90, do *Corpus Juris*, que visava europeizar os crimes contra a Comunidade, à imagem das ordens jurídicas que distinguem os crimes dos países que integram uma federação de Estados, dos crimes federais propriamente ditos; uma outra via é a da harmonização dos Direitos internos a partir de convenções ou tratados internacionais, solução que é possível relativamente a certos crimes que são vistos como flagelos a erradicar, como, por exemplo, os crimes de corrupção ou de pornografia infantil, em que os países acordam em seguir orientações político-criminais comuns; e a via do reconhecimento mútuo de decisões judiciais, a praticada por excelência na União Europeia, incluindo decisões de carácter processual relacionadas com a aplicação de medidas de coação, a matéria da obtenção da prova e o próprio mandado de detenção europeu.

Esta última via, conforme já afluído *supra*, corresponde a um princípio de confiança entre os Estados baseado na subordinação do Direito dos Estados aos princípios e critérios do Estado de Direito. O reconhecimento mútuo de decisões judiciais pressupõe não só um certo grau de similitude dos Direitos nacionais quanto aos conteúdos como, sobretudo, um modo de geração do Direito de acordo com o Estado de Direito, que permite que soluções não absolutamente idênticas dos diversos Estados sejam reciprocamente reconhecidas como válidas. Esta metodologia impede a subtração dos agentes de crimes à justiça penal em função do desfasamento de critérios das diversas ordens jurídicas e por força dos princípios garantísticos do Direito Penal, colmatando eventuais lacunas de punição.

Estas tendências de internacionalização do Direito demonstram que os primeiros tribunais internacionais deverão ser desde logo os tribunais internos. E demonstram ainda que pode haver internacionalização do Direito sem um específico conjunto de normas internacionais em que por vezes é muito difícil acordar ou em que a legitimação democrática é problemática. Há uma cultura jurídica global que resulta da experiência histórica do Direito e da interpelação que lhe é continuamente feita pelas novas situações do nosso mundo. Não se trata de uma cultura de dominação de certas tradições e ideias pelo simples facto de o Direito, na sua ideia essencial, se traduzir no reconhecimento da humanidade do outro, o que corresponde à combinação paradoxal da sua essencial igualdade com a sua essencial diferença.

A instituição do TPI é a expressão da amarga necessidade de impor à soberania dos Estados, em situações muito graves, a soberania do Direito. Mas o TPI é também a concretização da utopia de um Direito a que os Estados se subordinam num plano universal.

Pode, a este propósito, invocar-se Platão no Livro IV de *Leis*, ao dizer: onde a lei estiver sujeita a outra autoridade e não tiver nenhuma própria, o colapso do Estado não está longe, mas se a lei é a senhora do Governo e o Governo o seu súbdito, então descrevo a salvação e as bênçãos que os deuses podem conferir aos Estados¹¹.

¹¹ Cf. Platão, *Laws*, Book IV, 715 d, in: J. Cooper et al., *Complete Works*, Indiana: Hackett Publishing Company Inc., 1997, p. 1402.



CONFERÊNCIA DE ENQUADRAMENTO

CUNO TARFUSSER



CONFERÊNCIA DE ENQUADRAMENTO

Observações gerais acerca da relação entre África e o TPI⁺

CUNO TARFUSSER*

Sumário:

Introdução;

I. Acusações falsas de racismo endereçadas ao TPI;

II. Argumentos que sustentam as acusações;

1. O Tribunal em A Haia;

2. Financiamento maioritário por países ricos;

3. Exclusividade de situações africanas no TPI;

III. Deficiências e fraquezas do TPI;

IV. Aspetos positivos da atuação do TPI;

Conclusão.

Introdução

Autoridades, caros Colegas, minhas Senhoras e meus Senhores,

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer aos organizadores deste encontro o convite que me endereçaram, dando-me a honra e o prazer de me dirigir a esta audiência muito especial e de proferir o discurso de abertura.

É, no entanto, verdade que, para além da honra e do prazer, sinto uma enorme responsabilidade, atendendo ao momento e ao contexto histórico que se vive, em formular estas «observações gerais acerca da relação entre África e o TPI». Nunca antes e no decorrer da ainda breve história do Tribunal Penal Internacional, esteve a relação entre o Tribunal e a União Africana (UA), representante dos Estados africanos, tão tensa como agora. Creio que nem mesmo os organizadores deste encontro previram ou poderiam sequer ter previsto um tal desenvolvimento, na altura em que planearam organizá-lo.

Ora, atendendo a que o discurso de abertura «define o tema central de uma conferência», não irei fugir às minhas responsabilidades e, de acordo com aquele que é o meu estilo pessoal e o meu carácter, irei expor o que íntima e sinceramente penso sobre a relação entre África e o TPI, sobre o Tribunal e as críticas de que o mesmo tem sido alvo.

⁺ Trad. do original inglês «Africa and the ICC – General Observations» por André Hölzer e revisão por Alexandra Fonseca.

* Vice-Presidente do TPI, juiz na Secção de Instrução do TPI.

Como magistrado com 24 anos de experiência a nível nacional e quatro anos e meio a nível internacional, irei falar-vos do que diariamente vejo, vivo e penso.

Por outras palavras, não irei falar-vos na qualidade de juiz, já que teria de ser muito contido, nem tão-pouco vos irei falar enquanto Vice-Presidente, uma vez que teria de representar a política do Tribunal. Hoje irei abstrair das funções que desempenho e falar-vos-ei diretamente a partir da minha experiência, sem hipocrisias nem diplomacia. Julgo que seja isso também o que esperam de mim.

I. Acusações falsas de racismo endereçadas ao TPI

Para começar, queria abordar, de forma clara e inequívoca, algumas das críticas que têm sido dirigidas ao TPI, não só tendo em mente os Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP), mas também, para que eu possa ser claramente entendido mesmo para lá do edifício desta venerável Universidade, queria dizer o seguinte:

Muita coisa pode ser dita sobre o TPI. O Tribunal pode ser criticado pelos seus defeitos e falhas, pode ser contestado pelas escolhas que faz, pode discordar-se das decisões que toma (mais adiante voltarei aos defeitos e falhas). Mas o que ninguém poderá dizer, o que eu rejeito de forma veemente, o que não existe, nem dentro do TPI, nem em tudo o que o rodeia, são coisas como (e cito alguns líderes africanos com base em várias fontes de acesso livre): racismo; humilhação para com os Estados africanos; inépcia no tratamento de questões africanas complexas; arrogância; instrumento político dirigido para África e os Africanos; perseguição racial; justiça seletiva; neocolonialismo e ou neoimperialismo.

Todos nós, incluindo eu próprio, homens e mulheres de todas as partes do mundo, que trabalhamos diariamente no Tribunal e cada um dentro dos limites das suas capacidades, com os seus pontos fortes e fracos, mas sem dúvida com toda a dedicação e entusiasmo, todos nós nos sentimos ofendidos com estas acusações, que são falsas, grotescas, completamente infundadas e estultas. E isto é tanto mais assim quanto eu estou certo de que quem as pronuncia tem bem noção da sua falsidade.

Por que razão posso eu afirmar, sem receio de contradição, que tais acusações carecem de qualquer fundamento? Em primeiro lugar, porque desde que foram dados os primeiros passos para a criação do TPI, tanto os Estados africanos como a respetivas sociedades civis assumiram um papel central e pioneiro no estabelecimento de uma jurisdição penal supranacional. Em segundo lugar, porque foram 14 os Estados africanos (quase um quarto do número mínimo de Estados exigido) que contribuíram para que, através de um expedito processo de ratificação do Estatuto de Roma, o Tribunal entrasse em funcionamento apenas quatro anos depois da sua adoção; a estes 14 Estados seguiram-se, no

mesmo ano de 2002, outros 7, e isto é uma indicação clara de que África acreditava realmente no TPI, e eu realmente espero que, uma vez ultrapassada esta crise, continue crescentemente a acreditar.

De seguida, e em terceiro lugar, porque centenas de advogados, investigadores, técnicos e especialistas africanos, oriundos de diferentes países têm, desde 2002, contribuído diariamente para que o TPI faça o seu trabalho. Mas também porque a Procuradora-Geral do TPI é africana; porque o meu colega Vice-Presidente do Tribunal é africano; porque outros quatro juizes são africanos e porque muitos outros cargos importantes ao nível da gestão nos diferentes juízos, no Gabinete do Procurador e na Secretaria são ocupados por cidadãos de vários países africanos, tanto de Estados Partes como de Estados não Partes, o que significa que uma parte significativa da liderança do Tribunal é africana.

II. Argumentos que sustentam as acusações

Pergunto eu: todos eles racistas, imperialistas e neocolonialistas arrogantes unidos numa espécie de conspiração com juizes, procuradores e advogados não africanos, para atingir África e os Africanos? Simplesmente ridículo!

Sim, é verdade que há três factos objetivos (efetivamente apenas três) que são constantemente apresentados para sustentar a tese de um Tribunal neocolonialista, neoimperialista e racista: 1) o facto de o Tribunal estar sediado em A Haia e, logo, na Europa; 2) o facto de 60 % do orçamento do Tribunal ser suportado por países da União Europeia, podendo levar a que estes países exerçam uma espécie de influência hegemónica sobre o Tribunal; e 3) o facto de, até à data, o Tribunal ter apenas investigado situações ocorridas em Estados africanos.

Ainda assim, serão estes argumentos sérios para se poder sustentar acusações de uma tal gravidade?

1. O Tribunal em A Haia

Pois bem, a razão é porque apenas a Holanda demonstrou, para além de capacidade, a disponibilidade para assumir a responsabilidade política, administrativa, organizacional e económica que implica ser o Estado anfitrião do Tribunal. Como se verifica, uma razão que nada tem de neoimperialista.

2. Financiamento maioritário por países ricos

É importante não esquecer que, para além de Estados europeus, também o Japão e o Canadá financiam o TPI. Mas, de qualquer forma, a mim parece

bizarro que, em vez de se demonstrar gratidão, este facto económico tenha vindo a ser usado para se tentar demonstrar o que não existe, nomeadamente para criar a percepção infundada de que o Tribunal existe antes para satisfazer os interesses dos países ricos. Aproveito ainda a oportunidade para assegurar que nunca ninguém do meu país, a Itália, tentou, em momento algum ou fosse a propósito do que fosse, sequer interferir com o meu trabalho no Tribunal, e estou certo de que o mesmo se aplica a todos os meus colegas.

3. Exclusividade de situações africanas no TPI

Se este facto, que é objetivo, fosse sintomático da atitude racista do Tribunal, então a acusação teria de ser também estendida aos países africanos (Uganda, República Democrática do Congo, República Centro-Africana, Mali) que, por iniciativa própria, solicitaram a intervenção do Tribunal, e àqueles países africanos e não africanos que, na qualidade de membros do Conselho de Segurança da ONU e nos anos 2005 e 2011, respetivamente, submeteram à apreciação do TPI as situações ocorridas no Darfur/Sudão e na Líbia. O absurdo de tal conclusão é óbvio.

Deixo uma reflexão final, mas fundamental, sobre este ponto: é assim tão claro que a África, no seu todo, ao contrário de uma parte das suas elites governantes, acredita ou está convencida de que o TPI é um tribunal racista e colonialista? Por outras palavras, foram os cidadãos dos países africanos, as vítimas de crimes cometidos em massa, envolvidos na discussão e no processo de tomada de decisões? Tiveram eles oportunidade de expressar as suas opiniões e de evidenciar as suas preocupações nesta matéria? Perguntas retóricas, obviamente...

III. Deficiências e fraquezas do TPI

Postas de parte estas acusações absurdas e ofensivas de que o TPI tem sido alvo, passemos então a uma discussão construtiva, positiva e que procure soluções para os problemas sérios e reais que afetam o TPI, tendo em mente, não o Tribunal enquanto instrumento, mas como resultado da extraordinária ideia nascida da comunidade internacional, encabeçada por África, de o criar como forma de lutar contra a impunidade na prática de crimes internacionais.

Depois de fazer referência às deficiências e falhas do Tribunal, irei falar dos seus muitos aspetos positivos, dos seus méritos e das muitas razões pelas quais vale a pena insistir, persistindo-se no caminho traçado em Roma há 15 anos, por muito íngreme e sinuoso que ele se possa apresentar.

A meu ver, os problemas que afetam o Tribunal podem ser equacionados em função de uns poucos fatores, que, no contexto desta apresentação, apenas irei abordar de forma superficial.

Antes de mais — e é como advogado criminalista que agora falo — considero que uma das causas dos sérios problemas que o TPI enfrenta é o facto de ele ser visto e tratado, essencialmente, como uma organização internacional, e não como um tribunal penal. De certa forma, isso distorce as prioridades e os problemas, os quais, em vez de incidirem primordialmente em questões relacionadas com o processo penal e, logo, com o apuramento da responsabilidade criminal, a avaliação da prova ou a proteção das vítimas, se centram mais nas relações internacionais entre e com Estados e, conseqüentemente, no consenso, na diplomacia e no compromisso.

Para além disso, tenho a forte impressão (e dizê-lo assim é eufemístico) de que o TPI cresceu excessivamente e rapidamente de mais. Creio que isso é também consequência da errada percepção que se tem do Tribunal, como acabei de referir. Quer parecer-me que foi considerado mais importante criar rapidamente uma estrutura com grande dimensão e visibilidade (de facto, uma organização internacional) do que um tribunal penal que fosse ganhando dimensão à medida e com os casos com que ia sendo confrontado. Sem dúvida que este crescimento rápido, desalinhado do volume de trabalho de um tribunal, teve um impacto negativo na qualidade dos recursos humanos e materiais ou, em geral, na qualidade da organização do Tribunal.

Outro problema prende-se com o facto de o TPI sofrer de várias «doenças infantis», graças ao facto de só muito recentemente se ter estabelecido como a primeira instituição permanente de Direito Penal a nível internacional. Não me refiro ao aspeto meramente temporal, como é recorrente fazer-se, ou seja, aos 11 anos de «infância» do Tribunal, uma vez que, em minha opinião, esse não é o verdadeiro problema. Com facilidade se ultrapassará esta questão através da contratação de quadros dotados de elevada competência e profissionalismo. Refiro-me, sim, às dificuldades que objetivamente são colocadas pelo Estatuto de Roma e por outros instrumentos internacionais do Tribunal, como consequência do dualismo entre o *civil law* e o *common law* e do facto de se lidar, muitas vezes, com questões completamente novas, de extrema importância e particularmente complexas, mesmo relativas a outros tribunais internacionais, em que se seguem abordagens contraditórias: para ilustrar o que se acabou de dizer, basta mencionar, por exemplo, os grandes problemas relacionados com a participação das vítimas no processo, ou — e atendendo a que o TPI tem jurisdição tendencialmente global — os problemas de natureza linguística e logística e os decorrentes da dificuldade de compreensão de culturas e modelos comportamentais totalmente diferentes.

Há que mencionar, por último, os elevados custos e a excessiva duração dos processos. É inegável que o TPI e os processos no Tribunal são, não só dispendiosos, como morosos. Pior: são demasiado dispendiosos e demasiado morosos. Temos consciência disso e é por isso que, desde o ano passado, nos temos empenhado, tanto internamente como em cooperação com os Estados, em analisar, com base na experiência adquirida, os problemas e as falhas, tanto do ponto de vista jurídico como organizacional, a fim de se encontrar

soluções e tomar medidas. Há, no entanto, que ser honesto e ter consciência de que, mesmo que se consigam melhorias, a justiça internacional não deixará de ser, em bom rigor, lenta e dispendiosa. Basta pensar-se, nomeadamente, na necessidade de tradução e de interpretação para as diferentes línguas, nas investigações que têm de ser levadas a cabo em diferentes partes do mundo, na deslocação de testemunhas e nos custos com a sua proteção ou nas despesas com o apoio jurídico. Todos estes custos são, simultaneamente, elevados e inevitáveis quando se pretende, como nós pretendemos, uma justiça internacional regida por elevados padrões e pela salvaguarda dos direitos e garantias de todas as partes envolvidas.

IV. Aspetos positivos da atuação do TPI

Permitam-me que saliente que, a par e para além de todas as críticas e problemas que possam ser apontados, há um número considerável de conquistas e de aspetos positivos a reconhecer ao TPI e, logo, há um número considerável de razões para se continuar o caminho traçado, há 15 anos, com o Estatuto de Roma.

Antes de mais, há que reconhecer que a existência deste primeiro tribunal penal internacional permanente tem, em si, um valor fundamental. A possibilidade real de se investigar e julgar crimes internacionais, ou seja, de se poder levar os seus agentes a tribunal é de uma importância extraordinária e constitui um recurso inestimável para toda a sociedade, tendo, enquanto tal, um potencial efeito preventivo. Qualquer desvio ou retrocesso na prossecução destes objetivos traduzir-se-ia numa séria derrota para a comunidade internacional como um todo.

O desenvolvimento do Direito Penal Internacional também não pode ser subestimado. É inegável o contributo que as análises e as interpretações do Tribunal têm dado para o progressivo desenvolvimento do Direito Penal Internacional, à luz dos princípios estabelecidos não só no Estatuto de Roma e no respetivo regime jurídico, mas também nas convenções dos direitos humanos e em jurisprudência relevante.

Por fim, outro aspeto positivo que ainda existe e importa sublinhar resulta da relação que se estabelece entre o TPI e os Estados Partes no Estatuto de Roma. Refiro-me ao desenvolvimento das legislações nacionais. De acordo com as disposições do Estatuto de Roma, qualquer Estado que tenha ratificado o Estatuto está obrigado a adaptar a sua legislação em conformidade com o mesmo. Em consequência, os Estados Partes acabam por elevar os padrões da sua legislação interna, ajustando-os aos do TPI.

Conclusão

Como podem ver, não é necessário recorrer a argumentos deploráveis, como racismo ou colonialismo, já que é inegável que o retrato do Tribunal é

feito tanto de luz como de sombra. A sombra pode ser eliminada com trabalho sério, desenvolvido com dedicação, compromisso para com o Tribunal e respeito pelo princípio do Estado de Direito. Mas há também uma luz que se pretende duradoura vinda das esperanças e das expectativas das populações de todos os países, uma luz que tem de ser preservada, sob pena de a nossa sociedade ter de testemunhar um retrocesso que deitará a perder 10 anos de avanço e de ter ainda de encarar o risco de barbárie.

De facto, a justiça penal divide e continuará a dividir sempre a opinião pública, principalmente quando toca em interesses de «alto nível». Divide a opinião pública entre aqueles que, embora ignorando factos e provas — seja qual for a razão e, decerto, nem sempre com honestidade intelectual — ou acreditam cegamente na inocência dos acusados ou cegamente na sua culpa arguidos (em Itália chamamos *innocentisti* àqueles e *colpevolisti* a estes e, como italiano que sou, sei bem do que estou a falar...).

Isto acontece tanto a nível nacional, como, e mais ainda, a nível internacional.

Ou alguém acreditou que a justiça internacional e o TPI iriam ficar imunes a esta tendência?

Mas o que é, para mim, intolerável é a pretensão, a reivindicação por parte dos chamados «suspeitos de elevado estatuto» (*excellent suspects*) de exercerem o direito de defesa CONTRA o processo, e não DENTRO ou NO ÂMBITO do processo. Ninguém — sublinho, ninguém! — pode ter a pretensão de ser *legibus solutos* e de estar acima da lei.

Por isso, o único comportamento admissível é o exercício do direito de defesa dentro das regras do processo e no respeito pelas normas jurídicas estabelecidas pela comunidade internacional.

E não há dúvida de que tem valido a pena agir segundo estes princípios, já que o TPI, ao longo de 11 anos de atividade, tem conseguido provar que é e que trabalha como um tribunal absolutamente independente e que não cede perante qualquer tipo de pressão externa.

A independência do poder judiciário do TPI é claramente comprovada pelos seguintes factos indiscutíveis: 1) um pedido de mandado de detenção foi recusado; 2) as acusações contra quatro suspeitos não se confirmaram; 3) um arguido foi absolvido quanto ao mérito da causa; 4) um caso foi adiado para que o procurador pudesse realizar investigações complementares e apresentar outras provas; e 5) um caso foi remetido para a jurisdição primária do Estado competente, com base no princípio da complementaridade.

Estes números desmentem os opositores, os detratores e os difamadores do TPI, que é um tribunal que age com grande zelo, norteando-se pelo primado do Direito e pelos mais elevados princípios gerais de Direito, como também pela criteriosa avaliação dos elementos de prova. Naturalmente que o TPI poderá cometer erros, mas tal não o torna racista; errar é humano e poderá acontecer a todos os que trabalham.

Para concluir, irei aproveitar esta oportunidade para endereçar um apelo aos Estados Partes, aos Estados que ainda não ratificaram o Estatuto de Roma, e sobretudo, hoje, a todos os Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa: empenhem-se mais nas atividades do Tribunal, ratifiquem o Estatuto, juntem-se a nós neste fantástico projeto em prol de uma justiça internacional real, efetiva e eficiente, forte e independente e contribuam para aperfeiçoar o sistema. Necessitamos da vossa cooperação, apoio e sabedoria para conseguirmos ser bem-sucedidos. Não fazer parte deste projeto não é do interesse de nenhum Estado, fazer parte dele é contribuir para um mundo melhor. E isto é o que todos os cidadãos deste mundo anseiam.

Grazie e buon lavoro!

**MÓDULO I: O ESTATUTO DE ROMA
DO TPI E ÁFRICA – ANÁLISE CRÍTICA**



MÓDULO I: O ESTATUTO DE ROMA DO TPI E ÁFRICA – ANÁLISE CRÍTICA

Tribunal Penal Internacional e África Lusófona: Perspetiva crítica

ZAIDA G. F. LIMA DA LUZ*

Sumário:

Introdução;

I. Criação do TPI: concertação de sistemas jurídicos;

1. Constrangimentos constitucionais de Cabo Verde na adesão ao TPI;

- a) Extradicação vs. entrega de nacionais;
- b) Pena de prisão perpétua;
- c) Das imunidades oficiais dos titulares de certos órgãos de soberania;
- d) Outros obstáculos constitucionais;

2. Aptidão para cooperar com o TPI;

II. Críticas africanas ao TPI;

1. Fundamentação das críticas: alguns casos do TPI;

2. Desconstrução do criticismo;

- a) Mitigação da relevância da não adesão ou da retirada do TPI;
- b) Necessidade de (re)fortalecimento da imagem do TPI;

Conclusão.

Introdução

O tema sobre o qual tecemos aqui algumas considerações, o papel do Tribunal Penal Internacional (TPI) no contexto africano, com enfoque na realidade jurídica dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP), é tão delicado quanto atual. Por limitações de espaço, assumimos o risco das nossas breves palavras pecarem pela excessiva simplicidade e pragmatismo, quiçá vício da atividade de um prático do Direito, fruto do exercício da judicatura a que nos dedicamos.

É consabido que o espaço lusófono, constituído pela comunidade dos oito países de língua oficial portuguesa (Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor Leste) e por uma popula-

* Juíza conselheira do Supremo Tribunal de Justiça de Cabo Verde.

ção residente que, no censo de 2010, estimava-se já ser de cerca de 244 milhões de habitantes, caracteriza-se, concomitantemente, pela partilha de uma mesma língua e pela herança de um passado colonial que, a dada altura do percurso histórico, se cruzou, também pelas suas idiossincrasias e assimetrias.

Está-se, aqui, perante o que já se convencionou apelar de uma *communitas populorum*, unida por um património histórico comum, a língua portuguesa, mas que é, ao mesmo tempo, um mosaico multicultural, traduzindo um complexo de grupos humanos antropossocioculturalmente distintos, com reflexo direto no estágio de desenvolvimento social, humano e político de cada Estado Membro.

Nesse contexto polimorfo, se Portugal, enquanto potência colonizadora dos séculos xv a xx, assim como o Brasil, com as suas especificidades muito próprias, se encontram numa etapa bastante avançada de desenvolvimento, o que se reflete nas condições de vida das suas gentes e no grau de maturidade das suas instituições, os demais países, mais precisamente aqueles que integram o bloco dos PALOP e Timor Leste, enfrentam ainda alguns obstáculos, em parte intrínsecos ao respetivo percurso histórico, com conaturais reflexos no processo de consolidação da democracia e do Estado de Direito.

Não obstante, assume-se como consensual o engajamento desses países, à parte de alguns revezes, em acertar o passo com o curso da modernidade, almejando dotar-se das condições necessárias que lhes permitam propiciar aos seus povos e às suas gentes melhores condições de vida, do mesmo passo que contribuem para a consolidação da democracia universal, no respeito de valores transversais à humanidade, como a paz, a liberdade, a justiça e a fraternidade.

I. Criação do TPI: concertação de sistemas jurídicos

À luz do que fica dito, o combate às injustiças e à impunidade, mormente em casos de crimes graves contra a humanidade, de crimes de guerra e outras atrocidades, deve erigir-se como tarefa primordial de todos e de cada um, sejam eles Estados, instituições ou indivíduos.

Assim, não é de se estranhar que, e no respaldo da implantação dos Tribunais Internacionais de Tóquio e de Nuremberga¹, instalados após o desfecho da II Grande Guerra Mundial, que deixou um unimaginável rasto de morte, destruição e de injustiça, vários países do mundo, unidos na partilha de valores comuns e na busca do ideário do estabelecimento de uma jurisdição internacional que perseguisse e punisse os responsáveis por crimes de guerra

¹ Criado para proceder ao julgamento dos nazis que, naquele período conturbado da história, não se coibiram de violar, de forma crónica e sistemática, os mais elementares direitos humanos. A propósito, vide, respetivamente, os Estatutos do Tribunal Internacional Militar de Nuremberga e de Tóquio.

ou de graves crimes contra a humanidade, se engajassem na instituição de um Tribunal Internacional de Justiça que, legitimamente, lograsse assacar a responsabilidade criminal dos autores de tais atrocidades.

Com esse intento, delegações de várias nações do mundo, de entre as quais as dos países africanos de expressão portuguesa, comprometidos na edificação de um ordenamento jurídico moderno e sólido, cada vez mais apto a fazer face à demanda dos desafios dos tempos hodiernos, reuniram-se, a 17 de julho de 1998, em Roma (Itália), para aprovar o Estatuto que criava o Tribunal Penal Internacional. O Estatuto foi o resultado de um laborioso e profícuo trabalho de concertação, na medida em que tendia para a acomodação de sistemas jurídicos diferenciados, interesses de política externa distintos, por vezes mesmo antagónicos e/ou conflitantes e filosofias penais opostas. Ainda assim, acima de tudo, havia união no desejo de promoção e defesa do Direito Internacional e de uma justiça que combatesse as graves violações dos direitos da pessoa humana e dos povos, independentemente do palco dos acontecimentos.

E apesar de a necessidade de conciliar os diversos sistemas jurídicos nas suas múltiplas diferenças e especificidades se ter revelado um sério obstáculo à própria consolidação do Tribunal cujos efeitos se fazem sentir até hoje, os Estados que apoiaram a criação deste Tribunal Internacional desde a primeira hora, tudo foram fazendo para debelar os eventuais constrangimentos que se iam colocando a uma plena e efetiva adesão.

E foi com base nesse engajamento, e porque estavam francamente empenhados em obstar a que, no espaço da África lusófona, pudesse vir a ocorrer a prática de crimes graves contra a humanidade que, por vicissitudes várias, pudessem correr o risco de resultar impunes, que os PALOP subscreveram o Estatuto de Roma.

No entanto, e na senda do que já se divisava, a questão da eventual incompatibilidade constitucional do Tratado assumiu-se, desde cedo, como um óbice à plena adesão daqueles Estados à jurisdição do TPI², um pouco à semelhança do que sucedeu em alguns países europeus e latino-americanos.

Do que vem de ser dito resultou que, e face a esses previsíveis problemas de adequação das respetivas Constituições e legislações ordinárias nacionais, a ratificação do Tratado pelos Estados africanos foi sendo postergada para momento posterior. Tal advir entendeu-se necessário para a criação de condições que conseguissem a resolução de tais questões permitindo, nomeadamente, a adequação da legislação interna, entenda-se, da constitucional e da infraconstitucional, aos dispositivos normativos vertidos no citado Estatuto de Roma.

² Com interesse, no caso de Cabo Verde, vide Comissão Interdisciplinar (*ad hoc*) para o estudo do Estatuto do Tribunal Penal Interdisciplinar, *Memorandum: Das Implicações na Ordem Jurídica Cabo-Verdiana na Eventualidade da Imediata Ratificação da Convenção de Roma de 18 de Julho Que Instituiu o Tribunal Penal Internacional, Praia, junho de 2002.*

Nesse rol de Estados soberanos figuram os países de língua oficial portuguesa, dentre eles, Cabo Verde, aqui chamado, primeiramente, por ser a realidade que nos é mais familiar, mas também por ser o único país, adentro da África lusófona, que deu o passo seguinte rumo à ratificação.

Importa, assim, por tais motivos, lançar um olhar, necessariamente perfunctório face às limitações do presente texto, sobre a experiência cabo-verdiana.

1. Constrangimentos constitucionais de Cabo Verde na adesão ao TPI

Cabo Verde, pequeno Estado insular e diaspórico, situado no entroncamento dos continentes africano, europeu e americano, umbilicalmente ligado, não só pelo seu passado histórico, mas também, e principalmente, pela sua localização geográfica estratégica, ao resto do Mundo, por sinal, cada vez mais globalizado, mostrou-se, desde a primeira hora do seu percurso enquanto Estado soberano e independente, francamente engajado em participar ativamente nesse processo de crescente interação e integração entre os povos e na salvaguarda e defesa dos valores universais da democracia, da justiça e da paz. Isto, quando é certo que, no mundo contemporâneo, os problemas nacionais têm uma forte potencialidade de se transformarem em problemas globais, pelo que já não passíveis de ser resolvidos, exclusivamente, com base em políticas nacionais isoladas.

A globalização da economia, impulsionada pelo veloz desenvolvimento das tecnologias e dos instrumentos de comunicação, transformaram o Mundo numa grande aldeia global que, devido à identidade de muitos dos problemas a exigirem soluções concertadas e homogêneas, levaram, a partir da segunda metade do século XX, à aprovação de inúmeros tratados internacionais nas mais variadas áreas.

Outrossim, mais do que a promoção do *jus soli*, o cidadão dos nossos tempos é um cidadão do mundo, pelo que cada vez mais o combate às violações dos direitos da pessoa humana não pode pretender-se confinado, unicamente, às fronteiras nacionais.

É caso para se dizer que os laços que ligam as pessoas modernas ao respetivo Estado são mais débeis, o que enfraquece a identidade nacional, diminui a importância das fronteiras internacionais e desestrutura as bases da cidadania tradicional.

E se, pela sua própria idiossincrasia, o sentimento de profunda pertença ao Mundo caracteriza muito bem a pessoa cabo-verdiana, tal tem constituído, sem sombra para dúvidas, uma grande mais-valia para o desenvolvimento socioeconómico e político do país que, erigido a nação independente e membro de pleno direito do Concerto das Nações em julho de 1975, mas porque desprovido de recursos naturais e alvo de secas cíclicas, partia com o *handicap* de ser,

aparentemente, um Estado inviável e onde, em virtude da sua natureza agreste e inóspita «*as cabras [nos ensinaram] a comer pedras para não perecermos*»³.

Cabo Verde empenhou-se, assim e inexoravelmente, na aposta da modernidade e, no âmbito das relações internacionais, tem privilegiado o reforço da cooperação com outros Estados e instituições jurídicas, tendo em vista a resolução de questões que se mostram transversais às sociedades hodiernas, nos seus mais variados domínios.

No entanto, esse comprometimento do país em acompanhar os passos da modernidade impôs, desde a primeira hora, não só a partilha de valores universalmente aceites, mas também a criação no país de leis e instituições que, efetivamente permitissem a prossecução dos objetivos traçados.

Importa, por conseguinte e no que diz respeito à concreta questão da adesão ao Tribunal Penal Internacional, proceder a uma pequena resenha do percurso efetuado por este arquipélago de apenas 4033 km e pouco mais de 500 mil habitantes.

Em Cabo Verde, na sequência da assinatura do Estatuto de Roma e um pouco à semelhança do que sucedeu em outras latitudes, discussões várias surgiram entre os teóricos do Direito, *prima facie*, sobre a constitucionalidade de determinados dispositivos do referido Estatuto, no que, então, se entendeu como aparente incompatibilidade entre preceitos constitucionais estruturantes da arquitetura jurídico-constitucional cabo-verdiana e alguns dispositivos normativos do Estatuto, erigindo-se tais desconformidades, para alguns, como autênticos obstáculos constitucionais à plena adesão ao TPI.

Em causa estariam algumas cláusulas vertidas no diploma que institui o TPI e referentes, nomeadamente, à extradição/entrega de nacionais, à aplicação da pena de prisão perpétua, à questão relativa às imunidades oficiais e à questão da soberania nacional.

Concretizando, lancemos um olhar, se bem que necessariamente perfunctório, sobre as principais questões suscitadas e tidas como reais entraves à plena adesão ao Tratado que institui o TPI.

a) Extradição vs. entrega de nacionais

Com relação à questão da extradição, a Constituição da República de Cabo Verde de 1992, na sua versão original, proibia-a em absoluto. Tal interdição, no entanto, viria a ser mitigada na revisão ordinária de 1999, com a consagração da possibilidade de os não extraditados poderem responder, pelos crimes cometidos no estrangeiro, perante os tribunais nacionais, conforme disposição vertida no artigo 38.^º

³ Verso do poema «Flagelados do Vento Leste» de Ovídio Martins.

Para alguns estudiosos, no entanto, essa tratava-se de uma falsa questão, pois era passível de ser resolvida por via de uma correta interpretação da nossa Carta Magna. Segundo os teóricos da via interpretativa, o que se encontrava constitucionalmente proscrito era a proibição da extradição enquanto medida de cooperação judiciária penal horizontal, entenda-se, entre Estados soberanos, pelo que distinta da entrega ou *surrender*⁴, esta sim, exigível na relação que se estabelece entre o Estado e a instituição internacional por ele estabelecida⁵.

Não obstante esse entendimento, sufragado por eminentes estudiosos nacionais, o firme comprometimento com o ideário proclamado pelo TPI, enquanto instrumento de promoção do Direito Internacional, em prol da realização de uma justiça que se almeja universal e legitimada em processos que se pautam pela legalidade, imparcialidade e objetividade, demandou, por forma a pôr cobro àquelas controvérsias e, assim, franquear a plena adesão ao Tratado, a que o Parlamento cabo-verdiano, aproveitando a última revisão ordinária, ocorrida em 2011, aproveitasse o ensejo para dotar a Lei Fundamental da República de instrumentos de maior flexibilização, de modo a facilitar a desejada adesão ao TPI.

Nessa linha, introduziu-se, na redação do artigo 12.º, um n.º 8, contendo uma cláusula de natureza mais genérica e que, um pouco à semelhança dos sistemas francês e português, preceitua o seguinte: «O Estado de Cabo Verde 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.»

Mas mais: achou-se por bem proceder a outras alterações normativas ou arranjos pontuais da Carta Magna onde se entendeu justificado, sem prejuízo de alterações que, previsivelmente, virão a revelar-se necessárias, ao nível da legislação ordinária.

Concretamente, no que tange ao regime de extradição de nacionais, veio-se consagrar um regime mais flexível, permitindo-a em situações muito específicas e introduzindo um n.º 5 no artigo 38.º, do qual consta que «O disposto neste artigo não impede o exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma».

⁴ Neste sentido, a propósito da compatibilização do Estatuto com a Constituição brasileira, vide Ramos, A. C., «O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira», in: Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (ed.), *Tribunal Penal Internacional*, vol. 1, São Paulo: Editora RT, 2000 (pp. 245-289), p. 270.

⁵ Cf. Delgado, José de Pina, «Extradição de nacional (cabo-verdiano): ato indigno, abandono de uma relíquia do passado ou possibilidade razoável?», in: José Pina Delgado, Jorge Carlos Fonseca e Liriam Tiujo Delgado (ed.), *Aspetos Polémicos da Extradição em Cabo Verde e no Espaço Lusófono: Nacionalidade, Pena Aplicável, Institutos Afins*, Praia: Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais e Fundação Direito & Justiça, 2009, pp. 71 e segs.

b) Pena de prisão perpétua

Outro óbice que, na visão de muitos, impedia a adesão ao Estatuto de Roma, dizia respeito à possibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua, arredado do nosso ordenamento jurídico de forma absoluta (artigo 33.^o).

No entanto, trata-se de uma proibição no âmbito do foro interno ou doméstico, pois que, por certo, não terá sido intenção do legislador atribuir um carácter transnacional àquela proibição; também não é menos certo que o referido Estatuto não obriga qualquer Estado aderente a aplicar penas de carácter perpétuo, internamente, mesmo naqueles casos em que o pedido de cooperação se cinja à execução de sentença (cf. artigo 103.^o do Estatuto de Roma, que confere ao Estado da execução o poder de fixar as condições que entender para aceitar o cumprimento da pena em seu território).

Poder-se-á, no entanto, colocar legitimamente a questão em relação à extradição de estrangeiro ou apátrida por crimes a que corresponda pena de prisão perpétua, mas aquela só será concedida mediante a garantia do Estado requerente de que tal pena não será executada.

De qualquer das formas, a consagração no Estatuto da aplicação da prisão perpétua apenas a título excepcional, acrescida da necessidade de a submeter a revisão 25 anos passados da entrada em vigor do Tratado, constituem fatores de mitigação da questão, oferecendo, se assim se pode dizer, alguma margem de conforto àqueles países que, tal como Cabo Verde e outros países lusófonos, apoiantes do TPI, se opõem à aplicação dessa pena de duração ilimitada.

A isso acresce o facto do Estatuto de Roma ter adotado o princípio da complementaridade, o que significa que a jurisdição do TPI só será desencadeada caso o Estado Membro não demonstre qualquer interesse sério em promover as diligências necessárias e tendentes à investigação e punição dos responsáveis de qualquer um dos crimes tipificados no artigo 5.^o do referido Estatuto, devendo-se, no entanto, sublinhar que caberá àquele Tribunal Internacional decidir, em última instância, da idoneidade dos processos judiciais empreendidos no Estado Membro⁶.

c) Das imunidades oficiais dos titulares de certos órgãos de soberania

Outra questão, também bastante aventada como obstáculo à adesão ao TPI, prende-se com o facto de o Estatuto ter adotado o princípio da irrelevância da qualidade oficial como um dos seus pilares fundamentais (artigo 27.^o), o que briga com a consagração constitucional de imunidades oficiais, *rectius*, do Chefe de Estado, dos deputados e dos membros do Governo cabo-verdianos.

⁶ Cf. artigo 17.^o do Estatuto de Roma.

No entanto, pese embora a consagração, com aporte constitucional, de privilégios a esses dignitários do Estado cabo-verdiano, o certo é que dizem mais respeito a questões meramente procedimentais, do que a questões de fundo, razão pela qual a manutenção dessas prerrogativas, se é certo que poderia levar a algum protelamento na entrega do indiciado ao TPI, não constitui, de per si, um real entrave à colaboração com o TPI.

d) Outros obstáculos constitucionais

Outros óbices constitucionais levantados contra a adesão de Cabo Verde ao TPI prendem-se, por um lado, com a soberania do Estado e, por outro, com a eventual violação do princípio *ne bis in idem*.

Quanto à questão da soberania do Estado, seja ela concebida numa dimensão jurídica, seja numa visão mais ontológica, entenda-se, no entendimento do poder do Estado «dizer o Direito» adentro de suas fronteiras, suscitou-se o problema da sua violação pela adesão ao TPI.

Nos tempos que correm é cada vez mais evidente uma mudança de paradigma relativamente a esta questão, tendo-se colocado os direitos humanos acima da soberania nacional, que é cada vez mais um conceito relativo, com reflexo no entendimento de que a soberania territorial dos Estados vem deixando de ser o sustentáculo da ordem internacional, passando esta a assentar mais nos indivíduos e na promoção e salvaguarda dos seus direitos fundamentais.

De qualquer das vias, e no que se refere ao Estatuto de Roma, entendemos que a justa medida dos poderes concedidos ao TPI e a razoável deferência em relação à soberania nacional dariam margem a afastar qualquer medo da restrição da soberania do Estado.

Por seu turno, a questão da eventual violação do princípio *ne bis in idem* colocar-se-ia naqueles casos em que uma pessoa, já julgada no país, fosse novamente julgada pelo TPI, por esta instituição entender ter-se tratado de um julgamento fraudulento ou simulado, feito com o objetivo de evitar a sua punição pelos fatos indiciados.

No entanto, sempre se dirá que o princípio *ne bis in idem* não visa garantir a impunidade de crimes graves contra a humanidade e nem a sua relativização pelo Estatuto do TPI visa punir duas vezes a mesma pessoa pelos mesmos crimes, pelo que, também por esta via não se colocou grande óbice à ratificação do Estatuto.

2. Aptidão para cooperar com o TPI

Atualmente pode dizer-se que Cabo Verde se encontra em condições de cooperar, proficuamente, com o TPI: foram vencidos os constrangimentos de pendor constitucional, o país está dotado de legislação ordinária que permite dar corpo às relações a nível da cooperação judiciária internacional e, para além da ratificação das Convenções da ONU e da assinatura de tratados bilaterais

e multilaterais, também se encontra dotado de um Código Penal moderno (2004) e de uma Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal recente. Isto sendo certo que estão em forja algumas alterações da legislação substantiva, por certo também para permitir uma melhor conformação perante os compromissos assumidos com a ratificação do Estatuto.

Aliás, adentro dos PALOP, Cabo Verde é, por ora, o único Estado ratificador do Tratado de Roma, sendo, desde os primórdios de janeiro de 2012, membro de pleno direito do Tribunal Penal Internacional (após subscrição em dezembro de 2000, a 1 de janeiro de 2012 entrou em vigor o Estatuto de Roma do TPI (cf. Aviso n.º 10/2011, publicado a 30 de dezembro de 2011)⁷.

Aliás, o esforço desse pequeno país insular em aderir ao TPI, vai, em certa medida, ao encontro do entendimento do antigo secretário das Nações Unidas, Kofi Annan, que afirmou que «[o] estabelecimento do Tribunal é uma dádiva de esperança para as gerações futuras e um enorme passo em frente no caminho dos direitos humanos universais e do Estado de Direito»⁸, visão que, acreditamos nós, é compartilhada por outros tantos Estados e outros tantos cidadãos anónimos por este mundo afora, pelo que estamos em crer que, uma vez resolvidas as questões internas, muitos mais Estados passarão a integrar essa comunidade dos países membros do TPI.

II. Críticas africanas ao TPI

No entanto, mau grado os inegáveis avanços no sentido de adequação das legislações domésticas ao Tratado de Roma, mais recentemente, vozes abalizadas têm-se levantado, nomeadamente de individualidades com alta responsabilidade política e social, no contexto africano e lusófono, sobre o desempenho do TPI que é visto, por alguns mais céticos, cada vez com mais reticências e desconfianças, em parte alimentadas pela constatação de que a maior parte dos processos que têm merecido a atenção deste tribunal internacional têm como suspeitos personalidades africanas, mais precisamente da África Negra.

⁷ Outro país, da comunidade lusófona que, também, aderiu ao TPI, foi Timor-Leste, isto a 6 de setembro de 2002. Anos volvidos, o país implementou, no Código Penal de 2009, as respetivas obrigações de complementaridade assumidas nos termos do disposto no Estatuto de Roma.

Em África, ratificaram o Estatuto de Roma, pelo que constituem Estados Membros do TPI os seguintes países: África do Sul, Benim, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Chade, Comores, Congo, Djibouti, Gabão, Gâmbia, Gana, Guiné, Lesoto, Libéria, Malawi, Mali, Maurícia, Namíbia, Níger, Nigéria, Quênia, República Centro-Africana, República Democrática do Congo, Senegal, Serra Leoa, Seychelles, Tanzânia, Tunísia, Uganda e Zâmbia.

⁸ Kofi Annan, 7.º Secretário-Geral das Nações Unidas, 18 de julho de 1998, aquando da assinatura do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional em Roma.

Sintomático dessa crescente onda de desconfiança sobre a isenção e imparcialidade do TPI, são as recentes declarações prestadas por altas individualidades africanas, aquando da realização da XV Sessão Extraordinária do Conselho Consultivo da União Africana⁹, ocorrida em Adis Abeba (Etiópia), a 11 de outubro de 2013, em que, na Cimeira de Chefes de Estado e de Governo que se seguiu houve pronunciamentos muito claros sobre a perceção que setores importantes do poder político e da sociedade civil têm da atuação do TPI, chegando, inclusive, a sugerir a retirada de alguns países do TPI.

1. Fundamentação das críticas: alguns casos do TPI

Para fundamentar as desconfianças com que cada vez mais vozes autorizadas de África tem encarado a atuação do TPI, elencam-se alguns dos casos mais mediáticos julgados por esta Corte, nesses últimos anos, em que várias guerras, com o seu cortejo de atrocidades e injustiças, têm ocorrido por esse mundo afora:

A 26 de abril de 2012, Charles Taylor, ex-Presidente da Libéria, foi declarado culpado de ter ajudado a cometer crimes de guerra e crimes contra a Humanidade durante as guerras civis no seu país e na vizinha Serra Leoa (1991-2002). Taylor foi reconhecido culpado por ter ajudado e encorajado uma campanha de terror para obter o controlo da Serra Leoa, fornecendo armas, munições e outro tipo de apoio logístico para a Frente Revolucionária Unida (RUF) em troca de diamantes. A guerra na Serra Leoa causou 120 mil mortos e milhares de civis mutilados. Depois de muitos recursos e polémicas, o TPI condenou o antigo chefe de Estado a 50 anos de prisão (julgado pelo Tribunal especial da ONU para a Serra Leoa, instaurado em janeiro de 2002, no quadro de um acordo entre o Governo serra-leonês e as Nações Unidas).

Em novembro de 2010, começou a ser julgado Jean-Pierre Bemba, ex-líder dos rebeldes do Movimento de Libertação do Congo (MLC) e antigo Vice-Presidente da República Democrática do Congo (RDC). É acusado de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade na República Centro Africana. «É a primeira vez na história da justiça internacional que um líder militar é julgado pela sua responsabilidade indireta nas violações cometidas pelos seus homens», disse à AFP o gabinete do, então, procurador-geral do TPI em Haia, Luís Moreno Ocampo.

⁹ Reunião solicitada pelos países da África Oriental, liderados pelo Quênia, para rever o relacionamento da União Africana (UA) com o TPI, na sequência dos processos judiciais instaurados por esta instância contra o presidente e o vice-presidente quenianos por alegada implicação na onda de violência pós-eleitoral de 2007/2008 no seu país. Durante os debates, os ministros dos Negócios Estrangeiros dos Estados Membros da UA sublinharam o facto de esta ser a primeira vez que o TPI julga um chefe de Estado em funções, no que entenderam tratar-se de «um total desrespeito pela dignidade do próprio continente africano».

Vários cidadãos africanos, como o ex-comandante do Estado-Maior do Exército ruandês, Augustin Bizimungu (condenado a 30 anos de prisão), Bahar Idriss Abu Garda, líder da Frente Unida para a Resistência (URF), um grupo rebelde de Darfur (julgado e não condenado em 2010 por falta de provas), o empresário ruandês Gaspard Kanyarukiga, acusado pelo Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (TPIR) de envolvimento no massacre de 2000 tutsis numa igreja de Nyange, em abril de 1994 (condenado a 30 anos de prisão em 2010), Callixte Kalimanzira, ex-diretor de gabinete no Ministério do Interior do Ruanda, era acusado de participar no genocídio de 1994 no Ruanda. Kalimanzira não matou pessoalmente mas foi condenado a 30 anos de prisão em 2009.

O coronel Théoneste Bagosora e dois generais, Aloys Ntabakuze e Anatole Nsengiyumva, tidos como os três principais dirigentes do governo de etnia hutu, no Ruanda, eram acusados pelo TPIR de comandar o massacre de 800 mil tutsis, em 1994. Foram condenados a prisão perpétua.

Thomas Lubanga Dyilo, ex-líder do movimento rebelde da RDC, União de Patriotas Congolezes (UPC) acusado de recrutar crianças com menos de 15 anos para lutar nos conflitos étnicos na região de Ituri entre 2002 e 2003 foi condenado a 14 anos de prisão em 2012. Bosco Ntaganda, líder do M23, aumenta a lista de africanos julgados.

Mas a questão atinge outros contornos quando se trata de Chefes de Estado acusados como Omar al-Bashir, Presidente do Sudão. O presidente eleito do Quênia, Uhuru Kenyatta, e o seu Vice-Presidente William Ruto, foram processados pelo TPI devido ao alegado papel que tiveram na organização dos conflitos de 2007 no Quênia, tendo as queixas sido retiradas a 5 de dezembro de 2014 por problemas probatórios relacionados com a recusa do Governo Queniano em entregar provas.

Várias foram as vozes que se levantaram no continente africano contra este julgamento, assim como tinha já sucedido aquando da condenação do ex-Presidente da Libéria, Charles Taylor, pelo Tribunal *ad hoc* para a Serra Leoa, tendo-se levantado várias vozes autorizadas em África contra tal decisão. Foi o caso do Nobel da Paz, o arcebispo sul-africano Desmond Tutu, que lembrou, em setembro de 2012, casos ocorridos fora do continente Africano e que, pela sua extrema gravidade, deveriam ter também merecido a atenção do TPI.

Mais recentemente, o então presidente em exercício da União Africana (UA), o primeiro-ministro etíope Hailemariam Desalegn, declarou após o encerramento da cimeira dos chefes de Estado da organização em Adis Abeba que o TPI realiza «uma espécie de caça racial» ao julgar apenas africanos. É com base neste documento que os líderes africanos pedem que um possível julgamento seja feito no Quênia e jamais no TPI. Mesmo na Líbia, as autoridades recusam entregar Saif al-Islam, filho do antigo presidente, procurado desde 2011 pelo TPI por crimes contra a Humanidade.

Entendendo a atuação do TPI como politicamente engajada, direcionada a perseguir africanos, têm sido muitas as vozes que se levantam contra uma saída, em bloco, dos países africanos do TPI.

No entanto, mesmo na eventualidade dessa retirada, não se poderá olvidar que esta só produzirá efeitos um ano após a notificação ao Secretário-Geral das Nações Unidas e que, de qualquer dos modos, essa saída em nada afetará a prossecução dos processos já pendentes no Tribunal (cf. artigo 127.^o).

2. Desconstrução do criticismo

a) Mitigação da relevância da não adesão ou da retirada do TPI

Apesar das críticas apontadas, para outras personalidades, no entanto, qualquer retirada do TPI significará enviar uma mensagem negativa relativa ao compromisso assumido por África de proteger e de promover os direitos humanos, bem como de rejeitar a impunidade, tal como formulado no artigo 4.^o da Ata Constitutiva da União Africana.

De qualquer dos modos, e independentemente da visão que se tenha do TPI, não se pode olvidar que a atuação deste tribunal poderá independe da concreta adesão de todos os Estados envolvidos ao Tratado, uma vez que a sua jurisdição se estende, igualmente, àqueles casos em que um ou mais dos Estados envolvidos aceite a competência daquele Tribunal Internacional (artigo 12.^o), ou seja, basta que a conduta em causa tenha ocorrido em território de um Estado que aceite a jurisdição do TPI, que o crime tenha sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave com pavilhão ou matrícula de um Estado que aceite a jurisdição do TPI, ou ainda que a pessoa a quem é imputado o crime em investigação seja nacional de um Estado Membro do TPI.

Outrossim, é preciso não perder de vista que o exercício da competência do TPI depende do impulso processual que, no entanto, pode provir, não só da denúncia de um Estado parte, mas, também, da própria iniciativa do Procurador (neste caso, na sequência da abertura de um inquérito preliminar impulsionado por informações fidedignas e devidamente documentadas — artigo 15.^o), seja, ainda, por denúncia do Conselho de Segurança das Nações Unidas, agindo, aqui, nos termos do capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Desta forma, uma não adesão ou, mesmo, uma eventual retirada do TPI não significa, *prima facie*, que se consiga que aquelas pessoas singulares, cuja atuação se considere dever ser levada ao crivo do TPI, se furem à jurisdição do Tribunal¹⁰.

¹⁰ Cf., neste sentido, as palavras avisadas do analista político, Belarmino Van-Dúnem, que falava domingo, 13 de outubro de 2013, em Luanda: «Se o TPI, neste momento, ficar fragilizado e ficar sob tutela única e exclusivamente dos países ocidentais, poderá ser pior, porque o procedimento de uma queixa, não pressupõe que o estado seja membro, o que quer dizer que, ainda que os estados africanos se retirem em massa, continuarão a sofrer a pressão do TPI, porque é um órgão que tem o endosso das Nações Unidas» e que «se uma organização não-governamental, ou um Estado, decidir interpor uma queixa, desde que essa queixa tenha provas documentais, contundentes e com testemunhas, o país, ou

b) Necessidade de (re)fortalecimento da imagem do TPI

De qualquer forma, e independentemente das renitências ou questionamentos que se têm suscitado serem bem ou mal fundamentadas, e, quiçá, de algum retrocesso no processo de adesão, o certo é que nos devemos furtar à tentação de politização da questão do TPI, pois que este, pressupondo-se, é certo, que se mantenha no trilho do ideário inicial, configura, sem sombra para dúvidas, um importante instrumento de prossecução de uma justiça que se quer o mais universal possível, combatendo-se a impunidade pelas atrocidades cometidas contra pessoas ou grupo de pessoas, sob que pretexto forem.

Urge, assim, que se dê uma especial atenção ao reforço da imagem do TPI, mormente junto a África e, conseqüentemente, também junto aos PALOP, resgatando o ideário que esteve na génese da sua criação enquanto real instrumento de justiça internacional, de entidade isenta, imparcial, com uma abrangência de atuação, efetivamente, mundial, pois que só assim poderá almejar congregar o máximo de aceitação, imprescindível à sua legitimação.

Só assim, através de uma atuação que, na prática judiciária do Tribunal, evidencie que o escopo que esteve na génese da sua criação, e que tanta adesão congregou junto aos Estados, se mantém atual e presente, se poderá afastar um qualquer manto de suspeição que, eventualmente, subsista e que, convenhamos, em nada abona à legitimação da atuação deste importante tribunal.

Ao cabo e ao resto, não se poderá perder de vista que não é — nem pode ser — intenção do TPI julgar Estados, mas antes, e apenas, indivíduos, pessoas singulares indiciadas no cometimento de crimes hediondos e que atentem contra os mais sacrossantos direitos humanos, sendo, por conseguinte, responsabilidade de todos e de cada um, contribuir para que se combatam as impunidades, lá onde as houver, privilegiando-se, sempre e até onde for possível, os tribunais nacionais que, para tanto, precisam estar à altura das ingentes responsabilidades, para que, através de processos justos, equitativos e livres de um qualquer espectro de suspeição, estejam em condições de dar uma resposta à altura dos factos e das legítimas expectativas dos cidadãos e dos povos nesse Mundo cada vez mais global.

No entanto, e concomitantemente, aos Estados soberanos não se pode deixar de exigir que continuem a apostar no fortalecimento e na eficácia das respetivas jurisdições nacionais, dotando-se de instituições judiciárias fortes e credíveis, de modo a que, sempre e até onde for possível, se busque a perseguição e julgamento dos suspeitos de crimes graves pelos tribunais nacionais

a personalidade em causa, fica sob mandato de captura, caso o juiz o achar». Nos termos do sistema de segurança coletiva descrito no capítulo VII da Carta das Nações Unidas, o Conselho de Segurança pode submeter casos ao Procurador com propósito de início de inquérito; igualmente pode solicitar que não se inicie ou não se prossiga com inquérito ou procedimento penal durante um período renovável de 12 meses.

e em processos que se apresentem como insuspeitos, pois que estribados nos princípios da legalidade e da objetividade¹¹.

Conclusão

Em suma, a experiência tem demonstrado que a adesão ao TPI constitui, sem sombra para dúvidas, um importante passo na realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, através do combate às impunidades.

E que em existindo efetiva vontade de se aderir ao TPI, tal se mostra um objetivo plenamente tangível pelos Estados hodiernos, mesmo para aqueles que possam apresentar eventuais problemas de compatibilidade constitucional, aqui, seja pela via da revisão/emenda constitucional, seja pela via da interpretação.

Por conseguinte, quer-nos parecer que os verdadeiros entraves à consolidação do TPI residem, não tanto nos países que, apoiando a existência dessa instância judiciária internacional, apresentem problemas de compatibilização do Estatuto com o respetivo ordenamento jurídico-constitucional, mas sim aqueles que, desde a primeira hora, se opuseram, mais por questões políticas do que jurídicas, à sua criação ou daqueles que, mais recentemente, têm colocado entraves em relação à sua concreta atuação.

Nessa linha, entendemos que a questão da ratificação do Estatuto que institui o TPI poderá ser mais uma questão política, de real comprometimento com os ideários que fundamentam o funcionamento dessa instituição internacional de justiça, do que uma mera questão jurídica, entenda-se, de compatibilização do ordenamento jurídico-constitucional e infraconstitucional de cada Estado com acertos normativos daquele Tratado.

E o espaço lusófono, à semelhança de outros, pretendendo-se engajado na vanguarda da defesa da justiça universal e promoção do Direito Internacional, por certo tudo fará para ultrapassar os constrangimentos que têm surgido, por forma a dotar-se dos mecanismos que obstem a que a comunidade se transforme num santuário de agentes de crimes hediondos.

Outrossim, no combate a algum ceticismo e ou à necessidade de se vencerem resistências ou questionamentos, natural e até salutar, não se poderá perder de vista que o TPI funciona na base do princípio da complementaridade,

¹¹ Pois que segundo o já supracitado princípio da complementaridade, com assento no artigo 17.º do Estatuto, a jurisdição do TPI deve ser exercida somente quando um Estado não possa, realmente, ou não deseje julgar os supostos criminosos dos crimes que caiam na alçada do TPI e que estejam sob sua jurisdição. Para serem beneficiados com esse princípio, entretanto, os Estados necessitam de uma legislação adequada que lhes permita julgar esses criminosos, na base de processos justos e equitativos.

este que não pode, e nem deve, confundir-se com uma qualquer tentativa de substituição da jurisdição interna no julgamento dos crimes graves contra a humanidade.

Por tudo isto, a aposta dos Estados, em nosso modesto modo de ver, deverá canalizar-se para o reforço das instâncias nacionais, de modo a que os processos sejam julgados no foro interno de forma isenta, imparcial e atempada, só deixando para a alçada do TPI aqueles casos em que, efetivamente, os tribunais nacionais não se apresentem em condições ou não pretendam realizar os julgamentos dos casos de criminalidade grave que caíam sob a alçada do respetivo Estado.

Como se disse já, Cabo Verde é o único país, adentro da África lusófona, que já aderiu ao Estatuto de Roma, sendo, por conseguinte, o 1.º membro dos PALOP no Tribunal Penal Internacional. No entanto, em virtude do pouquíssimo tempo ainda decorrido, precipitado seria fazer uma análise mais aturada e responsabilizante das autoridades, não obstante o inquestionável engajamento das mesmas na causa do combate aos graves crimes contra a humanidade.

Em virtude dessa experiência ainda incipiente e estiolante na matéria, ousamos propor a continuação e o aprofundamento dos contactos com a jurisdição do TPI, nomeadamente com formações dirigidas aos atores judiciários.



MÓDULO I: O ESTATUTO DE ROMA DO TPI E ÁFRICA – ANÁLISE CRÍTICA

Tribunal Penal Internacional e África lusófona: arqueologia superficial
de uma relação de desconfiança

KAFFT KOSTA*

Sumário:

Introdução;

I. África lusófona e TPI: topografia de uma relação de desconfiança;

- 1. Distribuição geográfica dos Estados Partes e respetiva relação com o TPI;**
- 2. Dilemas e desconfiança perante o TPI: os motivos;**

II. A «ajuda» do Pai das Liberdades e do Mundo Democrático;

- 1. A Ordem Mundial desvirtuada: tópica norte-americana;**
- 2. Relação entre os EUA e o TPI;**

Conclusão: a síndrome paradoxal de Nuremberga e outros sinais.

Introdução

A 29 de maio de 2013 a Euronews noticiava: «A UA desautoriza o TPI, ao exigir o fim do processo contra o presidente e vice-presidente quenianos, acusados de crimes contra a humanidade.

«Os líderes da organização, reunidos em Adis Abeba, aprovaram uma moção que pede a transferência do caso contra Uhuru Kenyatta para os tribunais quenianos, a duas semanas do início do processo em Haia.

«O Presidente da União Africana, Hailemariam Desalegn, criticou o que chama de ‘justiça enviesada’: ‘a intenção do TPI era de lutar contra a impunidade e a má governação, mas o processo degenerou numa forma de caça racial’.

«As críticas ao TPI ocorrem num momento em que os sete processos em curso no Tribunal são todos contra líderes africanos. Desde a sua criação, que mais de 30 líderes do continente foram indiciados por crimes de guerra e crimes contra a humanidade».

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Tais reportes são factuais! Estamos num ponto crítico da vida ou da morte do TPI. Ou se resolve esta questão ou vamos ter um problema sério em fazer afirmar esta experiência interessante chamada Tribunal Penal Internacional (TPI).

Por seu turno, a 12 de outubro de 2013, a Agência Lusa reportou que a «União Africana decidiu que o Presidente do Quênia, Uhuru Kenyatta, não deverá comparecer perante o Tribunal Penal Internacional (TPI) enquanto a organização não receber uma resposta ao pedido de adiamento do seu julgamento. A UA reuniu-se em cimeira extraordinária, em Adis Abeba, para analisar as relações entre a organização e o TPI e decidiu pedir ao Conselho de Segurança da ONU para deliberar, como lhe é permitido pelo Estatuto de Roma (ER), tratado fundador do tribunal, adiar o exame das acusações feitas a dirigentes no exercício do cargo».

Esta decisão pode ler-se como um desafio ao TPI, sendo que foi mais longe a Presidente da Comissão da UA, Dlamini-Zuma, afirmando no final da cimeira: «Vamos ver se conseguimos introduzir alterações no Estatuto de Roma para resolver as questões problemáticas [...], uma das coisas que nos inquietam é o artigo 27.^o» do ER do TPI.

No estudo que ora se apresenta, a quadriculagem do terreno de «escavação» abrangeria apenas algumas amostras. Não seria de aplicar o método de escavação *open area*, mas sim o velho e ultrapassado método *wheeler* da quadriculagem do terreno. Segmentaria, assim, o sítio em poucos quadrados que me parecem ilustrativos. Todavia, dadas as limitações do presente artigo, a arqueologia (em quadrículas) teve de ser preterida.

I. África lusófona e TPI: topografia de uma relação de desconfiança

Neste ponto vamos tratar de pegar na África lusófona e relacioná-la com o TPI. E, dado o nome do subtítulo («topografia de uma relação de desconfiança») e do próprio texto («Tribunal Penal Internacional e África lusófona: arqueologia superficial de uma relação de desconfiança»), a questão prende-se exatamente com esse traçado topográfico da África lusófona no tangente ao TPI (em especial dos cinco países africanos).

1. Distribuição geográfica dos Estados Partes e respetiva relação com o TPI

Começamos o nosso estudo topográfico por analisar alguns quadros relativos a 15 de março de 2013¹ que, de um universo de 122 Estados Partes do ER

¹ Disponível em www.icc-cpi.int (consultado pela última vez em 6 de março de 2015).

do TPI, nos indicam a seguinte repartição geográfica: 40 Estados Membros (32,7 %) são Europeus, dos quais 14,7 % são da Europa de Leste e 18,03 % da Europa Ocidental; 34 Estados Membros (27,8 %) são de África; 18 Estados Membros (14,7 %) são da Ásia e Pacífico; 2 Estados Membros (1,6 %) são da Oceânia (Austrália e Nova Zelândia) e apenas 1 Estado Membro (0,8 %) é da América do Norte (Canadá).

O que é que nos diz (e é o 2.º quadro, v. *infra*) a experiência lusófona nessa relação? E eu gostaria de ir mais longe: não só falando da relação de cada um desses países com a assinatura do ER, da ratificação e, por fim, da entrada em vigor; mas antes falando também de um outro momento, de não somenos importância, que deve ser equacionado: a assinatura do célebre «Acordo de Não Entrega» de norte-americanos ao TPI.

Temos Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, São Tomé e Príncipe; também tenho dados do Brasil, Portugal e Timor, mas como não entram na economia deste texto, vou obnubilá-los, ainda que não sem deixar registados os elementos consignados *infra* no quadro.

Os cinco países em causa são todos eles, religiosamente, signatários do ER, uns primeiro do que outros (Angola, logo em 1998; a seguir, veio a série de vários países em 2000); todavia, a ratificação não ocorreu até hoje, salvo o caso de Cabo Verde, onde aconteceu em outubro de 2011, para que o ER entrasse em vigor no dia 1 de janeiro de 2012. Neste momento, nenhum dos Estados africanos lusófonos, à exceção de Cabo Verde, ratificou o ER. Consequente e obviamente, nesses países também não entrou ainda em vigor o Estatuto.

Um dado importante que não deve ser ignorado, como referimos *supra*, tem a ver com o passo seguinte: o estratagema de negociações bilaterais com vários Estados usado pelos EUA para se furtarem, supostamente, à jurisdição do TPI. E quanto a este ponto, todos os Estados assinaram tal «Acordo de Não Entrega» de norte-americanos ao TPI.

Antes da ratificação do ER, Cabo Verde já tinha assinado esse «Acordo de Não Entrega» de norte-americanos. A pergunta que eu coloco é se é compatível esse passo muito adiantado que Cabo Verde deu, no sentido de abraçar o projeto TPI com a assinatura de um acordo dessa natureza. Se o artigo 18.º, alínea a), da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) não poria em causa a coerência deste movimento. Como se pode ser parte do ER e assinar um outro contrato paralelo ou bilateral com outro Estado nos termos do qual os nacionais, os militares, os dirigentes desse país não poderiam ser entregues à autoridade competente que é o TPI, se os EUA não concordarem com essa entrega?

A simples assinatura do ER (cujo prazo terminou a 31 de dezembro de 2000) não implica a obrigação de ratificação e comporta, obviamente, algumas vantagens. Senão veja-se: 1) o Estado assinante consegue um intervalo de folga que o livra temporariamente das forças de pressão (externas e internas) pró-ER/TPI; 2) o Estado signatário poderá ratificar quando quiser; 3) beneficiará, entretanto, do estatuto de Estado observador; 4) não se obriga a colaborar com o TPI e 5) não sujeita o seu território à jurisdição do Tribunal.

Mas a pergunta que ponho — e volto a ela — é qual o lugar da Convenção de Viena, o lugar do artigo 18.º da CVDT. Registe-se, todavia, que o Estado signatário não pode impedir o cumprimento do ER, *ex vi* do artigo 18.º, alínea a), da CVDT².

De forma esquemática, pode apresentar-se o seguinte quadro relativo aos cinco Estados lusófonos no tangente ao ER do TPI e ao «Acordo de Não Entrega» com os EUA:

	Assinatura do ER-TPI	Ratificação do ER-TPI	Entrada em vigor do ER-TPI	Assinatura do «Acordo de Não Entrega» de norte-americanos ao TPI	Observações
Angola	Sim: 7 de outubro de 1998.	Não	Não	Sim	Artigo 13.º CA = artigo 8.º/1/2 CRP
Cabo Verde . . .	Sim: 28 de dezembro de 2000.	Sim: 10 de outubro de 2011.	Sim: 1 de janeiro de 2012.	Sim (antes da ratificação do ER).	Revisão constitucional de 2010 (= artigo 7.º/7 CRP: «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 ER.»); ≠ artigo 18.º, a), CVDT.
Guiné-Bissau	Sim: 12 de setembro de 2000.	Não	Não	Sim	Não extradição de cidadãos nacionais da GB; Lacuna: imunidades; Direito internacional ⇔ Direito ordinário; Não extradição de nacionais.
Moçambique. . .	Sim: 28 de dezembro de 2000.	Não	Não	Sim	
São Tomé e Príncipe.	Sim: 28 de dezembro de 2000	Não	Não	Sim	

² Lê-se no artigo 18.º, alínea a), o seguinte: «Um Estado deve abster-se de atos que privem um Tratado do seu objeto ou do seu fim: a) Quando assinou o Tratado ou trocou os instrumentos constitutivos do Tratado sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não manifestar a sua intenção de não se tornar Parte no tratado.»

	Assinatura do ER-TPI	Ratificação do ER-TPI	Entrada em vigor do ER-TPI	Assinatura do «Acordo de Não Entrega» de norte-americanos ao TPI	Observações
Brasil	Sim: 7 de fevereiro de 2000.	Sim: 20 de junho de 2002.	Sim: 1 de setembro de 2002.	Não	
Portugal	Sim: 7 de outubro de 1998.	Sim: 18 de janeiro de 2002	Sim: 1 de julho de 2002	Não	
Timor Leste. . .	—	Sim: 6 de julho de 2002.	Sim: 1 de dezembro de 2002.	Sim	

2. Dilemas e desconfiança perante o TPI: os motivos

O ER do TPI não permitia reservas³. Este pode ser um ponto de partida para a análise dos dilemas com que muitos Estados se confrontam face à opção entre assinar ou não assinar, ratificar ou não ratificar o ER, assinar com os EUA o «Acordo de Não Entrega» ou não.

Repisemos. Como vimos já, dos cinco Estados africanos de língua oficial portuguesa, conquanto todos eles hajam assinado o ER-TPI, apenas Cabo Verde o ratificou (em finais de 2011);

Todavia, todos os cinco firmaram com os EUA o acordo de não entrega, em que prometem a Washington não entregar ao TPI qualquer cidadão norte-americano, sem o consentimento deste país.

A posição dos PALOP que não ratificaram o ER pode ser passível de crítica. Do mesmo modo que é criticável a atitude de Cabo Verde no que respeita à assinatura/ratificação/vigência do ER a par da assinatura do *non-surrender agreement* com os EUA, comportamentos dificilmente explicáveis à luz do critério da coerência⁴.

³ Com o acordo da cimeira dos Estados Partes em Campala (de 31 de maio a 11 de junho de 2010, para entrar em vigor em 2017), alterou-se o artigo 5.º do ER, suprimindo-se o seu n.º 2. Três novos preceitos foram introduzidos (artigos 8.º *bis*; 15.º *bis*; 15.º *ter*). Consagra expressamente o artigo 15.º *bis*, n.º 5, a norma segundo a qual o TPI não tem jurisdição sobre Estados não partes (para gáudio de países como os EUA, Rússia ou Israel). E, finalmente, o artigo 15.º *bis*, n.º 4, autoriza qualquer Estado Parte a formular reservas, em matéria de crimes de agressão, provocando o afastamento da jurisdição do TPI durante 33 ou mais anos.

⁴ Entre vários trabalhos sobre a temática, em geral, vide: Guerreiro, A., *A Resistência dos Estados Africanos à Jurisdição do Tribunal Penal Internacional*, Coimbra: Almedina,

A linha comportamental dos PALOP, no caso em apreço, parece inscrever-se naquele vetor marcante (e desvalorizador) do Direito Internacional: o dos interesses endógenos. No presente estudo será por nós secundarizada a [(im)pertinente?] questão «Universalismo vs. Nacionalismo» e as reivindicações idiossincratistas (cortinas de fumo para esconder o quê?). Por fim, a questão do afunilamento processual focado na «clientela» africana pelo TPI, que algumas lideranças africanas têm denunciado deve merecer uma ponderação estratégica e inteligente, por forma a não servir de «desculpa» aos amigos da impunidade e da macrodelinquência.

Será explicável o tal afunilamento processual com a lei das probabilidades, considerando os seguintes dados mencionados por Richard Jackson?⁵ Em 2002, observa, teriam sido vítimas de conflitos armados intra-estatais 20 % da população de África, conflitos que envolveriam metade dos Estados africanos. Ora, as guerras são terrenos férteis para o culto da «clientela» de um TPI. Seria porém avisado que o TPI atuasse igualmente noutros espaços e fugisse da tentação politizadora.

O cruzamento de estudos como, nomeadamente, os de Judith Kelley⁶ e de Claire Lauterbach⁷ explora algumas variáveis explicativas da complexa relação

2012, pp. 45 e segs.; Wilt, H. V. D., «Bilateral Agreements between the United States and States Parties to the Rome Statute: Are They Compatible with the Object and Purpose of the Statute?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, n.º 1 (março de 2005), pp. 93-111.

⁵ Jackson, R., «Violent Internal Conflict and the African State: Towards a Framework of Analysis», *Journal of Contemporary African Studies*, vol. 20, n.º 1 (2002) (pp. 29-52), p. 30 (disponível online em <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/02589000120104044>, consultado pela última vez em 6 de março de 2015).

⁶ Kelley, J., «Who Keeps International Commitments and Why The International Criminal Court and Bilateral Non-Surrender Agreements», *The American Political Science Review*, vol. 101, n.º 3 (agosto de 2007), pp. 573 e segs. V., ainda, o *rating* esboçado em Dukalskis, A., Johansen, R. C., «Measuring Acceptance of International Enforcement of Human Rights: The United States, Asia, and the International Criminal Court», *Human Rights Quarterly*, vol. 35, n.º 3 (agosto de 2013), pp. 569-597. Os autores constroem um quadro em que analisam uma grelha de cinco países (Coreia do Sul, Japão, Bangladesh, China e EUA), destacando a variabilidade das posições norte-americanas, em função das Administrações e por referências aos seguintes marcos temporais: 2000, 2004, 2007, 2011.

A ver, também, Sabharwal, P., «Manifest Destiny: the Relationship Between the United States and the International Criminal Court in a Time of International Upheaval», *New England Journal of International and Comparative Law*, vol. 18 (2012) (pp. 311-330), pp. 312 e segs. O autor, traçando, com minúcia e exatidão, a rota da relação de aproximação cautelosa-hostilidade-reaproximação paulatina e discreta ao TPI protagonizada pelos EUA, dos Presidentes Clinton, G. W. Bush e Obama, respetivamente, conclui com uma profissão de fé: os Estados Unidos acabarão por assinar e ratificar o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

⁷ Lauterbach, C., «Commitment to the International Criminal Court among Sub-Saharan African States», *Eyes on the ICC*, vol. 5, n.º 1 (2005) (pp. 85-125), pp. 85 e segs. (disponível online em <http://www.americanstudents.us/Eyes5/Public/Eyes%20on%20the%20ICC%205.1%202008-2009%20Preview.pdf>, consultado pela última vez em 6 de março de 2015).

dos Estados em referência com o ER e o TPI. Uma seria a busca de reputação externa, outra, a legitimação interna. Ou seja, mais uma vez, o *marketing* internacional a funcionar. Para se ser bem visto, há que assinar, há que ratificar, há que pôr em vigor o Estatuto. *Marketing*, puramente, às vezes. Ainda assim, por vezes, há uma motivação endógena. É a própria sociedade que valoriza o ER e pressiona o seu Estado a engajar-se nesse sentido.

Todavia, é ainda possível observar a existência de uma relação direta entre a natureza repressiva de um regime e o seu afastamento em relação ao ER. Parece-me lógico, pois o contrário equivaleria à situação de o indivíduo que o TPI procure, achar e entregar — ele mesmo — ao carrasco a corda com que este pretende enforcá-lo.

A rejeição do TPI pode ser ainda resultado de uma concertação de blocos geográficos ou políticos — algo que nos parece familiar, visto ter-se assistido recentemente na comunicação social à concertação do bloco africano, que tomou decisões que encostaram à parede o TPI. Esta é uma situação gravíssima para o TPI que tem de ser resolvida: estamos numa zona crítica, numa encruzilhada, em que ou se tomam decisões esclarecidas ou este projeto (muito romântico, muito querido) irá desaparecer.

Pode acontecer que a Constituição nacional de um determinado Estado não permita a submissão à jurisdição de um tribunal como o TPI. Nessas situações, uma de, pelo menos, três coisas pode suceder: 1) o Estado em questão não assina, nem ratifica o ER; 2) o Estado altera a Constituição ou faz uma nova que autorize o país a aderir ao Tribunal; ou 3) o Estado assina, ratifica o ER e adere ao TPI, desrespeitando a sua própria Constituição.

Portugal confrontou-se com este problema, pelo que na quinta revisão constitucional, de 2001, introduziu um n.º 7 no artigo 7.º, com o seguinte conteúdo: «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». Foi esta uma manifestação de soberania de Portugal — uma revisão constitucional que abriu caminho à entrada no TPI.

Pode não existir numa Constituição uma cláusula constitucional de receção do Direito Internacional geral ou comum, ou seja, uma disposição a determinar que as regras e princípios de Direito Internacional geral ou comum fazem parte integrante do Direito nacional (como o artigo 8.º, n.º 1, da CRP), o que complica mais a situação. Esta é a situação, por exemplo, da Guiné-Bissau, que não dispõe da mencionada cláusula de receção. Mas em diversas Constituições (como, designadamente, a de Cabo Verde ou de Portugal) avança-se no sentido de projetar o Direito Internacional geral à sua entrada no ordenamento interno dos Estados.

II. A «ajuda» do Pai das Liberdades e do Mundo Democrático

Para abrir o presente título, tentemos cotejar essa «ajuda» com os seguintes preceitos:

- a) Artigo 112.º, n.º 1, do ER: «O Estado que se torne Parte no presente Estatuto aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o artigo 5.º»;
- b) Artigo 5.º do ER, que determina a competência *ratione materiae* do TPI para crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, de guerra e de agressão;
- c) Artigo 8.º, n.º 2, alínea b), que afirma que, para os efeitos do Estatuto, entende-se por «crimes de guerra» outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no quadro do Direito Internacional⁸.

⁸ «Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no quadro do Direito Internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos: I) Atacar intencionalmente a população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades; II) Atacar intencionalmente bens civis, ou seja, bens que não sejam objetivos militares; III) Atacar intencionalmente pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo Direito Internacional aplicável aos conflitos armados; IV) Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa; V) Atacar ou bombardear, por qualquer meio, aglomerados populacionais, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares; VI) Provocar a morte ou ferimentos a um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido; VII) Utilizar indevidamente uma bandeira de tréguas, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves; VIII) A transferência, direta ou indireta, 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 ou para fora desse território; IX) Os ataques intencionais a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares; X) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de uma parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efetuadas no interesse dessas pessoas, e que causem a morte ou façam perigar seriamente a sua saúde; XI) Matar ou ferir à traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigos; XII) Declarar que não será dado abrigo; XIII) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o determinem; XIV) Declarar abolidos, suspensos ou não admissíveis em tribunal os direitos e ações dos nacionais da parte inimiga; XV) O facto de uma parte beligerante obrigar os nacionais da

Na minha velhinha e atualíssima tese de doutoramento, sobre Estado de Direito, defendida em 2006 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, postulei o seguinte:

O pós-II Grande Guerra regista ímpetos de louvor ao Estado de Direito, à democracia, aos direitos fundamentais, à dignidade da pessoa humana, num assomo de combate à impunidade, relativamente a crimes contra os direitos do homem, contra a humanidade, entre outros *Tatbeständen*.

De que tipo de Estado de Direito, de democracia, direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, combate à impunidade falamos? Qual a teleologia imanente a essas orientações? Qual a densidade da boa-fé e coerência dos seus defensores? Ou a alma do «negócio» será apenas a «conveniência»?

Nessa hipótese, perderia, por exemplo, sustentabilidade o princípio de Estado de Direito, se a lógica da delinquência extra muros subjacente à sua «exportação» prevalecesse na convivência entre as nações?

Mesmo que a minha abordagem do fenómeno não seja a de engorda do conceito de *rule of law*, nem por isso deixa de ser pertinente o exercício acabado de fazer.

1. A Ordem Mundial desvirtuada: tópica norte-americana

Em 2002, houve quem tivesse ficado frustrado quanto às novas (?) tendências da política internacional (protagonizada principalmente pela Administra-

parte inimiga a participar em operações bélicas dirigidas contra o seu próprio país, ainda que eles tenham estado ao serviço daquela parte beligerante antes do início da guerra; XVI) Saquear uma cidade ou uma localidade, mesmo quando tomada de assalto; XVII) Utilizar veneno ou armas envenenadas; XVIII) Utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou similares, ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo; XIX) Utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente o interior ou possui incisões; XX) Empregar armas, projéteis, materiais e métodos de combate que, pela sua própria natureza, causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados, em violação do Direito Internacional aplicável aos conflitos armados, na medida em que tais armas, projéteis, materiais e métodos de combate sejam objeto de uma proibição geral e estejam incluídos num anexo ao presente Estatuto, em virtude de uma alteração aprovada em conformidade com o disposto nos artigos 121.º e 123.º; XXI) Ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes; XXII) Cometer atos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f) do n.º 2 do artigo 7.º, esterilização à força e qualquer outra forma de violência sexual que constitua também um desrespeito grave das Convenções de Genebra; XXIII) Aproveitar a presença de civis ou de outras pessoas protegidas para evitar que determinados pontos, zonas ou forças militares sejam alvo de operações militares; XXIV) Atacar intencionalmente edifícios, material, unidades e veículos sanitários, assim como o pessoal habilitado a usar os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, de acordo com o Direito Internacional; XXV) Provocar deliberadamente a inanição da população civil como método de fazer a guerra, privando-a dos bens indispensáveis à sua sobrevivência, impedindo, nomeadamente, o envio de socorros, tal como previsto nas Convenções de Genebra; XVI) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades.»

ção americana). Frustrado porque vaticinara antes, com um pendor algo *naïf*, o inaugurar de uma nova era no Direito Internacional com os atentados às *Twin Towers* e ao *Pentagon* realizados no dia 11 de setembro de 2001 — uma era de respeito pelo Direito Internacional, enfim a Nova Ordem Mundial.

Dava, então, conta da sua decepção com as novas (?) atitudes dos EUA pós-ataque aos Talibã no Afeganistão, que (numa postura simplista, no dizer crítico do Ministro alemão dos Negócios Estrangeiros, J. Fischer)⁹ ameaçam unilateralmente, sem cobertura das Nações Unidas, atacar e invadir o Iraque, procedendo à substituição do regime, com a alegação de que este é um foco de irradiação do terrorismo.

Com a mesma ameaça a pender sobre o Irão, a pergunta urgente é com que legitimidade se arroga um Estado o direito de mudar o regime de um outro?

Atitudes desse jaez inundam a história contemporânea. Veja-se a atuação dos EUA no Panamá, invadido sob o pretexto de que Manuel Noriega apoiava o narcotráfico.

Mas muita gente retorquiria que a estupefação do outro resulta de uma certa ingenuidade — que sempre se procedeu a mudança de regimes de fora para dentro, a coberto dos direitos humanos e do combate à impunidade. E esta normalização do fenómeno em apreço é, de veras, preocupante.

Como ler a tópica argumental desembrulhada, sucessivamente, pela administração estadunidense para sustentar a sua pretendida operação contra o Iraque, por forma a depor o Presidente Saddam Hussein e substituí-lo por um outro personagem¹⁰?

⁹ Posturas e ações que virão a ser invocadas pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros britânico John Cook, para sustentar a sua decisão de se demitir do cargo. Dirá, então, Cook (numa aberta crítica ao processo argumentativo utilizado para legitimar a invasão ao Iraque pelas forças lideradas pelos EUA e pelo Reino Unido) que o trabalho dos serviços secretos foi usado, não para ajudar a construir uma decisão, mas para justificar uma decisão já tomada.

¹⁰ Na perspetiva do enquadramento da «operação liberdade iraquiana» não já na ideia da legítima defesa preventiva (da Administração estadunidense), nem na da autorização implícita do Conselho de Segurança da ONU (dos britânicos), mas sim no direito à intervenção humanitária unilateral, secundariamente invocado para dar cobertura à operação (reforçado pelo argumento da *necessidade política* — «já que os Estados liberais não devem esperar serem atingidos para tomar medidas contra agressores contumazes e tão pouco tolerar regimes tirânicos que oprimem o seu próprio povo»), v. Delgado, J. M. P., «Base Política e Jurídica da ‘Operação Liberdade Iraquiana’ e a Necessidade de Autopreservação do Estado Liberal», *Nação e Defesa*, 2.ª série, n.º 108 (2004) (pp. 207-235).

Em geral, sobre esta temática e questões próximas ver uma obra fundamental: Lopes, J. A. A., *Entre Solidão e Intervencionismo: Direito de Autodeterminação dos Povos e Reações de Estados Terceiros*, Porto: Publicações da Universidade Católica, 2003, pp. 1049-1051, 1065-1070. Aí, o autor aborda a legítima defesa preemptiva, quanto à invasão do Iraque. E confrontado com o alargamento do âmbito da legítima defesa a que as crises bélicas e de segurança do início do milénio deram cobertura, propugna a observância de «pressupostos mínimos» como a proporcionalidade (não devendo ser a resposta excessivamente desproporcional), a adequação (aos objetivos estritos da legítima defesa), o carácter

Eis a ementa utilizada: eixo do mal (em conjunto com o Irão e a Coreia do Norte); fomentador do terrorismo internacional; desrespeito pelos direitos humanos; opressão do próprio povo iraquiano; antidemocraticidade do regime; prevenção relativamente à perspetiva de o Iraque vir a desenvolver armamento biológico e atómico; etc..

A par dessa construção doutrinária, a hiperpotência foi inspirando e moldando tribunais penais internacionais como o de Ruanda e da antiga Jugoslávia.

A nobreza dos objetivos é tocante: dizer não à impunidade, relativamente a crimes contra os direitos humanos, contra a Humanidade, entre outras modalidades.

Graças à referida iniciativa, um ex-presidente (Slobodan Milošević) foi detido e enviado para A Haia, envolto o processo numa inusitada parangona mediática; graças à referida iniciativa, supostos autores do genocídio ruandês de Tutsis e Hutus moderados experimentaram a incomodidade do banco dos réus.

2. Relação entre os EUA e o TPI

Mas, incoerência (?) das incoerências, o líder mundial disse um sonoro não ao Tribunal Penal Internacional. Ou, por outra, viabilizaria o TPI se, e só se, se procedesse à redução da clientela potencial do respetivo banco dos réus: todos os outros podiam ser clientes, à exceção, nomeadamente, de políticos, diplomatas e militares norte-americanos.

Após estarem na linha da frente da promoção do projeto TPI, os norte-americanos votaram contra o ER (na presidência Clinton), assinaram-no depois, a 31 de dezembro de 2000 (só, parece, para garantirem o estatuto de observador), não tendo sido objeto de ratificação. Mais: a 7 de dezembro de

não interno do ataque terrorista e a comunicação imediata das medidas militares adotáveis ao Conselho de Segurança da ONU, no sentido de este assumir as suas responsabilidades em matéria de segurança e paz internacionais.

Contra a legítima defesa «intemporal», «preventiva» ou «preemptiva», ergue os seguintes argumentos: Não é aceitável «que um Estado possa recorrer à força em legítima defesa para eliminar uma ameaça terrorista necessariamente futura». Os critérios deveriam ser os seguintes: o dever internacional de combater o terrorismo caberia, em primeira linha, ao Estado «que, direta ou indiretamente, exerce a sua jurisdição sobre os agentes ou organizações terroristas».

«Se assim é, os Estados que não cumprirem esta obrigação apenas ficarão sujeitos a que contra si seja invocado o direito de legítima defesa se, pelo menos, outros ataques forem iminentes; ou seja praticamente inevitáveis e a ocorrer num lapso de tempo muito breve. Este *standard* só estará por isso cumprido se, adaptando a fórmula do célebre caso do Caroline, o ataque já tiver sido lançado de forma irrevogável, mesmo que ainda não concretizado.» No caso do ataque ao Iraque, este *standard* não foi atingido.

2001, apoiaram o disruptivo *American Servicemembers' Protection Act* (ASPA), que, nomeadamente, proíbe que qualquer instância norte-americana colabore com o TPI; estipula sanções como o término de apoios militares a países que não aceitem firmar acordos com os EUA, no sentido de impedir a detenção de cidadãos deste país, sem o consentimento da Administração norte-americana e permite aos EUA o uso da força para prevenir que qualquer dos seus cidadãos ou servidores sejam detidos pelo TPI e para resgatá-los, caso sejam detidos em A Haia¹¹.

Compreende-se assim como é que os EUA condicionaram alguns outros Estados a assinar consigo acordos bilaterais. Por isso, o carácter virtuoso de alguns engagements é de duvidar.

Na Administração de Bush dar-se-ia uma clara negação à hipótese de o país pertencer ao TPI, com o recurso a diversos instrumentos. Por um lado, procurou-se secar financeira e materialmente o TPI, por exemplo, com a *Hyde Amendment*, a *Craig Amendment* ou o *Foreign Relations Authorization Act*, de 2003.

¹¹ Por ocasião da desassinatura (autonulificação da assinatura) norte-americana do ER, o enviado especial da Administração Bush às Nações Unidas, John Bolton (Subsecretário de Estado para o Controlo do Armamento e Segurança Internacional) abriu o livro da franqueza (algo raro nestes palcos) diplomática, ao proclamar a perigosidade do ER/TPI e o *furtivo approach* desses mecanismos, no sentido de erodir o constitucionalismo norte-americano e *minar* a independência e flexibilidade de que carecem as forças armadas deste país para defender os seus interesses em todo o mundo [Bolton, J. R., «Unsign that Treaty», *Washington Post*, 4 de janeiro de 2001, p. A21, *apud*, Dukalskis, A., Johansen, R. C., «Measuring Acceptance of International Enforcement of Human Rights» (n. 6), p. 590].

Mais, revelou, noutra oportunidade, que o objetivo do seu Governo não é o de incrementar o TPI, mas sim de *murchá-lo e derrubá-lo* (torná-lo «*wither and collapse*»). Cf. Bolton, J. R., «No, No, No to International Criminal Court», *Human Events*, 21 de agosto de 1998, p. 1, *apud*, Dukalskis, A., Johansen, R. C., «Measuring Acceptance of International Enforcement of Human Rights» (n. 6), p. 590.

O governante enfatiza, noutra ocasião, a postura norte-americana dos 3 Nãos ao TPI: Não ao apoio financeiro; Não à colaboração; Não a qualquer negociação com outros Estados em ordem a incrementar o TPI (*America's posture toward the ICC should be «Three Noes»: no financial support, directly or indirectly; no cooperation; and no further negotiations with other governments to «improve» the ICC*) – Cf. Bolton, J. R., «The Risk and Weaknesses of the International Criminal Court from America's Perspective», *Law and Contemporary Problems*, vol. 64, n.º 1 (2001) (pp. 167-180), p. 180. Em 3 linhas, a estratégia de Washington tem sido: 1.ª Não *alinhar*, não embarcar no TPI; 2.ª Negociar bilateralmente com outros Estados acordos em cujos termos os cidadãos norte-americanos não seriam entregues pela contraparte ao TPI («Acordos do artigo 98.º») e 3.ª Envolver o Conselho de Segurança na criação de empecilhos à ação do TPI relativamente aos interesses dos EUA.

Esta estratégia seria conseguida através da Resolução 1422 (2002) CS, que isenta de investigação e perseguição criminais – para o prazo de 12 meses – de cidadãos de Estados não partes no ER atuando no âmbito de operações de manutenção de paz e de segurança desenvolvidas sob alçada da ONU. E também através da Resolução 1593 (2003) CS, que, relativamente ao Darfur, encaminha o caso ao TPI. Esta resolução introduz uma normaço segundo a qual os cidadãos de Estados não partes no ER estariam exclusivamente submetidos à jurisdição destes Estados.

Tal episódio poderia demonstrar que, afinal, a globalização judicial tem limites!

E por outro lado, insistiu-se no recurso ao já aqui referido ASPA — que vai para lá do mero fechamento da «torneira» financeira, consagrando a legitimidade do uso da força pelos EUA, com vista a libertar norte-americanos detidos pelo TPI. Todavia, e apesar de tudo — quando convinha — a Administração Bush ia tecendo nos interstícios uma aproximação utilitarista ao TPI. Veja-se o caso da viabilização de apoios a iniciativas internacionais tendentes a reconduzir à justiça alvos como os Presidentes Saddam Hussein e Slobodan Milošević, alguns estrangeiros acusados de crimes de guerra ou contra a humanidade, bin Laden, ou membros vários da Al-Qaeda e da Jihad islâmica.

Por seu turno, o Presidente Barack Obama tem ensaiado algumas aproximações (não essenciais) ao TPI, manifestadas, nomeadamente, nas seguintes facetas: A punição de Estados Partes do ER que se recusaram a assinar o acordo de imunidade com os EUA deixou de ser uma realidade efetiva; a recusa de participação nos encontros diplomáticos do TPI foi levantada, dando azo a que o país se apresentasse nesses a título de observador; foi deixada expirar a *Nethercutt Amendment*, nos termos da qual se proibia a afetação de recursos do *Economic Support Fund* a países signatários do ER que não assinassem com os Estados Unidos acordos BIA (*Bilateral Immunity Agreements* — firmados com 102 Estados) e, na dimensão discursiva foram incorporados, aqui e ali, alguns toques de simpatia em relação ao TPI.

Seja como for, este país continua, porém, a não ser parte do ER. Como se vê, nem o protelamento da competência *ratione temporis* do TPI (artigo 11.º do ER) evitou o desalinhamento dos EUA.

Ainda que os EUA venham, efetiva e consistentemente, a retratar-se e a integrar plenamente o projeto do TPI, a atitude da Administração Bush desfez um seriíssimo golpe no sonho jusinternacionalista da contemporaneidade¹².

¹² A respeito do Tribunal Penal Internacional, vide Costa, A., *Tribunal Penal Internacional: Para o Fim da Impunidade dos Poderosos*, Mem Martins: Editorial Inquérito, 2002. Por outro lado, uma incisiva reflexão em torno do problema, associado ao do terrorismo e direitos fundamentais, bem como ao delineamento do princípio da liberdade, pode-se ler em Miranda, J., «Os direitos fundamentais e o terrorismo: Os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para outro», *Separata da RFDUL*, vol. XLIV, n.ºs 1 e 2 (2003) (pp. 649-662).

Preocupam o Professor «notícias ou sugestões» como as que apontam para a adoção de medidas como detenções ou prisões por tempo ilimitado ou sem assistência de advogado, escutas telefónicas ou buscas sem autorização judicial, discriminações baseadas na raça, nacionalidade ou religião, expulsões ou extradições à margem das garantias processuais, tribunais de exceção, policiamento pelas Forças Armadas, em substituição das forças policiais. Contra este estado de coisas, avisa que «[a] segurança é o ambiente do Direito, mas nunca pode prevalecer sobre o próprio Direito».

Sobre as reticências dos Estados Unidos, a propósito do TPI (país que até avançara, no Congresso, com uma iniciativa legislativa de «proteção aos militares norte-americanos no estrangeiro», nos termos da qual seriam sancionados os Estados que ratificassem o ER de 1998, que cria o Tribunal Penal Internacional), Jorge Miranda parece extrair, nomeadamente, do 11 de Setembro, as seguintes ilações: «sem a cooperação internacional nada

Desnudou uma verdade trágica que quase todo o mundo teimava em não querer confessar ter visto — à força de querer singularizar a nova época: quem tem feito e desfeito o Direito (desde logo, o Internacional) é quem pode mais. Uma mensagem perigosa, mas, de todo em todo, realista.

Parece elucidativa a atitude tomada pela União Europeia em 2002, perante a postura norte-americana: abre a(s) janela(s) para que os Estados Membros, cada Estado Membro, celebre, se quiser, acordos bilaterais com os EUA que salvaguardem a intocabilidade, nessa matéria, dos cidadãos norte-americanos. Todavia, não compreendo esta posição. Tal como não compreendo (ou, aliás, compreendo) que outras grandes potências (atuais ou potenciais) nem sequer queiram ouvir falar do TPI. Falo da China¹³, da Rússia¹⁴, da Índia¹⁵. Duas delas com poderes colossais no Conselho de Segurança das Nações Unidas, órgão determinante, muitas vezes, quanto à funcionalidade do TPI. As três com potencial enorme de suporte financeiro ao TPI, que dele se vê assim arredado. Como é que se compreende que esses Estados, que deviam estar na vanguarda

é possível de sólido e duradouro»; «nenhum poder militar é suficiente para prevenir um terrorismo globalizado num mundo globalizado como o de hoje»; «a justiça não pode equivaler a retaliação ou a justiça de vencedores, mas sim a justiça, ‘segundo o devido processo jurídico’, tal como se pretende que o Tribunal Penal Internacional venha a realizar.»

Um sublinhado mais forte: «O terrorismo globalizado não diz respeito somente a este ou àquele Estado, por mais poderoso ou — simultaneamente — mais vulnerável que seja. Diz respeito a toda a comunidade internacional; é ela que também é ofendida. Por isso, só pode ser vencido a partir de instrumentos jurídicos desta mesma comunidade internacional. Por isso, só pode ser vencido sem transigências com qualquer desrespeito ou degradação dos direitos fundamentais.»

Uma tentativa de libertação do beco de saída difícil (da antagonização do TPI) a que se confinaram os EUA, pode ser entrevista, já no consulado Obama, com esta frase da Secretária de Estado Hillary Clinton: «we will end hostility towards the ICC, and look for opportunities to encourage effective ICC action in ways to promote US interests by bringing war criminals to justice» [apud Dukalskis, A., Johansen, R. C., «Measuring Acceptance of International Enforcement of Human Rights» (n. 6), p. 593].

¹³ Cf., quanto à perspectiva chinesa, Jianping, L., Zhixiang, W., «China's Attitude Towards the ICC», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n.º 3 (julho de 2005) (pp. 608-620) (consultável em <http://jicj.oxfordjournals.org/content/3/3/608.abstract>, consultado pela última vez em 6 de março de 2015). Apontam os autores (sem se coíberem de recomendar à China uma maior abertura face ao TPI no futuro) cinco fundamentos da posição da República Popular da China contra o TPI: 1) a jurisdição do TPI não se baseia no princípio da aceitação voluntária; 2) os crimes cometidos em conflitos armados internos caem na alçada do TPI; 3) os crimes contra a humanidade são proibidos também em tempo de paz; 4) a inserção do crime de agressão na jurisdição do TPI debilita o poder do Conselho de Segurança das Nações Unidas e 5) o poder próprio motu do Procurador do TPI pode abrir o TPI a influências políticas.

¹⁴ A Rússia assinou o ER, conquanto não seja Estado Parte.

¹⁵ Cf. Ramanathan, U., «India and the ICC», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n.º 3 (julho de 2005) (pp. 627-634). Preocupa a Índia, designadamente: a imiscuição do Tribunal nos assuntos internos dos Estados, mesmo que em situações de conflitos internos; a politização do TPI; o poder de iniciativa de investigação *ex officio* do Procurador do TPI.

de um projeto tão interessante do ponto de vista ético como este, se furtem ao TPI?

Ora, reduzir o Direito Internacional a um Direito Internacional dos Pequeninos, das conveniências circunstanciais, encolher o TPI à dimensão de um Tribunal Penal Internacional dos Pequeninos é fulminar no ovo um feto que já se tinha por gigante.

Conclusão: a síndrome paradoxal de Nuremberga e outros sinais

Num contexto, querido por muitos, de judicialização transnacional, não parece lúcido esquecer-se do reduto persistente da soberania ainda hoje (conquanto longe de Bodin — com a sua soberania como *la puissance absolue et perpétuelle d'une République* — e de Sieyès — com o seu poder constituinte inicial, autónomo e onipotente). Tudo longe disso, mas a soberania ainda é um valor a considerar. Quem isso desprezar está a construir castelos no ar.

A multipolaridade dali resultante pode conjugar-se, autopoieticamente, com a dimensão universalizante que o impulso da judicialização transnacional exprime. Falo da autorreferencialidade no ir-e-vir da fundamentação entre esses dois momentos, que um dado a valorizar.

A «ajuda» do Pai das Liberdades e do Mundo Democrático (EUA) traduziu-se no seguinte: com a sua rejeição do ER e, mais concretamente, do TPI, facilitou a tarefa aos que já nada queriam com o TPI: «Tchuba tchubi i odja kaminhu lalu»¹⁶.

Alguns juízes, acusadores e executores no processo de Nuremberga (Rússia e Estados Unidos da América) renegam Nuremberga, ao renegarem o ER de 17 de junho de 1998 e o TPI daí resultante (como universalização, estabilização, consolidação e aprofundamento da experiência *ad hoc* de Nuremberga). Renegam Nuremberga e os postulados humanistas (dignidade absoluta, universal e intemporal da pessoa humana), ao reduzirem, objetivamente, o TPI a um Tribunal Penal dos Pequeninos (TPP).

Há que trabalhar na maior eficiência do TPI. Num desempenho mais eficaz e eficiente do TPI. Basta lermos as estatísticas, para vermos que há muito a fazer ainda quanto ao vetor eficiência desse Tribunal Penal.

Evitar orientações processuais e substanciais politicamente motivadas é o trilho que se mostra mais adequado. Tais orientações são tentações que descortinamos a olho nu, mas esse é o caminho da derrocada do TPI, da descredibilização do TPI.

Por fim, com tudo o que fica dito, é urgente apostar na credibilização do TPI!

¹⁶ No crioulo da Guiné: «Quando choveu, o caminho já estava escorregadio.»



MÓDULO II: CASOS E TRIAGEM PELO TPI – ENFOQUE EM ÁFRICA



MÓDULO II: CASOS E TRIAGEM PELO TPI – ENFOQUE EM ÁFRICA

Tribunal Penal Africano ou Tribunal Penal Internacional?*

KAI AMBOS*

Sumário:

Introdução;

I. O TPI é um tribunal (também) africano!;

II. Não existe apenas uma posição, por parte de África, em relação ao TPI;

III. Razões jurídicas e políticas para o foco do TPI em África;

IV. Futuro alargamento do âmbito geográfico do TPI;

Conclusão: soluções africanas para problemas africanos?

Introdução

Até à data, todos os inquéritos abertos pelo Tribunal Penal Internacional (TPI), nos termos dos n.ºs 3 e 4 do artigo 15.º e n.º 1 do artigo 53.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (ETPI¹), envolveram países africanos. Foram nomeadamente os casos da República Democrática do Congo (RDC), da República Centro-Africana (RCA), do Uganda, do Sudão, do Quênia, da Líbia, da Costa do Marfim e do Mali². Para além disso, as duas primeiras decisões de condenação proferidas pelo TPI, assim como a primeira de absolvição,

* Trad. do original alemão «Afrikanischer oder Internationaler Strafgerichtshof?» por André Hölzer e revisão por Alexandra Fonseca. Texto atualizado a 9 de março de 2015 pelo autor.

* Professor catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Comparado e Direito Penal Internacional na Universidade Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha); juiz do Tribunal Superior de Braunschweig (*Oberlandesgericht*) e diretor do Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-Americano (CEDPAL). O autor agradece à sua assistente e doutoranda Sabine Klein o apoio valioso que lhe deu na preparação deste artigo. Agradece ainda aos Dr. Phil Clark (London/Oxford) e Dr. Gerhard Anders (Zurique/Edinburgh) as pertinentes sugestões. Por fim, mas não menos importante, agradece ao seu assistente Christopher Penkuhn o apoio prestado na tradução do inglês e atualização do texto (em 20 de agosto de 2014).

¹ Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, adotado em Roma em 17 de julho de 1998 pela Conferência Diplomática 2187 UNTS 90, tendo entrado em vigor a 1 de julho de 2002.

² Cf. ICC, *Situations and Cases*, disponível online em http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

disseram respeito a cidadãos africanos³. Esta situação valeu ao TPI a crítica de se ter tornado num «Tribunal Penal Africano»⁴. Não obstante e até há poucos anos, a União Africana (UA) sempre apoiou e sem reservas o TPI, designadamente através do apelo, lançado no âmbito do Plano Estratégico da Comissão para 2004-2007, à ratificação universal do Estatuto de Roma⁵. No entanto, a situação mudou radicalmente quando foi emitido o mandado de detenção⁶ do presidente sudanês Omar al-Bashir⁷. A partir daí, vários têm sido os apelos, por

³ Cf. para o primeiro: ICC, *Lubanga Dyilo*, 01/04-01/06, *Trial Chamber I, Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, 14 March 2012; para o último: ICC, *Ngudjolo Chui*, 01/04-02/12 *Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, 18 December 2012, e também: ICC, *Katanga*, 01/04-01/07, *Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, 7 March 2014.

⁴ Para uma visão global do debate, v. Kimani, M., «Pursuit of justice or Western plot?», *Africa Renewal*, vol. 23, n.º 3 (2009), pp. 12-15, e Plessis, M. du, *The International Criminal Court that Africa wants*, Pretoria: Institute for Security Studies, 2010, que apontam seis argumentos de base para a discussão (começando em p. VI), explicitando-os de seguida (a partir da p. 13). De entre os muitos relatos jornalísticos, cita-se, a título de exemplo: «ICC vs. Africa – The scales of Injustice», *New African Magazine*, n.º 515 (2012), pp. 8 e segs., disponível online em <http://www.newafricanmagazine.com/issues/march-2012> (última consulta a 21 de fevereiro de 2015).

⁵ Cf. AU, *Strategic Plan of the Commission of the African Union, Volume 3: 2004-2007 Plan of Action, May 2004*, p. 65.

⁶ O primeiro mandado de detenção por crimes de guerra e por crimes contra a Humanidade foi emitido pelo juízo de instrução: ICC, *al Bashir*, 02/05-01/09, *Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad al Bashir*, 4 March 2009. Na sequência da anulação parcial da decisão pelo juízo de recursos (ICC, *al Bashir*, 02/05-01/09-OA, *Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the «Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad al Bashir»*, 3 February 2010), foi emitido um segundo mandado de detenção por crime de genocídio: ICC, *al Bashir*, 02/05-01/09, *Pre-Trial Chamber I, Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad al Bashir*, 12 July 2010. As investigações do TPI no Sudão não se limitaram ao caso al-Bashir. Existem outras em curso: em 2007, o juízo de instrução do TPI emitiu dois mandados de detenção em nome de (antigos) altos dirigentes do Sudão: ICC, *Harun and Kushayb*, 02/05-01/07, *Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Ahmad Harun*, 27 April 2007; ICC, *Harun and Kushayb*, 02/05-01/07, *Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Ali Kushayb*, 27 April 2007 e um outro mandado de detenção, em 2012, em nome do Ministro da Defesa: ICC, *Hussein*, 02/05-01/12, *Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Abdel Raheern Muhammad Hussein*, 1 March 2012. À data da redação deste texto, todos os indiciados se encontravam em fuga. Confirmaram-se, porém, as acusações de genocídio: ICC, *Banda and Jerbo*, 02/05-03/09, *Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges*, 7 March 2011. Neste caso, ambos os indiciados compareceram voluntariamente perante o tribunal, encontrando-se a aguardar julgamento.

⁷ De acordo com a Reuters, diplomatas africanos afirmaram que «Bashir está a dividir-nos» e que «aquelas duas fações geraram um enorme conflito entre os delegados», cf. Malone, B., «African nations divided over Bashir genocide charge», *Reuters* (25 de julho de 2010), disponível online em <http://uk.reuters.com/article/2010/07/25/uk-africa-bashir-idUKTRE66O1NR20100725> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). V. mais recentemente Mills, K., «'Bashir is Dividing Us': Africa and the International Court», *Human Rights Quarterly*, vol. 34 (2012), pp. 404-447 (que identifica quatro áreas de conflito, a saber: direitos humanos v. soberania; direitos humanos v. pan-africanismo; geopolítica global v. geopolítica regional; paz v. justiça).

parte da UA, junto do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU), para que se suspenda o processo ao abrigo do artigo 16.^º ETPI⁸.

Em março de 2009 criou-se um «Painel de Alto Nível da UA para o Darfur» (AUPD)⁹, com vista a «analisar os problemas da paz, justiça, responsabilidade, impunidade e reconciliação no Darfur»¹⁰. Com a emissão do relatório final, o AUPD defendeu, entre outras, a criação de um tribunal misto para os crimes graves cometidos no Darfur, e manifestou o desejo de que um tribunal desta natureza pudesse vir a influenciar as decisões do TPI, com base no princípio da complementaridade¹¹. Do relatório do AUPD não resultaram recomendações

⁸ V., por último, AU Assembly, *Decision on the Implementation of the Decisions on the International Criminal Court, 15-16 July 2012, Assembly/AU/Dec. 419 (XIX), § 4* (requerido ao CSNU o adiamento dos processos instaurados contra al-Bashir atendendo à situação no Quênia); AU Assembly, *Decision on the Progress Report of the Commission on the Implementation of the Assembly Decisions on the International Criminal Court, 29-30 January 2012, Assembly/AU/Dec. 397 (XVIII), §§ 3 e segs.*; anteriormente, a título de exemplo: AU Assembly, *Decision on the Implementation of the Decisions of the International Criminal Court, 30-31 January 2011, Assembly/AU/Dec. 334 (XVI), § 3*. Veja-se uma análise mais abrangente em Akande, D., Plessis, M. du & Jalloh, C. C., *An African expert study on the African Union concerns about article 16 of the Rome Statute of the ICC*, Pretoria: Institute for Security Studies, 2010, pp. 7-24; Oette, L., «Peace and Justice, or Neither? The Repercussions of the Al Bashir Case for International Criminal Justice in Africa and Beyond», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, n.º 2, 2010 (pp. 345-364), p. 350; Cryer, R., «The Security Council, Article 16 and Darfur», in: The Foundation for Law, Justice and Society in collaboration with The Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford (org.), *Oxford Transitional Justice Research: Debating International Justice in Africa, OTJR Collected Essays, 2008-2010*, Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society, 2010, pp. 80-82, «a considerar 'legítima' mas 'imprudente' uma decisão do Conselho de Segurança de adiamento, relativamente à situação no Sudão»; Jalloh, C. C., «Universal Jurisdiction, Universal Prescription? A Preliminary Assessment of the African Union Perspective on Universal Jurisdiction», *Criminal Law Forum*, vol. 21, n.º 1 (2010) (pp. 1-65), pp. 57 e segs., a criticar a omissão do CSNU.

⁹ Na sequência da resolução do Conselho de Paz e Segurança da União Africana, na sua 142.^a reunião, realizada a nível ministerial, em 21 de julho de 2008, e posteriormente confirmado pela resolução da 12.^a sessão ordinária da Assembleia da UA, realizada de 1 a 3 de fevereiro de 2009. O AUPD iniciou os trabalhos em março de 2009 e cessou a sua atividade em setembro desse ano; cf. AU, «Report of the African Union High-Level Penal on Darfur (AUPD)», 29 October 2009, PSC/AHG/2 (CCVII), pp. IV-XIII.

¹⁰ Cf. AU (n. 9), p. XIII.

¹¹ O relatório do AUPD aborda a complexa situação no Darfur sob várias perspetivas. Considera os instrumentos existentes, no que toca às questões de justiça e impunidade – e particularmente em processos penais –, ineficientes e inescrutáveis [AU (n. 9), pp. 54 e segs., 87] e recomenda, por isso, a adoção de procedimentos, a nível nacional, contra os crimes cometidos no Darfur (op. cit., 86), bem como a criação de um tribunal misto com jurisdição sobre «os indivíduos com maior responsabilidade na prática de crimes mais graves» (op. cit., pp. 86 e segs.). O AUPD é bastante vago em relação ao TPI, assinalando as suas limitadas capacidades a par da «importância vital em reforçar os sistemas jurídicos nacionais». Aponta ainda a obrigação de o TPI, com base no princípio da complementaridade, «ter em consideração o facto de um Estado haver tomado, ou estar em vias de tomar, medidas eficazes de justiça, contra crimes relevantes» (op. cit., p. 91). De acordo com Fatou Bensouda, na altura ainda Vice-Procuradora do TPI, o presidente do AUPD, igualmente

para o caso al-Bashir, pese embora a Assembleia Geral da UA tenha manifestado, de forma clara, a sua solidariedade para com al-Bashir ao afirmar que¹²: «os Estados Membros não devem, ao abrigo do artigo 98.º do TPI relativo a imunidades, prestar qualquer colaboração na detenção e entrega do Presidente do Sudão, Omar al-Bashir»¹³.

Quando o TPI emitiu um outro mandado de detenção, desta vez em nome do então líder líbio Muammar al-Gaddafi¹⁴, entretanto já falecido¹⁵, a UA adotou uma posição semelhante ao instar os Estados Membros a não colaborarem com o TPI¹⁶.

Presidente da África do Sul, T. Mbeki, falava, no entanto, de um «entendimento perfeito entre o painel e o TPI», cf. Ankumah, E., «Is Africa a Participant or Target of International Justice? – An Interview with Fatou Bensouda», *Africa Legal Aid Quarterly*, vol. 2010, n.º 1 (2010), p. 3.

¹² As resoluções da Assembleia da UA – enquanto «órgão supremo da União» [Organization of African Unity, *Constitutive Act of the African Union*, assinado em Lomé, Togo, em 1 de julho de 2000, que entrou em vigor a 26 de maio de 2001, disponível online em http://www.au.int/en/sites/default/files/Constitutive_Act_en_0.htm (última consulta em 21 de fevereiro de 2015), n.º 2 do artigo 6.º; cf. também artigos 7.º e 9.º] – são, de facto, vinculativas, pese embora não haja regulamentação explícita quanto às disposições relevantes: o seu caráter impositivo decorre do artigo 23.º da Ata Constitutiva da União Africana, que estabelece sanções no caso de um Estado Membro «não agir em conformidade com as decisões e as políticas da União» (n.º 2) e da própria resolução. Cf. também Plessis, M. du & Gevers, C., «The Obligation of African Union States to Implement ICC Arrest Warrants», *European Journal of International Law: Talk!*, 4 de fevereiro de 2011, disponível online em <http://www.ejiltalk.org/the-obligation-of-african-union-states-to-implement-icc-arrest-warrants/> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

¹³ AU Assembly, *Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court*, 3 July 2009, Assembly/AU/Dec. 245 (XIII), § 10; confirmado pela Assembleia da UA, por ex., AU Assembly, *Decision on the Progress Report of the Commission on the Implementation of Decision Assembly/AU/Dec. 270 (XIV) on the Second Ministerial Meeting on the Rome Statute of the ICC*, 27 July 2010, Assembly/AU/Dec. 296 (xv), § 5; ainda, AU Assembly *Decision on the Progress Report of the Commission* (n. 8, 29-30 de janeiro de 2012), § 8 (nesta resolução, a assembleia manifestou ainda – § 9 – a sua «preocupação quanto à atitude do Procurador-Geral do TPI, Sr. Moreno Ocampo, que tem vindo a fazer afirmações altamente inaceitáveis, rudes e condescendentes, em relação ao caso do presidente do Sudão Omar Hassan El-Bashir e a outras situações em África»), e, finalmente, AU Assembly (n. 8, 15-16 July 2012), § 8.

¹⁴ Cf. ICC, *Situation in the Libyan Arab Jamahiriya, 01/11, Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi*, 27 June 2011.

¹⁵ O processo contra Gaddafi foi encerrado pelo juízo de instrução do TPI em 22 de novembro de 2011, na sequência da sua morte em 20 de outubro de 2011 (cf. ICC, *Muammar Gaddafi, Al-Islam Gaddafi and Al-Senussi, 01/11-01/11, Pre-Trial Chamber I, Decision to Terminate the Case Against Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi*, 22 November 2011).

¹⁶ Cf. AU Assembly, *Decision on the Implementation of the Assembly Decisions on the International Criminal Court*, 1 July 2011, Assembly/AU/Dec. 366 (XVII), § 6. A este respeito, cf. Lubbe, H. J., «The African Union's decisions on the indictments of Al-Bashir and Gaddafi and their implications for the implementation of the Rome Statute by African States», in: K. Ambos & O. A. Maunganidze (org.), *Power and Prosecution: Challenges and Opportunities for International Criminal Justice in Sub-Saharan Africa*, Göttingen: Universitätsverlag, 2012 (pp. 179-199), pp 194 e segs., disponível online em <http://webdoc.sub>

A UA propôs ainda que o poder do CSNU de decretar a suspensão nos termos do artigo 16.^o do ETPI fosse remetido para a Assembleia Geral, caso tal suspensão não fosse decretada num prazo máximo de seis meses. No entanto, a Assembleia dos Estados Partes não aceitou esta proposta¹⁷.

Importa, a este respeito, salientar as circunstâncias que rodearam o processo judicial queniano¹⁸ Na sequência da notificação de seis suspeitos, em de-

gwdg.de/univerlag/2012/GSK24_ambos_power.pdf (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). A propósito da importância de Gaddafi no relacionamento entre o TPI e a África/UA, cf. Mills, K., «Bashir is Dividing Us» (n. 7), pp. 446 e segs., segundo o qual a morte de Gaddafi afastou «uma causa extremamente importante da deterioração das relações entre a África e o TPI».

¹⁷ O assunto foi sumariamente discutido na 9.^a Assembleia dos Estados Partes, tendo-se criado um grupo de trabalho para esta proposta de alteração dos Estatutos, cf. Akande, D., «ICC Assembly of States Parties Discusses Possible Amendments to ICC Statute», *European Journal of International Law: Talk!*, 18 de dezembro de 2010, disponível online em <http://www.ejiltalk.org/icc-assembly-of-states-parties-discusses-possible-amendments-to-icc-statute/> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Veja-se a discussão da proposta de alteração em Akande, D., Plessis, M. du & Jalloh, C. C., *An African expert study on the African Union* (n. 8), pp. 12 e segs.; AU Assembly, *Decision on the Implementation of the Decisions of the International Criminal Court* (n. 8, 30 e 31 de janeiro de 2011), §§ 7-8 (onde se solicitou aos Estados Membros da UA que apoiassem ativamente a proposta). Akande, D., «Addressing the African Union's Proposal to Allow the UN General Assembly to Defer ICC Prosecutions», *European Journal of International Law: Talk!* (30 de outubro de 2010), disponível online em <http://www.ejiltalk.org/addressing-the-african-unions-proposal-to-allow-the-un-general-assembly-to-defer-icc-prosecutions/> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015), justificou a proposta de alteração com uma «sensação, por parte de alguns Estados africanos, de que os assuntos africanos estavam a ser marginalizados, e que o Conselho de Segurança das Nações Unidas não estava a tomar os interesses africanos em devida consideração»; ICC, Assembly of States Parties, *Special segment as requested by the African Union: «Indictment of sitting Heads of State and Government and ist consequences on peace and stability and reconciliation»*, 20-28 November 2013, ICC-ASP/12/61, disponível online em http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP12/ICC-ASP-12-61-ENG.pdf (última consulta em 21 de fevereiro de 2015); cf. também Hellwig-Bötte, M., «Der Internationale Strafgerichtshof als Zankapfel politischer Interessen – Der Fall Kenia», *Stiftung Wissenschaft und Politik – Aktuell* 2013/A 73 (2013), p. 3; Nuspliger, N., «Konflikt zwischen Kenya und dem ICC – Ein Angeklagter stellt Bedingungen», *Neue Zürcher Zeitung* (29 de novembro de 2013), disponível online em <http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/ein-angeklagter-stellt-bedingungen-1.18194437> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). A propósito das alterações ao Regulamento Processual, cf. n. 42. A respeito da alegada moral dupla do Conselho de Segurança, v. Plessis, Max du, *The International Criminal Court* (n. 4), p. 67.

¹⁸ A propósito da «inglória 'queda em desgraça' do Quênia», veja-se Gevers, C., & Plessis, M. du, «Another Stormy Year for the International Criminal Court and its Work in Africa» (22 de abril de 2011), disponível online em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1870965 (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Da mesma forma, disse-se, em relação ao Quênia, que se havia tornado «no principal campo de batalha da constante 'luta pela alma do direito internacional'», cf. Plessis, M. du, Louw, A. & Maung-nidze, O., «African efforts to close the impunity gap: Lessons for complementarity from national and regional actions», *Institute for Security Studies Paper*, n.º 241 (2012), p. 2, referindo-se, por sua vez, a: Tladi, D., «The African Union and the International Criminal Court: The Battle for the Soul of International Law», *South African Yearbook of Interna-*

zembro de 2010, o parlamento queniano votou a saída do âmbito de jurisdição do TPI e o governo queniano, com o apoio da Assembleia Geral da UA¹⁹, apelou ao CSNU para que fosse suspenso o processo, ao abrigo do artigo 16.º do ETPI, por forma a viabilizar a ação penal a nível nacional²⁰. Posteriormente, o governo queniano impugnou a admissibilidade do caso por parte do TPI, pretensão que foi, no entanto, indeferida pelo juízo de instrução do TPI com o fundamento de que não haviam sido tomadas, nos tribunais quenianos²¹, quaisquer diligências concretas de ação penal, o que provava a falta de vontade de agir²².

Os acontecimentos subsequentes ocorridos na Líbia também causaram tensões. Após a morte de Muammar al-Gaddafi, o TPI abriu um inquérito contra o seu filho, Saif al-Islam Gaddafi, e contra o antigo chefe dos serviços de informação, Abdullah al-Senussi, e emitiu mandados de detenção em nome de ambos²³. Os dois suspeitos encontram-se, porém, às mãos das auto-

tional Law, vol. 34 (2009) (pp. 57-69), p. 57. Sobre as razões das dificuldades de aplicação do Direito Nacional e Internacional, vide: Brown, S. & Sriram, C. L., «The big fish won't fry themselves: Criminal accountability for post election violence in Kenya», *African Affairs*, vol. 111 (2012), pp. 244-260.

¹⁹ Cf. AU Assembly, *Decision on the Implementation of the Decisions of the International Criminal Court* (n. 8, 30 e 31 de janeiro de 2011), § 6.

²⁰ V. resumo destes desenvolvimentos na declaração da *African Civil Society Organizations and International Organizations with a Presence in Africa*, «Kenya: Civil Society Organizations Call for Support for the International Criminal Court» (25 de janeiro de 2011), disponível online em <http://www.hrw.org/en/news/2011/01/25/kenya-civil-society-organizations-call-support-international-criminal-court> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

²¹ Cf. ICC, *Muthaura, Kenyatta and Ali*, 01/09-02/11, *Pre-Trial Chamber II, Decision on the Application of the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute*, 30 May 2011, §§ 49-65. Veja-se decisão semelhante em ICC, *Ruto, Kosgey and Sang*, 01/09-01/11, *Pre-Trial Chamber II, Decision on the Application of the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute*, 30 May 2011. Ambas as decisões foram confirmadas pelo juízo de recursos do TPI, cf. ICC, *Muthaura, Kenyatta and Ali*, 01/09-02/11 OA, *Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of the Republic of Kenya against the Decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled «Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute»*, 30 August 2011 e, ainda, ICC, *Ruto, Kosgey and Sang*, 01/09-01/11 OA, *Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of the Republic of Kenya against the Decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled «Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute»*, 30 August 2011.

²² Cf. ICC, *Muthaura, Kenyatta and Ali*, 30 May 2011 (n. 21), § 66. Em sentido contrário à crítica que é oficialmente feita ao TPI, vozes independentes têm sublinhado os efeitos crescentes da ação do TPI no processo da justiça de transição no Quênia, cf. Asaala, E. O., «The International Criminal Court Factor on Transitional Justice in Kenya», in: K. Ambos & O. A. Maunganidze (org.), *Power and Prosecution* (n. 16), pp. 119-143.

²³ Cf. ICC, *Situation in the Libyan Arab Jamahiriya* (n. 14); ICC, *Situation in the Libyan Arab Jamahiriya*, 01/11, *Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Abdullah Al-Senussi*, 27 June 2011.

ridades líbias²⁴, que se recusam a entregá-los ao TPI. Quatro funcionários do Gabinete de Defensores Públicos do TPI foram detidos pelas autoridades líbias quando se deslocavam para um encontro com Saif al-Islam Gaddafi²⁵. O juízo de instrução competente indeferiu a impugnação da admissibilidade do caso Saif²⁶, tendo, no entanto, considerado fundamentada a impugnação no caso al-Senussi, confirmando, assim, a sua não admissibilidade²⁷.

A ação do TPI nos casos al-Bashir e noutros mereceu também críticas vindas de outras partes. O presidente ruandês Paul Kagame afirmou «que o TPI foi instituído apenas para os países africanos, apenas para países pobres... O Ruanda não pode fazer parte deste colonialismo, desta escravidão e deste imperialismo»²⁸. O governo ruandês mudou, contudo, de discurso com a detenção, em Paris e em outubro de 2010, de Callixte Mbarushimana,

²⁴ Cf. al Jazeera, «Saif al-Islam Gaddafi arrested in Libya» (19 de novembro de 2011), disponível online em <http://www.aljazeera.com/news/middleeast/2011/11/20111119111936535209.html> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Al-Senussi foi detido na Mauritânia, mas foi extraditado para a Líbia, onde permanece preso, cf. «Gaddafi spy chief Abdullah al-Senussi held in Mauritania», *BBC News* (17 de março de 2012), disponível online em www.bbc.co.uk/news/world-africa-17413626 (última consulta em 21 de fevereiro de 2015); «Mauritania deports Libya spy chief Abdullah al-Senussi», *BBC News* (5 de setembro de 2012), disponível online em <http://www.bbc.com/news/world-africa-19487228> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

²⁵ Cf. Borger, J., «Crisis deepens over Legal Team detained in Libya», *The Guardian* (13 de junho de 2012), disponível online em <http://www.theguardian.com/law/2012/jun/13/legal-team-libya-four-officials> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015); v., mais aprofundadamente, ICC, *Saif Gaddafi and Al-Senussi*, 01/11-01/11, *Pre-Trial Chamber I, Defence Response to the «Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute»*, 31 July 2012, §§ 11 e segs.

²⁶ Cf. ICC, *Saif Gaddafi and Al-Senussi*, 01/11-01/11, *Pre-Trial Chamber I, «Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi»*, 31 May 2013. V. também «International Criminal Court prosecutor calls on Libyan authorities to ensure no impunity», *UN News Center* (7 de novembro de 2012), disponível online em <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=43435#.VOi2evmsWT8> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Veja-se também Stahn, C., «Libya, the International Criminal Court and Complementarity: A Test for Shared Responsibility», *Journal for International Criminal Justice*, vol. 10, n.º 2 (2012), pp. 325-349.

²⁷ Cf. ICC, *Saif Gaddafi and Al-Senussi*, 01/11-01/11, *Pre-Trial Chamber I, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi*, 11 October 2013; ICC, *Saif Gaddafi and Al-Senussi*, 01/11-01/11 OA 6, *Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr. Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled «Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi»*, 24 July 2014.

²⁸ Cf., a título de exemplo da crítica, Mhango, N., «No Kagame! ICC not a Tool for Colonialism and Imperialism», *The African executive* (de 13 a 20 de agosto de 2008), disponível online em <http://www.africanexecutive.com/modules/magazine/articles.php?article=3430> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Numa entrevista de setembro de 2009, Kagame comentou ainda: «Agora, quando leio que o TPI é usado como um bastão para pôr as pessoas na linha, enfim, no mundo de onde eu venho, seria de evitar, porque pode ser contraproducente», cf. Wakabi, M. & Zaidi, A., «Learn or borrow, but you must own the process», *The East African* (14 de setembro de 2009), <http://www.theeastafrican.co.ke/news/-/2558/657182/-/item/3/-/dn1yqe/-/index.html> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Até à data, o Ruanda não ratificou o Estatuto de Roma. V. a este respeito Garuka, C.

secretário-geral das «Forças Democráticas da Libertação do Ruanda» (FDLR), na sequência da emissão de um mandado de detenção por parte do TPI²⁹. O então Chefe de Estado líbio Gaddafi, durante o seu mandato como Presidente da UA, manifestou-se em igual sentido, ao afirmar que o mandado de detenção do Presidente al-Bashir se devia à política neocolonialista do Ocidente³⁰. Obviamente que a sua opinião não mudou quando ele próprio foi indiciado pelo TPI³¹.

A crítica, senão mesmo hostilidade, não passou despercebida em A Haia e em algumas capitais africanas. Fatou Bensouda, atual Procuradora-Geral do TPI, referiu-se a «rumores» acerca de uma «separação africana»³² e alertou para a recente deterioração das relações entre o TPI e a UA³³. Vários Estados Partes africanos, como o Chade e o Quênia, não cumpriram com a sua obrigação de cooperar com o TPI³⁴ e não detiveram al-Bashir durante as suas visitas oficiais

N., «Rwanda and the ICC: a need for the ratification of the Rome Statute», in: K. Ambos & O. A. Maunganidze (org.), *Power and Prosecution* (n. 16), p. 57.

²⁹ Veja-se a tomada de posição do Ministro da Justiça Tharcisse Karugarama em, «Rwanda Offers Rare Praise to ICC Over Arrest of War Crimes Suspect», *Sudan Tribune* (11 de outubro de 2010), disponível online em <http://www.sudantribune.com/spip.php?article36556> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Kagame não se manifestou, no entanto, quanto à detenção de Callixte Mbarushimana nem quanto ao exercício da ação penal contra outros dois dirigentes das FDLR, que decorria em paralelo na Alemanha; a propósito desta, v. o mandado de detenção emitido pelo juiz de instrução do Supremo Tribunal Federal, em nome de Ignace Murwanashyaka, BGH, *Beschluss vom 17. Juni 2010, AK 3/10*, em parte reproduzido em *NStZ 2010*, p. 581. Contudo, as acusações contra Mbarushimana foram rejeitadas pelo juízo de instrução do TPI, cf. ICC, *Mbarushimana*, 01/04-01/10, *Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges*, 16 December 2011, § 149; confirmado por ICC, *Mbarushimana*, 01/04-01/10 OA 4, *Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 16 December 2011* intitulado *Decision on the confirmation of charges*, 30 May 2012.

³⁰ Cf. *BBC News*, «Sudan Leader in Qatar for Summit» (29 de março de 2009), disponível online em <http://news.bbc.co.uk/2/hi/7970892.stm> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

³¹ Veja-se a contestação da advogada de defesa de Gaddafi: Langa, T. B., «Libya: Legal Statement on International Criminal Court», disponível online em <http://www.mathaba.net/news/?x=627316> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). O processo contra Gaddafi foi encerrado na sequência da sua morte, cf. ICC, *Situation in the Libyan Arab Jamahiriya* (n. 14). A propósito do apoio a Gaddafi por parte da UA, v. n. 16 e texto principal.

³² Cf. Ankumah, E., «Is Africa a Participant or Target of International Justice?» (n. 11), p. 3.

³³ V. declaração de Fatou Bensouda em ICC, *OTP-NGO roundtable* (Haia, 19 e 20 de outubro de 2010).

³⁴ Cf. n. 104. A Assembleia da UA considerou depois que, ao receber o presidente sudanês, o Chade e o Quênia «estavam não só a cumprir com diversas Decisões da Assembleia da UA [...] como também a agir no sentido de garantir a paz e a estabilidade nas respetivas regiões», *AU Assembly, Decision on the Implementation of the Decisions of the International Criminal Court* (n. 8, 30 e 31 de janeiro de 2011), § 5. V. também Mwangi, M. & Mphemo, T., «Developments in International Criminal Justice in Africa during 2011», *African Human Rights Law Journal*, vol. 12, n.º 1 (2012) (pp. 254-282), pp. 273 e segs.

e de Estado³⁵. O embaixador do Chade, Ahmat Mahamat Bachir, manifestou a apreensão dos chefes de Estado africanos, ao afirmar que estes são «a favor do primado do Direito, tendo todos que pagar pelos seus erros e pelos crimes que cometeram, mas enquanto tal atingir seletivamente e apenas chefes de Estado africanos, não o deveremos aceitar»³⁶. Em julho de 2013, al-Bashir participou na cimeira especial da UA sobre VIH/sida, tuberculose e malária, que decorreu em Abuja, na Nigéria, sem que as autoridades nigerianas tivessem feito fosse o que fosse para o deter.

Numa atitude de afronta diplomática, a UA rejeitou a instalação de uma representação oficial do TPI em Adis Abeba, na Etiópia³⁷. Em vez disso, foi proposta a criação de uma secção penal para crimes graves de âmbito internacional no Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos³⁸, aproveitando o facto de aquela já se encontrar criada³⁹. Pouco antes da realização da sessão da Assembleia dos Estados Partes do TPI em A Haia (de 20 a 28 de novembro

³⁵ Cf. Associated Press, «Kenya Defends Failure to Arrest Sudan's President Omar Al-Bashir in Nairobi», *The Guardian* (29 de agosto de 2011), disponível online em <http://www.theguardian.com/world/2010/aug/29/kenya-omar-al-bashir-arrest-failure> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015); Rice, X., «Chad Refuses to Arrest Omar Al-Bashir on Genocide Charges», *The Guardian* (22 de julho de 2010), disponível online em <http://www.theguardian.com/world/2010/jul/22/chad-refuses-arrest-omar-al-bashir> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Registaram-se, ainda, visitas a outros países, nomeadamente Egito, Eritreia, Etiópia, Líbia, Mauritânia, Qatar, Arábia Saudita e Zimbabué, cf., «Sudan's Bashir Planned Visit to Mauritania Kept Under Tight Wraps», *Sudan Tribune* (19 de dezembro de 2009), disponível online em http://www.sudantribune.com/spip.php?page=imprimable&id_article=33510 (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Quanto ao Malawi, Djibuti, Chade e Quênia, a UA considerou que estavam a ser também aplicadas várias decisões da Assembleia da UA em matéria de não-cooperação com o TPI, quando receberam a visita do Presidente sudanês Bashir, cf. AU Assembly, *Decision on the Progress Report of the Commission* (n. 8, 29 e 30 de janeiro de 2012), § 7; de modo geral, a UA exortou os Estados Membros a darem prioridade ao cumprimento das suas obrigações perante a UA, cf. AU Assembly, *Decision on the Implementation of the Decisions on the International Criminal Court* (n. 8, 15 e 16 de julho de 2012), § 5.

³⁶ Cf. «Bashir Warrant: Chad Accuses ICC of Anti-African Bias», *BBC News* (22 de julho de 2010), <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-10723869> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

³⁷ Cf. ICC, Assembly of States Parties, «Report of the Court on the Establishment of an Office for the International Criminal Court at the African Union Headquarters in Addis Ababa», 4 November 2009, ICC-ASP/8/35, §§ 15 e 46, onde se refere que uma representação desta natureza seria desejável e viável, com vista a desenvolver e a manter uma colaboração estreita com a UA e a facilitar a divulgação de informação relativa ao TPI. V. também Ankumah, E., «Is Africa a Participant or Target of International Justice?» (n. 11), pp. 4 e segs.; Mills, K., «Bashir is Dividing Us» (n. 7), p. 432.

³⁸ Cf. mais adiante, n. 125, bem como Plessis, M. du, Louw, A. & Maunganidze, O., «African Efforts to close the Impunity Gap» (n. 18), p. 3.

³⁹ Cf. AU, *Meeting of Government Experts and Ministers of Justice/Attorneys, Draft Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, 7-11 and 14-15 May 2012, Exp/Min/IV/Rev.7, Art. 14, 28A-28N; AU Assembly, Decisions, Declarations and Resolution, 23rd Ordinary Session, 26-27 June 2014, Assembly/AU/8(XXIII); Cf. n. 125 e texto principal.*

de 2013), a UA organizou, por iniciativa de alguns países (nomeadamente o Quênia e o Sudão), uma cimeira extraordinária sobre o TPI que decorreu em Adis Abeba e que teve como objetivo coordenar a crítica «africana» ao TPI, tendo chegado a ameaçar com o abandono em bloco do Estatuto de Roma. No final, apenas acabou sendo votada uma resolução em que se pedia aos (demais) Estados Partes e ao próprio TPI que tomassem em consideração a condição específica dos chefes de Estado em exercício (ou seja, al-Bashir e Kenyatta), em caso de instauração de procedimento penal⁴⁰. Em consequência, a Assembleia dos Estados Partes aprovou uma alteração do Regulamento Processual, que visava ultrapassar, nestes casos, a obrigatoriedade de presença em audiência de julgamento⁴¹.

Apesar de só muito recentemente a imagem negativa que o TPI tem em algumas partes de África ter merecido a atenção da literatura da especialidade⁴²,

⁴⁰ Cf. AU Assembly, *Decision on Africa's Relationship with the International Criminal Court*, 12 October 2013, Ext/Assembly/AU/Dec. 1 (Oct. 2013): «10. (i) Para a salvaguarda da ordem constitucional, da estabilidade e da integridade dos Estados Membros, nenhuma acusação deverá ser feita ou mantida por qualquer tribunal internacional, contra qualquer Chefe de Estado ou de Governo que se encontre em funções ou contra alguém que atue ou esteja legitimado para atuar nessa qualidade, enquanto durar o respetivo mandato; (ii) os julgamentos do Presidente Uhuru Kenyatta e do Vice-Presidente William Samoei Ruto, que são os atuais chefes de Estado em funções na República do Quênia, deverão ser imediatamente suspensos até ao termo dos seus mandatos; [...] (vii) os Estados Africanos Parte do Estatuto de Roma do TPI, nomeadamente os membros da Mesa da Assembleia dos Estados Partes, deverão incluir na Agenda da próxima sessão da AEP a questão da acusação de um Chefe de Estado ou de Governo africano em funções proferida pelo TPI, bem como as suas consequências para a paz, estabilidade e reconciliação dos Estados Membros da União Africana.»

⁴¹ Cf. alteração do Regulamento, Rule 134 *bis*, *ter* e *quarter*, ICC, Assembly of States Parties, «Resolution: Amendments to the Rules of Procedure and Evidence», 27 November 2013, ICC ASP/12/Res.7, disponível online em http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ASP12/ICC-ASP-12-Res7-ENG.pdf (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). V. também Ambos, K., *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*, 4.^a ed., München: C. H. Beck, 2014 (1.^a ed., 2006), § 8, n.º marg. 51.

⁴² Cf. resumo em Sriram, C. L., «The International Criminal Court Africa Experiment: The Central African Republic, Darfur, Northern Uganda & the Democratic Republic of the Congo», in: C. L. Sriram & S. Pillay, *Peace versus Justice? The Dilemma of Transitional Justice in Africa*, Woodbridge: Currey, 2009 (pp. 317-330), p. 320; Waddell, N. & Clark, P., «Introduction», in: *Courting Conflict? Justice, Peace and the ICC in Africa*, s. l.: Royal African Society, 2008 (pp. 7-11), p. 8. V. também Wilt, H. van der, «Universal Jurisdiction under Attack: An Assessment of African Misgivings towards International Criminal Justice as Administered by Western States», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, n.º 5 (2011) (pp. 1043-1066), p. 1043; Keppler, E., «Managing Setbacks for the International Criminal Court in Africa», *Journal of African Law*, vol. 56 (2011) (pp. 1-14), p. 1; numa perspetiva diferenciada, leia-se Reinold, T., «Constitutionalization? Whose constitutionalization? Africa's ambivalent engagement with the International Criminal Court», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, n.º 4 (2012) (pp. 1076-1105), pp. 1087 e segs., o qual conclui que a UA se recusa a integrar um sistema de constitucionalismo internacional, «uma posição que faz parte de uma campanha mais vasta, com vista a reorganizar a relação entre diferentes

a sua discussão na imprensa africana, há muito que é uma realidade⁴³. Muitos jornalistas adotaram o discurso dos líderes africanos e acusam o TPI de ser um instrumento jurídico de índole neocolonialista⁴⁴, ou afirmam que África serviu de bode expiatório nos primeiros anos da existência do TPI⁴⁵. De forma ainda mais radical, Adam Branch defende a visão de que o TPI «se recusa a ouvir os africanos e intervém apenas quando convém aos seus interesses políticos e pragmáticos», para além de «debilitar, de per si, a possibilidade de adoção de políticas significativas» e, por consequência, «talvez, a melhor solução para todos nós, africanos e ocidentais, seja ignorar — esquecer — o TPI, já que grande parte do problema reside na confiança que nele depositamos»⁴⁶.

Pretende-se, de seguida, demonstrar que, pese embora a referida crítica seja até certo ponto compreensível, ela peca por ser falaciosa, o que se deve, essencialmente, a três fatores. Primeiro, o continente africano desempenhou um papel fundamental na criação do TPI e continua a desempenhá-lo ainda hoje. Assim sendo, o TPI não tem como alvo África — ou, pelo menos, não como alvo principal — já que África é parte do TPI. Segundo, não existe uma, mas várias vozes africanas sobre este assunto: se umas criticam, outras, por-

autoridades públicas envolvidas numa governação global (e regional)». V. também Lubbe, H. J., «The African Union's decisions» (n. 16), pp. 179 e segs.

⁴³ Apresentando várias perspetivas críticas, cf. Goldston, J. A., «More Candour about Criteria: The Exercise of Discretion by the Prosecutor of the International Criminal Court», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, n.º 2 (2010) (pp. 383-406), p. 385.

⁴⁴ Cf. Abdulai, E. S., «The Standoff between the ICC and African Leaders: The Debate Revisited», in: The Foundation for Law, Justice and Society in collaboration with The Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford (org.), *Oxford Transitional Justice Research* (n. 8), pp. 9-11; v. também Hoile, D., «International Criminal Court: Africa Beware of 'New' Legal Colonialism», *The Independent* (14 de junho de 2010), disponível online em <http://www.independent.co.ug/column/opinion/3032-international-criminal-court-africa-beware-of-new-legal-colonialism-> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015); Chandler, D., *From Kosovo to Kabul and Beyond: Human Rights and International Intervention*, 2.ª ed., Sterling: Pluto Press, 2006 (1.ª ed., 2002), pp. 147 e segs., 155 e segs.

⁴⁵ A propósito de tais afirmações e das dificuldades em fundamentá-las, cf. Sriram, C. L., «The International Criminal Court Africa Experiment» (n. 42).

⁴⁶ Cf. Branch, A., «Forget the ICC: Reflections on the Bashir Arrest Warrant», *Critical Investigations into Humanitarianism Africa* (6 de abril de 2009), disponível online em <http://www.cihablog.com/forget-the-icc-reflections-on-the-bashir-arrest-warrant/> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015); Branch, A., «What the ICC Review Conference Can't Fix», in: The Foundation for Law, Justice and Society in collaboration with The Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford (org.), *Oxford Transitional Justice Research* (n. 8), pp. 32-35; v. também Hickey, S., «African Union says ICC should not prosecute sitting leaders», *The Guardian* (12 de outubro de 2013), disponível online em <http://www.theguardian.com/world/2013/oct/12/african-union-icc-kenyan-president> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015); International Federation for Human Rights (FIDH), «AU Summit on the ICC – Protecting leaders in office to the detriment of victims and peace» (18 de outubro de 2013), disponível online em <https://www.fidh.org/International-Federation-for-Human-Rights/Africa/african-union/14154-au-summit-on-the-icc-protecting-leaders-in-office-to-the-detriment-of> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

ventura menos fortes, apoiam o TPI. E, por último, existem razões jurídicas e políticas objetivas para o foco que o TPI tem, até agora, colocado em África.

I. O TPI é um tribunal (também) africano!

Não obstante a sua competência universal, o TPI é igualmente um tribunal africano. Houve participação ativa e forte apoio dos Estados africanos para a criação do TPI⁴⁷. Com 34 Estados Partes, a África constitui, presentemente, o maior grupo regional entre os Estados Membros⁴⁸. Estes 34 Estados representam a maioria de um total de 54 Estados africanos⁴⁹, abrangendo praticamente 60 % de toda a população africana⁵⁰. Para além disso, um número significativo de altos cargos do TPI é ocupado por cidadãos africanos. Quatro dos dezoito juízes são de origem africana (Sanji Mmasenono Monageng do Botswana, Akua

⁴⁷ A propósito da importante participação africana na criação do TPI, cf. também Jallow, H. & Bensouda, F., «International Criminal Law in an African Context», in: M. du Plessis (org.), *African Guide to International Criminal Justice*, Pretoria: Institute for Security Studies, 2009 (pp. 15-53), p. 41. Mills, K., «Bashir is Dividing Us» (n. 7), p. 445.

⁴⁸ Entretanto, outros 14 Estados subscreveram o Estatuto de Roma, apesar de, à data da redação deste texto, ainda não o terem ratificado, a saber: Argélia, Angola, Camarões, Cabo Verde, Egito, Eritreia, Guiné-Bissau, Costa do Marfim, Marrocos, Moçambique, São Tomé e Príncipe, Sudão e Zimbabué. A República da Costa do Marfim aceitou a competência do TPI, nos termos do n.º 3 do artigo 12.º do ETPI, cf. n. 92.

⁴⁹ Veja-se a relação de países apresentada pelo *African Development Bank*, disponível online em <http://www.afdb.org/en/countries/> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Outras fontes referem até 58 Estados africanos, incluindo territórios e departamentos ultramarinos (Mayotte, Reunion, St. Helena) e o território disputado do Sara Ocidental, cf., a título de exemplo, a lista da UN Statistics Division, <http://millenniumindicators.un.org/unsd/methods/m49/m49regin.htm#africa> (última consulta em 9 de março de 2015). O Sudão do Sul, na sequência do referendo e da subsequente declaração de independência, tornou-se no 54.º Estado africano. Cf. resultados do referendo publicados pela Southern Sudan Referendum Commission, disponível online em <http://southernsudan2011.com/> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015); «South Sudan Referendum: 99 % Vote for Independence», *BBC News* (30 de janeiro de 2011), disponível online em <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-12317927> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). A propósito da declaração de independência cf. *BBC News*, «South Sudan's Flag Raised at Independence Ceremony» (9 de julho de 2011), <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-14092375> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). O Sudão do Sul passou a ser membro das Nações Unidas em 14 de julho de 2011, cf. «UN welcomes South Sudan as 193rd Member State», *UN News Center* (14 de julho de 2011), disponível online em http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=39034#.VOoUR_msWT9 (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

⁵⁰ Cálculos próprios feitos com base no relatório anual sobre a população mundial do *Population Reference Bureau*, 2012 *World Population Data Sheet*, 2012, disponível online em <http://www.prb.org/Publications/Datasheets/2012/world-population-data-sheet.aspx> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Segundo o relatório citado, a população total em África havia ascendido, em meados de 2011, a 1072 milhões. A população representada nos 34 Estados Partes africanos que subscreveram o TPI cifra-se em 643,2 milhões, o que corresponde a 60 % da população total de África.

Kuenyehia do Gana, Joyce Aluoch do Quênia e Chile Eboe-Osuji da Nigéria)⁵¹. No Gabinete do Procurador, a anterior Procuradora-Adjunta, Fatou Bensouda (Gâmbia), foi eleita Procuradora-Geral em novembro de 2010. O Departamento de Jurisdição, Complementaridade e Cooperação é dirigido por Phakiso Mochochoko (Lesoto). O TPI beneficia de amplo apoio na sociedade civil africana; mais de 800 organizações não-governamentais integram a «Coligação para o Tribunal Penal Internacional», representando, aproximadamente, um terço do número total dos seus membros⁵². Acresce que se o Procurador-Geral investiga uma determinada situação, num determinado país, tal pode ter um impacto positivo nesse país, já que este acaba por ser ativamente envolvido no desenvolvimento do Direito Penal Internacional e do TPI⁵³. Com efeito, o TPI não se ocupa apenas de situações ou casos concretos, mas adota uma abordagem abrangente e integrada, considerando a situação política e jurídica do país em questão. Tem de avaliar a vontade e a capacidade do sistema jurídico nacional para investigar a situação em causa e examinar os fatores relevantes à luz do princípio da complementaridade e nos termos do artigo 17.º do ETPI⁵⁴. Tal implica uma relação duradoura e continuada com esse Estado, que inclui medidas de «complementaridade positiva»⁵⁵. Esta relação apresenta uma dupla vertente de utilidade quer para o Procurador quer para o TPI, na medida em que contribui, por um lado, para uma melhor compreensão da situação política

⁵¹ Cf. http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/chambers/the%20judges/Pages/the%20judges%20%20%20biographical%20notes.aspx (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

⁵² Ford, J., *Bringing Fairness to International Justice: A Handbook on the ICC for Defence Lawyers in Africa*, Pretoria: Institute for Security Studies, 2009, p. 19.

⁵³ Quanto ao impacto na luta de África contra a impunidade, cf. Jallow, H. & Bensouda, F., «International Criminal Law in an African Context» (n. 47), p. 47, e Plessis, M. du, *The International Criminal Court* (n. 4), pp. 5 e segs. Já com referência à Conferência de Revisão em Kampala, de 31 de maio a 11 de junho de 2010, veja-se também Among, B., «Court Must Fight Impunity, say African Delegates», *Africa Renewal Online* (6 de julho de 2010), disponível online em <http://www.un.org/africarenewal/web-features/court-must-fight-impunity-say-african-delegates> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015); Keppler, E., «Strong African Support for the ICC at the Kampala Review Conference», *The Forum Issue*, n.º 1 (2010), pp. 33-34 (publicado pela Ugandan Coalition on the ICC).

⁵⁴ A propósito desta análise relativa à Colômbia, cf. Ambos, K., *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the ICC: An Inductive, Situation-based Approach*, Berlin: Springer, 2010, pp. 43 e segs.; cf. também versão atualizada e resumida em Ambos, K., «The Colombian Peace Process (Law 975 of 2005) and the ICC's Principle of Complementarity», in: C. Stahn & M. M. El Zeidy (org.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge & New York: Cambridge University Press, 2011 (pp. 1071-1096), p. 1071.

⁵⁵ Acerca do conceito da complementaridade positiva, cf. Ambos, K., «Introduction», in: K. Ambos & O. A. Maunganidze (org.), *Power and Prosecution* (n. 16), p. 5. Leia-se análise mais abrangente sobre a complementaridade no contexto africano, no âmbito da complementaridade positiva, em: Plessis, M. du, Louw, A. & Maunganidze, O., «African efforts to close the impunity gap» (n. 18), pp. 5 e segs.

e social do país em causa e, por outro, para a melhoria das estratégias a adotar em futuras investigações.

Em suma, poderá razoavelmente afirmar-se que o TPI tem um apoio importante de uma parte considerável de África e que existe, para além disso, necessidade efetiva de um tribunal penal desta natureza: «África é participante, não é um alvo»⁵⁶. Ou, nas palavras de Kofi Annan, por ocasião da Conferência de Revisão do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, em Kampala: «Quando encontro africanos, seja qual for a sua condição, todos eles exigem justiça: dos seus próprios tribunais, se possível, dos tribunais internacionais, se outra alternativa digna de confiança não existir [...] África quer este tribunal. África precisa deste tribunal. África deve continuar a apoiar este tribunal»⁵⁷.

II. Não existe apenas uma posição, por parte de África, em relação ao TPI

Os governos africanos não falam a uma só voz. A despeito das recentes críticas, a maioria dos Estados Membros da UA, ou seja, os 34 Estados Partes apoiam o TPI. Estes Estados reforçaram o seu compromisso para com o TPI aquando da Conferência de Revisão, na declaração de Kampala⁵⁸. Certamente o empenho real varia consoante o Estado, contudo isto não muda em nada o apoio de princípio, tal como ficou demonstrado pela ratificação do Estatuto de Roma⁵⁹.

⁵⁶ Cf. Ankumah, E., «Is Africa a Participant or Target of International Justice?» (n. 11), p. 5.

⁵⁷ Cf. Annan, K., «Address at the Review Conference to the Rome Statute of the ICC in Kampala» (31 Mai 2010), disponível online em http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/Statements/ICC-RC-statements-KofiAnnan-ENG.pdf (última consulta em 21 de fevereiro de 2015), § 35.

⁵⁸ Cf. Conferência de Revisão do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, Declaração de Kampala, 1 de junho de 2010, RC/Decl.1: «Nós, representantes de alto nível dos Estados Partes do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, reunidos em Kampala, Uganda, durante a primeira Conferência de Revisão nos termos deste Estatuto, que decorreu entre 31 de maio a 11 de junho de 2010 [...] [s]olenemente 1. Reafirmamos o nosso compromisso para com o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e a sua plena jurisdição, bem como com a sua universalidade e integridade [...] 7. Estamos decididos a continuar a intensificar os esforços para garantir a plena cooperação com o Tribunal nos termos do Estatuto, nomeadamente ao nível da implementação da legislação, da execução das decisões do Tribunal, da execução dos mandados de detenção, da celebração de acordos e de proteção de testemunhas, bem como para manifestar o nosso apoio político e diplomático ao Tribunal».

⁵⁹ Cf. abordagem diferenciada, com ênfase, por exemplo, na dinâmica interna como razão para uma adesão ao Estatuto do TPI Lauterbach, C., «Commitment to the International Criminal Court among Sub-Saharan African States», *Eyes on the ICC*, vol. 5, n.º 1 (2008-2009) (pp. 85-124), p. 85.

Com a emissão do mandado de detenção de al-Bashir, a verdadeira fratura deu-se fundamentalmente entre Estados Partes e não Partes. Depois de a Assembleia da UA ter recomendado a não entrega de al-Bashir ao TPI⁶⁰, alguns países árabes, nomeadamente a Líbia, começaram a encenar uma verdadeira campanha contra o TPI⁶¹. A liderança líbia de então censurou o mandado nos seguintes moldes: «considera[mos] isto um precedente perigoso que não deixa margem para dúvidas quanto à injustiça e à falta de independência do TPI, uma vez que ele é seletivo e se funda em critérios duplos que estão muito para além da sua capacidade jurídica. O assim chamado TPI não possui legitimidade ou competência para investigar tais acusações contra o presidente sudanês Omar Hassan al-Bashir. Este mandado ameaça a segurança e a paz em África e no mundo... O Tribunal Penal Internacional especializou-se em proferir arbitrariamente acusações não fundadas em provas, dirigidas contra chefes de Estado africanos e árabes e de países do terceiro mundo, porque não é capaz de tomar medidas semelhantes contra os verdadeiros criminosos de guerra do Iraque, Afeganistão, Palestina e ex-Jugoslávia»⁶².

A Liga Árabe (em que 10 dos 22 Estados Membros são africanos) classificou o mandado de detenção como perigoso⁶³. O Sudão (do Norte) criou um comité de crise ao mais alto nível e nele fez vários ataques ao TPI⁶⁴. Entre os Estados africanos não árabes, destaca-se a acusação já acima referida,

⁶⁰ V. também outras decisões da UA contra o TPI, em n. 13; Mills, K., «Bashir is Dividing Us» (n. 7), p. 445, refere-se a um debate no seio da UA quanto ao julgamento de al-Bashir e conclui que, de um modo geral, não há oposição à justiça, mas que as discussões evidenciam «África a discutir consigo própria e com a comunidade internacional quanto à melhor forma de proceder».

⁶¹ Annan, K., «Address at the Review Conference» (n. 57) referiu-se a «alguns líderes africanos».

⁶² Cf. editorial do *The Tripoli Post* de 6 de março de 2009, «Libya Condemns ICC Decision as Sudan Rejects Hague Court, Expels Aid Agencies», disponível online em <http://www.tripolipost.com/article/detail.asp?c=1&i=2911> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

⁶³ Cf. «Sudan Genocide Charges 'Dangerous'. Arab League Official says ICC Prosecutor's move will have Dangerous Repercussions», Al-Jazeera (19 de julho de 2008), disponível online em <http://www.aljazeera.com/news/africa/2008/07/2008719201910382737.html> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

⁶⁴ O Governo sudanês instituiu um «Comité de Alto Nível para a Gestão da Crise com o TPI», cf. Ciampi, A., «The Proceedings against President Al-Bashir and the Prospects of their Suspension under Article 16 ICC Statute», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n.º 5 (2008) (pp. 885-897), p. 885. De seguida, alertou para o risco de intensificação da violência como reação às acusações: cf., por exemplo, Associated Press, «Sudan to ICC: Darfur Violence may Increase if You Indict President Bashir», *The Christian Science Monitor* (14 de julho de 2008), disponível online em www.csmonitor.com/World/Africa/2008/0714/p04s02-woaf.html (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). A oposição sudanesa, no entanto, congratulou-se com a emissão dos mandados de detenção: cf. «Mixed Reaction to ICC Ruling», Al Jazeera (17 July 2008), disponível online em <http://www.aljazeera.com/focus/2008/07/200871784055275712.html> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

proferida contra o presidente ruandês Kagame⁶⁵. Em geral, estas reações não são surpreendentes, uma vez que a emissão de um mandado de detenção de um chefe de Estado em exercício — aliás, de um dos maiores países de África — não faz parte da normalidade do Direito Penal Internacional, sendo, por isso, expectável que surgisse uma enorme resistência. Não seria muito diferente noutros continentes, Europa incluída. O que, todavia, surpreende, neste contexto, é que alguns governos da UA tenham dado prioridade às obrigações contratuais, em vez de se terem mostrado solidários com o presidente sudanês. O Botswana, por exemplo, anunciou que se al-Bashir entrasse no país, seria imediatamente detido⁶⁶. A África do Sul manifestou-se de forma semelhante⁶⁷. O Malawi, pelo contrário, não deteve al-Bashir aquando da sua visita ao país em 14 de novembro de 2011. O TPI alegou infração das normas do Estatuto⁶⁸. O Governo seguinte do Malawi rejeitou, porém, organizar a 19.^a Cimeira da UA no Malawi, em julho de 2012, evitando, assim, receber nova visita de al-Bashir⁶⁹. Aparentemente, a decisão do TPI surtiu algum efeito. Existem, para além disso, divergências entre alguns governos⁷⁰, e até dentro dos próprios governos, e

⁶⁵ Cf. n. 28 e texto principal.

⁶⁶ Na cimeira da UA em Kampala, o Vice-Presidente Mompoti Meraphe declarou: «O Botswana não se pode associar a decisões que impliquem desrespeitar os seus compromissos para com o TPI. O Botswana pretende cumprir com as suas obrigações e cooperar com o TPI», cf. Botswana Ministry of Foreign Affairs and International Cooperation, «Press Release: Botswana stands by International Criminal Court» (28 de julho de 2010), disponível online em <http://www.gov.bw/en/News/Botswana-stands-by-the-International-Criminal-Court/> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

⁶⁷ Thandi Modise, antiga Secretária-Geral Adjunta do partido sul-africano ANC, declarou que: «Se al-Bashir viesse à África do Sul hoje, iríamos definitivamente agir de acordo com o que é suposto, para levar o culpado a A Haia. Não podemos tolerar uma situação em que um indivíduo espezinha os direitos dos povos e, ainda assim, leva a sua avante [...] os autores de crimes de guerra têm de ser julgados a todo custo», em: «South Africa Says it will Arrest Sudan's Bashir Despite AU Resolution», *Sudan Tribune* (30 de julho de 2010), disponível online em <http://www.sudantribune.com/spip.php?article35817> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). A África do Sul é um dos poucos países que fizeram a transposição do Estatuto do TPI para a ordem jurídica interna. Cf., a este respeito, Plessis, M. du, «South Africa's Implementation of the Rome Statute», in: K. Ambos & O. A. Maunganidze (org.), *Power and Prosecution* (n. 16), pp. 23 e segs.

⁶⁸ Cf. ICC, *al-Bashir*, 02/05-01/09, *Pre-Trial Chamber I, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, 12 December 2011, § 47. V. também Mwangi, M. & Mphepo, T., «Developments in International Criminal Justice» (n. 34), pp. 274 e segs.

⁶⁹ Cf. AU, «19th African Union (AU) Summit to be held in Addis Ababa, Ethiopia» (13 de junho de 2012), disponível online em <http://www.au.int/en/content/19th-african-union-au-summit-be-held-addis-ababa-ethiopia> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Cf. «Malawi not to host Summit after Row over Sudan Leader», *BBC News* (8 de junho de 2012), disponível online em <http://www.bbc.com/news/world-africa-18364947> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

⁷⁰ Um bom exemplo disso é o Quênia e o seu Governo de coligação, no qual o Primeiro-Ministro Raila Odinga e o partido ODM (Orange Democratic Movement) apoiam o TPI,

entre estes e o povo que alegadamente representam. Embora não existam dados empíricos comprovados⁷¹, alguns relatórios jornalísticos e outros produzidos por ONG demonstram que o TPI tem ampla aceitação entre a sociedade civil africana, sobretudo nos países e regiões envolvidas nas investigações⁷².

Pelo menos 164 das ONG existentes em toda a África subscreveram uma declaração em que afirmaram o seguinte, relativamente à decisão da UA de não cooperar com o TPI na detenção de al-Bashir: «[n]ós, organizações da sociedade civil signatárias, apelamos aos Estados Partes africanos do TPI que reafirmem o seu apoio ao TPI e o seu compromisso no cumprimento das obrigações decorrentes do Estatuto de Roma, particularmente no que toca à detenção e à entrega ao TPI do Presidente do Sudão [...]. A sociedade civil de todo o continente manifestou as suas preocupações quanto à decisão da UA. Para garantir que as medidas que visam pôr termo à impunidade no nosso continente não sejam minadas, é necessário um esforço coletivo de todos os africanos. Em vez de recuarem em conquistas importantes, esperamos dos nossos governos que se mantenham firmes e empenhados em que se faça justiça para com as vítimas dos crimes mais graves, aqui se incluindo o seu compromisso de cooperação com o TPI»⁷³.

enquanto o Presidente do partido PNU (Party of National Unity) se opõe cada vez mais. Cf. «Kenya: African Leaders Split on Bid to Defer Hague Trials, AllAfrica» *Daily Nation* (27 de janeiro de 2011), <http://allafrica.com/stories/201101271286.html> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Este tipo de divergências, no seio de um governo que é resultado de um processo de transição, não é surpreendente.

⁷¹ Tanto quanto se saiba, existem poucos estudos de opinião sólidos sobre o TPI no Uganda, cf. Vinck, P., et al., *When the War Ends. A Population-based Survey on Attitudes about Peace, Justice and Social Reconstruction in Northern Uganda* (2007), disponível online em <http://hhi.harvard.edu/sites/default/files/publications/publications%20%20vulnerable%20-%20when%20the%20war%20ends.pdf> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015); a propósito do norte do Uganda, cf. International Centre for Transitional Justice & Human Rights Centre, University of California, Berkeley, *Forgotten Voices. A Population-based Survey on Attitudes about Peace and Justice in Northern Uganda* (2005), disponível online em <http://escholarship.org/uc/item/4qr346xh> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Segundo este estudo, 74 % das pessoas que tinham conhecimento da existência do TPI acreditavam que este contribuíria para um decréscimo da violência. 68 % acreditava que contribuiu para obrigar o Exército de Resistência do Senhor (LRA em inglês) a entrar em negociações de paz (pp. 37-39). Veja-se também o seguinte estudo, baseado numa consulta mais ampla: UN Office of the High Commissioner for Human Rights, *Making Peace Our Own: Victims Perceptions of Accountability, Reconciliation and Transitional Justice in Northern Uganda, United Nations, 2007*, particularmente pp. 49 e 61, disponível online em http://transitionaljustice.ulster.ac.uk/pdfs/unohchr_tj_study_final_report.pdf (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

⁷² Cf. Kimani, M., «Pursuit of justice or Western plot?» (n. 4), p. 12. Vejam-se outros exemplos do apoio ao TPI por parte da sociedade civil em Plessis, M. du, Louw, A. & Maungandze, O., «African efforts to close the impunity gap» (n. 18), 9 e segs.

⁷³ V. declaração e lista das 164 organizações signatárias em Human Rights Watch, «African Civil Society Urges African State Parties to the Rome Statute to Reaffirm their Commitment to the ICC», HRW News (30 de julho de 2009), <http://www.hrw.org/node/84759> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015); cf. também iniciativa conjunta

No mesmo sentido, 58 organizações (oriundas de 17 Estados africanos) reagiram às mais recentes ações do Quênia contra o TPI através da subscrição de uma declaração conjunta: «[instamos] o Governo e o Parlamento quenianos a reafirmar o seu apoio ao TPI e a pôr termo a qualquer tentativa de debilitar o sistema do Estatuto de Roma bem como as investigações conduzidas pelo TPI no Quênia, seja pela sua saída seja pela apresentação de requerimentos de adiamento»⁷⁴.

Finalmente, 130 ONG africanas afirmaram perante a «Cimeira sobre o TPI» da UA o seu apoio ao TPI e solicitaram aos Estados africanos que continuassem a apoiar o tribunal⁷⁵. Opiniões favoráveis ao TPI encontram-se também em muitos órgãos africanos de comunicação social⁷⁶. Por parte das vítimas, foi manifestada preocupação quanto à posição de alguns governos em relação ao mandado de detenção de al-Bashir⁷⁷. «As vítimas africanas merecem mais do que isso por parte dos seus governantes; de facto, o continente africano merece mais do que isso»⁷⁸. Por último, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos

das ONG nacionais e internacionais: International Federation of Human Rights (FIDH), African Centre for Justice and Peace Studies (ACJPS) and Sudan Human Rights Monitor (SUHRIM), «Press Release: The African Union Defies the ICC and Dares Trample on the Memory of Darfur Victims!» (30 de julho de 2010), disponível online em <http://www.fidh.org/en/africa/sudan/Sudan-Darfur-ICC/The-African-Union-defies-the> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

⁷⁴ Cf. declaração da *African Civil Society Organizations and International Organizations with a Presence in Africa*, «Kenya» (n. 20) e a reação no Gabinete do Procurador: ICC, Office of the Prosecutor, *Weekly Briefing*, vol. 72 (de 26 a 31 de janeiro de 2011), p. 3.

⁷⁵ Cf. Human Rights Watch et al., «Letter to Foreign Ministers on Support for the ICC in Advance of Extraordinary AU Summit» (4 de outubro de 2013), disponível online em <http://www.hrw.org/news/2013/10/04/letter-foreign-ministers-support-icc-advance-extraordinary-au-summit> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

⁷⁶ Veja-se, a título de exemplo, Pachuto, D., «Why the ICC is Important for You and Me», *Daily Monitor* (19 de janeiro de 2010), p. 12; Mulli, K., «We Must Not Forget the Real Beneficiaries of ICC», *The East African* (7 de junho de 2010), p. 17, disponível online em <http://www.theeastafrican.co.ke/OpEd/letters/We-must-not-forget-the-real-beneficiaries-of-ICC/-/434756/933070/-/fehwi1vz/-/index.html>.

⁷⁷ V. também declaração de James Gondi na *Eastern Africa International Criminal Justice Initiative in Nairobi* («[a decisão da UA] ameaça impedir a realização de justiça para com as vítimas dos piores crimes perpetrados no continente»), em Human Rights Watch, «Africa: Reaffirm Support for International Criminal Court», HRW News (30 de julho de 2009), disponível online em <http://www.hrw.org/en/news/2009/07/30/africa-reaffirm-support-international-criminal-court> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015); Wandera, S. & Kasozi, E., «Human Rights Officials want President Bashir Arrested», *Daily Monitor* (31 de agosto de 2010), disponível online em <http://www.monitor.co.ug/News/National/-/688334/969732/-/view/printVersion/-/1r0b5k/-/index.html> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015), e, ainda, FIDH, ACJPS & SUHRIM, «Press Release» (n. 73).

⁷⁸ Cf. Coalition for the ICC, «Press Release: African Union Heads of State Approve Anti-ICC Provisions: Global Coalition Calls on African States to Honor Obligations to the Court» (3 de agosto de 2010), disponível online em http://www.coalitionfortheicc.org/documents/CICC_AdvisoryAU_3August2010_final.pdf (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

Povos (CADHP), um órgão semijudicial instituído com base na Carta Africana⁷⁹, acusou o Governo sudanês de ter cometido um elevado número de violações de direitos humanos e instou-o a investigar as situações em causa e a capturar os responsáveis⁸⁰. O Relator Especial para os Refugiados, Requerentes de Asilo, Migrantes e Deslocados Internos⁸¹ manifestou também uma preocupação séria em relação à decisão do Sudão expulsar do Darfur organizações humanitárias nacionais e internacionais e seus colaboradores, considerando esta manobra como um sinal da falta de vontade do Sudão em combater a impunidade⁸².

Obviamente que com tudo isto não se quer dizer que não haja vozes críticas no seio da sociedade civil e da comunidade científica africanas em relação ao TPI⁸³. Não se pode, no entanto, confundir este tipo de críticas objetivas com campanhas difamatórias de natureza política promovidas por alguns governos africanos, aparentemente fundadas num interesse na justiça penal internacional, na responsabilização dos chefes de Estado africanos, na democracia e no primado do Direito. Por outro lado, as críticas pecam, por vezes, por falta de compreensão da base legal e do método de trabalho do TPI. Por isso, o TPI começou a desenvolver ações de sensibilização⁸⁴, sobretudo junto dos países

⁷⁹ A Comissão Africana de Direitos Humanos e Direitos dos Povos (ACHPR) foi criada com a entrada em vigor da Carta Africana a 21 de outubro de 1986 (adotada pela UA a 27 de junho de 1981) e tem por missão promover e proteger os direitos do Homem e dos povos em qualquer parte da África, bem como salvaguardar o cumprimento da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (artigo 30.º da Carta). Reporta à Assembleia da UA.

⁸⁰ Cf. ICC, Office of the Prosecutor, *Weekly Briefing*, vol. 48 (de 27 de julho a 3 de agosto de 2010), p. 1.

⁸¹ O Relator Especial para os Refugiados, Requerentes de Asilo, Migrantes e Deslocados Internos é um órgão especializado da ACHPR, cf. ACHPR, *Resolution 72 (2004) on the Mandate of the Special Rapporteur on Refugees, Asylum Seekers and Internally Displaced Persons in Africa*, 7 December 2004, ACHPR/Res.72 (XXXVI) 04, e ACHPR, *Resolution 116 (2007) on the Renewal of the Mandate of the Special Rapporteur on Refugees, Asylum Seekers, Internally Displaced Persons and Migrants in Africa*, 28 November 2007, ACHPR/Res.116 (XXXII) 07.

⁸² ACHPR, «Press Release: Special Rapporteur on Refugees, Asylum Seekers, Internally Displaced Persons, and Migrants in Africa» (13 de março de 2009), disponível online em <http://www.achpr.org/press/2009/03/d26/> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

⁸³ Por exemplo Dolan, C., «Imposed Justice and the Need for Sustainable Peace in Uganda», *Refugee Law Project* (18 de julho de 2008), disponível online em http://www.beyondjuba.org/BJP1/Conference_presentations/Imposed_Justice_and%20the_need_for_Sustainable_Peace_in_Uganda.pdf (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

⁸⁴ ICC, «Public Information and Documentation Section/Outreach Unit», *Outreach Report 2010* (26 de novembro de 2010); Resumo em: ICC, *Weekly Update 60* (20 de dezembro de 2010), ICC-PIDSWU_60/10_Eng, pp. 5 e segs.; a propósito dos requisitos aplicáveis às relações públicas do TPI e a favor de um melhor financiamento, cf. Clark, J. N., «International War Crimes Tribunals and the Challenge of Outreach», *International Criminal Law Review*, vol. 9, n.º 1 (2009) (pp. 99-116), p. 112; sobre a importância fundamental das relações públicas bem como dos programas do Tribunal Especial para a Serra Leoa e das Câmaras Extraordinárias nos Tribunais Cambojanos, cf. Pentelovitch, N. H., «Seeing Justice Done: The Importance of Prioritizing Outreach Efforts at International Criminal Tribunals»,

em que decorriam as investigações, tendo, no entanto, recebido críticas por serem tardias e seletivas⁸⁵. Curiosamente, uma questão colocada amiúde em todos estes países era se (e não porquê!) o TPI estava a investigar crimes em países africanos. Foram, para além disso, referidas inúmeras outras questões e expostos variados mal-entendidos⁸⁶.

III. Razões jurídicas e políticas para o foco do TPI em África

Existem razões concretas e políticas para o foco do TPI no continente africano. Em primeiro lugar, de entre todos os continentes, é no africano que se verifica o maior número de conflitos armados, para além do maior número de Estados Partes envolvidos em conflitos armados. Comparativamente, na América Latina, por exemplo, há apenas um Estado Parte em situação idêntica de conflito interno: a Colômbia. Por outro lado, os grandes implicados em conflitos noutras partes do mundo (como, por exemplo, a Rússia e os Estados Unidos da América) não são Estados Partes do Estatuto de Roma⁸⁷.

Em segundo lugar, nalguns casos foram os próprios Estados africanos que possibilitaram o exercício da jurisdição do TPI: assim e dos casos pendentes, quatro foram remetidos para o TPI por denúncia, apresentada nos termos da alínea *a*) do artigo 13.^º e por ordem cronológica, pelo Uganda⁸⁸, pela RDC⁸⁹

Georgetown Journal of International Law, vol. 39, n.º 3 (2007-2008) (pp. 445-494), p. 445; sobre as relações públicas do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda, cf. Peskin, V., «Courting Rwanda: The Promises and Pitfalls of the ICTR Outreach Programme», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n.º 4 (2005) (pp. 950-961), p. 950.

⁸⁵ Por exemplo, da parte de Phil Clark (em comentário a este artigo enviado pessoalmente ao autor). No entanto, estas observações altamente críticas apenas se confirmaram parcialmente nas investigações que a minha doutoranda Sabine Klein realizou no terreno e no âmbito das quais participou, em princípios de 2010 e em 2011, em diversas atividades de sensibilização. De acordo com a sua experiência, as ações de sensibilização e divulgação melhoraram muito significativamente nos anos de 2009 e 2010 e têm tido resultados bastante positivos, pelo menos até à realização da Conferência de Revisão em Kampala. Klein reconhece, ainda, a projeção substancial das ações de sensibilização da própria Conferência de Revisão, cf. Klein, S., «Uganda and the International Criminal Court Review Conference – Some Observations of the Conference's Impact in the 'Situation Country' Uganda», *Goettingen Journal of International Law*, vol. 2, n.º 2 (2010) (pp. 669-688), p. 669.

⁸⁶ Cf. ICC, «Public Information and Documentation Section/Outreach Unit» (n. 84).

⁸⁷ Cf. Sriram, C. L., «The International Criminal Court Africa Experiment» (n. 42) que faz referência ao Myanmar e aos EUA.

⁸⁸ Cf. ICC, «Press Release: President of Uganda Refers Situation Concerning the Lord's Resistance Army (LRA) to the ICC» (29 de janeiro de 2004), ICC-20040129-44.

⁸⁹ Cf. ICC, Office of the Prosecutor, «Press Release: Prosecutor Receives Referral of the Situation in the Democratic Republic of Congo» (19 de abril de 2004), ICC-OTP-20040419-50.

e pela RCA⁹⁰. Posteriormente, também o Mali apresentou uma denúncia, o que levou à abertura de um inquérito em janeiro de 2013⁹¹. Embora a Costa do Marfim só tenha ratificado o Estatuto de Roma em 15 de fevereiro de 2013, já havia reconhecido a competência do TPI em 18 de abril de 2003, ainda durante o mandato do Presidente Gbagbo, através da formalização da sua aceitação nos termos do n.º 3 do artigo 12.º do ETPI, a qual foi depois confirmada pelo seu sucessor Ouattara, em 3 de maio de 2011 (sendo Gbagbo arguido em A Haia!)⁹². Ainda que a decisão final sobre a abertura formal de inquérito, em caso de denúncia ou aceitação da competência do TPI, caiba ao Procurador⁹³, tal demonstra o interesse do Estado em questão em que o TPI dê início à investigação. Assim, não é de surpreender que o Procurador tenha instaurado o inquérito na sequência das referidas denúncias⁹⁴ e que, até à data, nenhum dos Estados Partes em causa — ao contrário do Quênia, onde o Procurador abriu inquérito por sua própria iniciativa (*proprio motu*)⁹⁵, ou da Líbia, onde a jurisdição se fundamenta em resolução do CSNU⁹⁶ — tenha contestado a admissibilidade dos processos⁹⁷. Perante estes factos, a alegação de uma estra-

⁹⁰ Cf. ICC, Office of the Prosecutor, «Press Release: Prosecutor Receives Referral Concerning Central African Republic» (1 de julho de 2005), ICC-OTP-20050107-86; Sriram, C. L., «The International Criminal Court Africa Experiment» (n. 42); cf. ns. 7 a 9 *supra*.

⁹¹ Cf. Carta de Denúncia do Ministério da Justiça da República do Mali, de 13 de julho de 2012, disponível online em http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0112/Pages/situation%20index.aspx (última consulta em 21 de fevereiro de 2015); ICC, Office of the Prosecutor, «Press Release: ICC Prosecutor Fatou Bensouda on the Malian State Referral of the Situation in Mali since January 2012» (18 de julho de 2012), ICC-OTP-20120718-PR829; ICC, Office of the Prosecutor, «Press Release: ICC Prosecutor opens investigation into war crimes in Mali: 'The legal requirements have been met. We will investigate'» (16 de janeiro de 2013), ICC-OTP-20130116-PR869.

⁹² Cf. ICC, «Press Release: Situation in Côte d'Ivoire assigned to Pre-Trial Chamber II» (20 de maio de 2011), ICC-CPI-20110520-PR672; ICC, Assembly of States Parties, «Press Release: Côte d'Ivoire ratifies the Rome Statute» (18 de fevereiro de 2013), ICC-ASP-20130218-PR873.

⁹³ Cf. Akhavan, P., «Self-Referrals Before the International Criminal Court: Are States the Villains or the Victims of Atrocities?», *Criminal Law Forum*, vol. 21, n.º 1 (2010) (pp. 103-120), p. 112.

⁹⁴ Cf. ICC, Office of the Prosecutor, «Press Release: The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Opens its First Investigation», 23 de junho de 2004, ICC-OTP-20040623; ICC, Office of the Prosecutor, «Press Release: Prosecutor of the International Criminal Court Opens an Investigation into Northern Uganda» (29 de julho de 2004), ICC-OTP-20040729-65; ICC, Office of the Prosecutor, «Press Release: Prosecutor Opens Investigation in the Central African Republic» (22 de maio de 2007), ICC-OTP-20070522-220.

⁹⁵ Cf. n. 100.

⁹⁶ Cf. n. 99.

⁹⁷ Apenas no caso Bemba houve contestação, por parte da defesa, da admissibilidade: ICC, Bemba, 01/05-01/08 OA 3, *Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Combo against the decision of Trial Chamber III of 24 June 2010 entitled «Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges»* (19 de outubro

tégia de perseguição neocolonialista ou arbitrária contra África dificilmente poderá ser sustentada.

Os restantes três casos foram consequência de denúncia por parte do CSNU (Sudão⁹⁸ e Líbia⁹⁹) e de uma investigação *proprio motu* (no caso do Quênia¹⁰⁰). Inicialmente, o Quênia estava disposto a cooperar e o Procurador preparou as investigações ao longo de negociações minuciosas com as autoridades quenianas¹⁰¹. Negociações semelhantes tiveram lugar no Uganda e na RDC, despoletadas por denúncias expressas dos próprios Estados¹⁰². Apenas

de 2010). A verificação da admissibilidade na situação do Uganda decorreu *proprio motu*, por iniciativa do Juízo de Instrução II: ICC, *Kony, Otti, Odhiambo, Ongwen, 02/04-01/05, Pre-Trial Chamber II, Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute, 10 de março de 2009*; veja-se, a este propósito, o interposto pela defesa: ICC, *Kony, Otti, Odhiambo, Ongwen, 02/04-01/05 OA 3, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the Defence against the «Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute» of 10 March 2009, 16 de setembro de 2009*. No caso ICC, *Katanga and Chui, 01/04-01/07, Trial Chamber II, Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute), 16 June 2009*, a admissibilidade foi confirmada a pedido da defesa, e não do Governo congolês; confirmado por ICC, *Katanga and Chui, 01/04-01/07 OA 8, Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, 25 September 2009*. Acerca da impugnação da admissibilidade por parte do Quênia, v. acima n. 21, e por parte da Líbia, v. n. 25.

⁹⁸ Cf. UN Security Council, *Resolution 1593 (2005) on Violations of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Darfur, Sudan, 31 March 2005*, UN Doc. S/RES/1593.

⁹⁹ Cf. UN Security Council, *Resolution 1970 (2011) concerning Libya, 26 February 2011*, UN Doc. S/RES/1970.

¹⁰⁰ Cf. ICC, Office of the Prosecutor, «Letter to the ICC's President in accordance to Regulation 45 of the Regulations of the Court», 01/09-1-Anx, 6 November 2009, e ICC, «Situation in the Republic of Kenya, 01/09, Presidency, Decision assigning the Situation in the Republic of Kenya to Pre-Trial Chamber II», 6 November 2009.

¹⁰¹ Cf. ICC, Office of the Prosecutor, «Agreed Minutes of the Meeting between Prosecutor Moreno Ocampo and the Delegation of the Kenyan Government», 3 July 2009, disponível online em <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6D005625-2248-477A-9485-FC52B4F1F5AD/280560/20090703AgreedMinutesofMeetingProsecutorKenyanDele.pdf> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015); ICC, Office of the Prosecutor, «Press Release: Kenyan High-Level Delegation Meets ICC Prosecutor», 3 July 2009, ICC-CPI-20090703-PR431. Tanto o Presidente como o Primeiro-Ministro do Quênia comprometeram-se expressamente a cooperar com o TPI durante as investigações preliminares, cf. ICC, Office of the Prosecutor, *Weekly Briefing*, vol. 31 (de 30 de março a 5 de abril de 2010), p. 3. As autoridades quenianas facultaram ao TPI elementos passíveis de constituir prova, cf. ICC, Office of the Prosecutor, «Press Release: ICC Prosecutor Receives Materials on Post-Election Violence in Kenya», 16 July 2009, ICC-OTP-20090716-PR438. Segundo Phil Clark (comunicação pessoal, 16 de fevereiro de 2011), era inicialmente intenção do procurador que o próprio Estado queniano remetesse o caso ao TPI e que recorresse aos seus poderes *proprio motu* apenas em último caso. V. também Stegmiller, I., «The International Criminal Court and Mali: Towards More Transparency in International Criminal Law Investigations?», *Criminal Law Forum*, vol. 24, n.º 4 (2013) (pp. 475-499), p. 478.

¹⁰² Não há certeza quanto à verdadeira dimensão, às iniciativas e interesses destas negociações. Assim, por exemplo, o antigo Procurador-Geral refere, relativamente ao Uganda, ter feito diligências no sentido de acionar uma denúncia pelo Conselho de

por parte do Sudão e da Líbia é que sempre houve forte resistência, tal como já referido anteriormente¹⁰³, e, portanto, são estas as situações — nomeadamente o processo contra o Presidente al-Bashir — que constituem a principal causa da deterioração das relações entre o TPI e (alguns) Estados africanos. O processo contra al-Bashir coloca, de facto, questões difíceis de legitimidade, uma vez que se dirige, não só contra um Estado que não é Parte, mas também contra um chefe de Estado ainda em exercício. Não obstante a complexidade da questão jurídica, se uma denúncia apresentada pelo Conselho de Segurança, agindo nos termos do capítulo VII da Carta das Nações Unidas, pode, no quadro da cooperação jurídica internacional, fundamentar o levantamento da imunidade (veja-se, a propósito, o n.º 1 do artigo 98.º do ETPI)¹⁰⁴, não se pode, neste caso,

Segurança, para assim reforçar a cooperação e tornar as investigações mais eficientes, cf. Ocampo, M., «The Tenth Anniversary of the ICC and Challenges for the Future: Implementing the Law», *Speech at London School of Economics* (8 de outubro de 2008), disponível online em www.iccnw.org/documents/20081007LuisMorenoOcampo.pdf (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). De acordo com Nouwen, S. M. H. & Werner, W. G., «Doing Justice to the Political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan», *European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 4 (2011) (pp. 941-965), p. 947, «alguns assessores jurídicos estrangeiros sugeriram, tanto ao Governo do Uganda como ao Gabinete do Procurador do TPI, que se encontrasse para o Uganda uma solução no seu próprio território, o que seria ideal para o TPI». Segundo Clark, o Gabinete do Procurador dava, no entanto, prioridade a que os governos do Congo e do Uganda remetessem os casos para o TPI, para que o ainda recente Tribunal pudesse ganhar reputação mundial, cf. Clark, P., «Chasing Cases: The International Criminal Court and the Politics of State Referral in the Democratic Republic of Congo and Uganda», in: C. Stahn & M. M. El Zeidy (org.), *The International Criminal Court and Complementarity* (n. 54) (pp. 1180-1203), p. 1180.

¹⁰³ Oficialmente, a contestação do Sudão baseia-se no argumento de que a paz no Darfur seria incompatível com a justiça. Entretanto, al-Bashir, como chefe de Estado em exercício, é protegido pelo aparelho do Estado e continua a sua atividade política e as suas deslocações a outros países (v. acima n. 35).

¹⁰⁴ Veja-se uma interpretação convincente da denúncia apresentada pelo Conselho de Segurança ao abrigo do disposto no capítulo VII da Carta das Nações Unidas, como fundamento implícito da aplicação, a nível nacional, do artigo 27.º, no caso do Sudão, bem como da legalidade (mas não obrigatoriedade) da detenção e da entrega de al-Bashir por outros Estados não Partes em Akande, D., «The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n.º 2 (2009) (pp. 333-352), p. 333; cf. Frau, R., *Das Verhältnis zwischen dem ständigen Internationalen Strafgerichtshof und dem Sicherheitsrat der Vereinten Nationen: Art. 13 lit. b) IStGH-Statut und der Darfur-Konflikt vor dem Gerichtshof*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, pp. 364 e segs., e também o comunicado de imprensa conjunto emitido pela FIDH, ACJPS & SUHRIM, «Press Release» (n. 73). Em sentido contrário, e a considerar que o mandado de detenção é legal, mas que o pedido de entrega dirigido aos Estados Partes é incompatível com o n.º 1 do artigo 98.º do ETPI, cf. Gaeta, P., «Does President Bashir Enjoy Immunity from Arrest?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n.º 2 (2009) (pp. 315-332), p. 315. V. também Ambos, K., *Internationales Strafrecht* (n. 41), § 7, n.º marg. 106, § 8, n.º marg. 78, com outras referências. A propósito da relação entre os artigos 27.º e 98.º do Estatuto de Roma, cf. Gevers, C., «Immunity and the implementation legislation in South Africa, Kenya and Uganda», in: K. Ambos & O. A. Maunganidze (org.), *Power and Prosecution* (n. 16) (pp. 85-117), pp. 85 e segs.

censurar o TPI, uma vez que a denúncia teve origem no próprio Conselho de Segurança. Deste ponto de vista, a responsabilidade pelas tensões existentes entre o TPI e alguns Estados africanos cabe essencialmente ao Conselho de Segurança que, de resto, deixou o tribunal desamparado ao não dar o devido acompanhamento à denúncia por si apresentada.

Em conclusão, poder-se-á dizer que o estado atual das investigações formais em curso no TPI não surge, de facto, como resultado de uma concentração arbitrária em situações africanas. Efetivamente, apenas uma das investigações em curso em países africanos se iniciou por iniciativa do Procurador, sendo que também neste caso houve, como já antes se referiu, intensas conversações entre Procurador e as autoridades quenianas, no sentido de assegurar a cooperação¹⁰⁵. Com efeito, o processo queniano demonstra que o limiar do n.º 1 do artigo 15.º do ETPI é elevado, e mesmo quando é atingido — por exemplo através de um relatório de uma comissão de inquérito independente, como foi o caso do relatório da Comissão Waki¹⁰⁶ — o TPI tem procurado entrar em diálogo — pode mesmo dizer-se negociações¹⁰⁷ — com o país visado¹⁰⁸.

Por outro lado, importa referir que a incidência de investigações em África não implica que os suspeitos sejam necessariamente africanos. O Procurador do TPI esclareceu, várias vezes, que pretende agir judicialmente contra as pessoas «que ordenaram e financiaram a violência»¹⁰⁹, ou seja, as investigações poderão dirigir-se contra empresários que estejam envolvidos, em território africano¹¹⁰,

¹⁰⁵ Cf. n. 101.

¹⁰⁶ Cf. Annan, K., «The Kenya National Dialogue and Reconciliation: Two Years On, Where Are We?» (2 e 3 de dezembro de 2010), disponível online em <http://kofiannanfoundation.org/newsroom/speeches/2010/12/kenya-national-dialogue-and-reconciliation-two-years-where-are-we-closing> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Em princípios de 2008, Annan liderava o Painel de Personalidades Eminentes da UA no Quênia, com o objetivo de encontrar uma solução pacífica.

¹⁰⁷ Criticamente a este respeito, veja-se Clark, P., «Chasing Cases» (n. 102), p. 1180, que censura o TPI por se expor à manipulação por parte das elites nacionais, por se colocar numa posição em que corre o risco de ter que aceitar negociações de imunidade e por querer obter resultados desta forma interesseira e pragmática. Cf. também Nouwen, S. M. H. & Werner, W. G., «Doing Justice to the Political» (n. 102), pp. 951-958, que criticam investigações preliminares, no Uganda e no Sudão, motivadas por interesses institucionais. Mesmo assim, chegam à conclusão bastante otimista de que a atividade do TPI não carece de uma dimensão política inerente que importe reconhecer (op. cit., p. 961).

¹⁰⁸ Cf. por exemplo ICC, Office of the Prosecutor, «Press Release: ICC Prosecutor Receives Materials on Post-Election Violence in Kenya», 16 July 2009, OTP-20090716-PR438, que se refere a «esforços de colaboração».

¹⁰⁹ Cf. Ocampo, M., «Interdisciplinary Colloquium on Sexual Violence as International Crime: Interdisciplinary Approaches to Evidence», *Law and Social Inquiry*, vol. 35, n.º 4 (2010) (pp. 839-846), p. 846: «a missão do TPI é escrutinar toda a cadeia de comando até chegar aos principais responsáveis, até quem ordenou e financiou a violência».

¹¹⁰ Cf. Gallmetzer, R., «Prosecuting Persons Doing Business with Armed Groups in Conflict Areas: The Strategy of the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, n.º 3 (2010) (pp. 947-956), pp. 950 e segs. Mesmo que até agora nenhum caso de criminalidade económico-financeira

na prática de crimes previstos e punidos pelo Direito Internacional. Se esta declaração de intenções fosse posta em prática ou fosse até contemplada na estratégia do Procurador¹¹¹, seguramente que encontraria resposta positiva, já que há muito tempo que se alega que poderes movidos por interesses financeiros, comerciais e outros estão implicados em vários dos conflitos africanos¹¹². Uma subentendida cumplicidade do Ocidente com estes conflitos tem sido vista como uma das razões da hesitante cooperação da UA com o TPI¹¹³. Uma estratégia com estas características contribuiria igualmente para a prevenção de futuros crimes, partindo do pressuposto que estes são, em grande medida, motivados pela perspetiva de obtenção de lucros¹¹⁴.

Outra explicação para a ênfase dada às investigações em África é, seguramente, a falta de mecanismos judiciais funcionais em matéria penal ao nível regional e nacional¹¹⁵. A perseguição de crimes maciços em África não tem, até

tenha sido alvo da justiça penal internacional, esta estratégia tem sido repetitivamente defendida. Cf., a título exemplificativo, Stoitchkova, D., *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, Antwerpen: Intersentia, 2010, p. 182; Clapham, A., «Extending International Criminal Law beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n.º 5 (2008) (pp. 899-926), p. 899; v. também Meyer, «Multinationale Unternehmen und das Völkerstrafrecht», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 131, n.º 1 (2013) (pp. 56-86).

¹¹¹ Cf. análise crítica a respeito da estratégia do Procurador do TPI em Ambos, K. & Stegmiller, I., «Prosecuting Crimes at the International Criminal Court: Is there a coherent and comprehensive prosecution strategy?», *Crime, Law & Social Change*, vol. 59, n.º 4 (2013) (pp. 391-413), p. 391.

¹¹² A guerra na RDC foi financiada, por exemplo, por concessões madeireiras e mineiras e pela exploração de outros recursos, como coltan, cf. UN Security Council, «Report of the Panel of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and Other Forms of Wealth of the Democratic Republic of the Congo», 12 April 2001, UN Doc. S/2001/357; a propósito da relação entre os recursos naturais e a violência na região dos Grandes Lagos, cf. UN Security Council, «Resolution 1653 (2006) concerning the situation in the Great Lakes region», 27 January 2006, UN Doc S/Res/1653.

¹¹³ Cf. Eberchi, I., «Armed Conflicts in Africa and Western Complicity: A Disincentive for African Union's Cooperation with the ICC», *African Journal of Legal Studies*, vol. 3, n.º 1 (2009) (pp. 53-76), pp. 53 e segs.

¹¹⁴ Cf. também ICC, Office of the Prosecutor, «Press Release: Communications Received by the Office of the Prosecutor of the ICC», 16 July 2003, PIDS.009.2003-EN, pp. 3 e segs.: «a investigação de aspetos financeiros nas alegadas atrocidades será crucial não só para a prevenção de futuros crimes, como para a investigação e julgamento dos crimes já cometidos»; v., ainda, ICC, Office of the Prosecutor, «Press Release: The Prosecutor on the co-operation with Congo and other States regarding the situation in Ituri, DRC», 26 September 2003, OTP-20030926-37.

¹¹⁵ Tamfuh Wilson assinala a «debilidade das jurisdições em países africanos» e relaciona isto com a perceção de uma justiça desigual que existe em relação ao TPI, cf. Wilson, T. Y. N., «The International Criminal Court: Creation, Competence, and Impact in Africa», *African Journal of Criminology and Justice Studies*, vol. 3, n.º 2 (2008) (pp. 85-123), pp. 115 e segs. V., ainda, Ero, C., «Understanding Africa's Position on the International Criminal Court», in: The Foundation for Law, Justice and Society in collaboration with The Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford (org.), *Oxford Transitional Justice Research* (n. 9) (pp. 11-15), pp. 11-14, apelando à UA que reforce efetivamente a responsabilização.

agora, sido feita pela justiça penal nacional, mas antes por organizações internacionais¹¹⁶. Até mesmo na África do Sul, com a sua inovadora Comissão de Verdade e Reconciliação, a ação penal nunca foi uma verdadeira opção¹¹⁷. Embora o princípio da complementaridade do TPI salvguarde o respeito pela ação penal nacional¹¹⁸, a admissibilidade das investigações por parte do TPI foi confirmada em todos os Estados em causa, devido precisamente à sua falta de ação¹¹⁹. As tentativas para implementar mecanismos a nível nacional — como por exemplo a criação de

Cf. também Olugbu, B., *The Domestic Implementation of the Rome Statute in Sub-Saharan Africa: A Discussion on the Strategies, Problems and Prospects of Fighting Impunity in the African Continent*, s.l.: LAP: Lambert Academic Publishing, 2011.

¹¹⁶ Phil Clark (em comunicação pessoal de 16 de fevereiro de 2011) chama a atenção para o facto de a justiça internacional, pese embora a sua significativa importância em relação aos esforços a nível nacional — que incluem mais de 400 000 processos contra suspeitos de genocídio em tribunais judiciais e em tribunais gacaca ruandeses, bem como centenas de processos por crimes contra a Humanidade (incluindo violência sexual) em tribunais civis e militares congolezes — desempenhar um papel restrito que não excedeu os esforços a nível nacional. Não se pode duvidar da importância destes processos (alternativos) internos, todavia, não podem ser considerados como ações de justiça penal *stricto sensu*. Veja-se a apreciação crítica da decisão de complementaridade do TPI no caso Lubanga, à luz de um «sistema legal suficiente» em Bowman, R., «Lubanga, the DRC and the African Court: Lessons Learned from the First International Criminal Court Case», *African Human Rights Law Journal*, vol. 7, n.º 2 (2007) (pp. 412-445), pp. 424 e segs. Em relação aos tribunais gacaca no Ruanda, cf. Schabas, W. A., «Genocide Trials and Gacaca Courts», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n.º 4 (2005) (pp. 879-895), p. 879, e Megwalu, A. & Loizides, N., «Dilemmas of Justice and Reconciliation: Rwandans and the Gacaca Courts», *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 18, n.º 1 (2010) (pp. 1-23), p. 1. Em Burkina Faso, RCA, Quênia, Maurícia, Senegal, África do Sul, Comores e Uganda adaptou-se a legislação, por via de transposição das disposições do Estatuto, cf. Plessis, M. du, Louw, A. & Maunganidze, O., «African efforts to close the impunity gap» (n. 18), nota 57. Mais pormenorizadamente, quanto ao ponto de situação da implementação nas legislações nacionais, cf. Bekou, O. & Shah, S., «Realising the Potential of the International Criminal Court: The African Experience», *Human Rights Law Review*, vol. 6, n.º 3 (2006) (pp. 499-544), p. 499. Os resultados desta implementação originaram reações diversas. Veja-se, em relação à imunidade, na África do Sul, no Quênia e no Uganda, Gevers, C., «Immunity and the implementation legislation in South Africa, Kenya and Uganda» (n. 104), pp. 85 e segs. (particularmente 104 e segs.); a propósito da jurisdição sobre violência de género e violência sexual, cf. Meyersfeld, B., «Implementing the Rome Statute in Africa: Potential and Problems of the Prosecution of Gender Crimes in Africa in Accordance with the Rome Statute», in: K. Ambos & O. A. Maunganidze (org.), *Power and Prosecution* (n. 16) (pp. 145-178), pp. 145 e segs.; sobre os impactos da pena de morte no Congo, cf. Ongombe, L. N., «The Impact of the Death Penalty in the Process of Adopting the Law Implementation of the Rome Statute in the Democratic Republic of Congo», in: K. Ambos & O. A. Maunganidze (org.), *Power and Prosecution* (n. 16) (pp. 73-84), pp. 73 e segs.

¹¹⁷ Cf. Fiss, O., «Within Reach of the State: Prosecuting Atrocities in Africa», *Human Rights Quarterly*, vol. 31, n.º 1 (2009) (pp. 59-69), pp. 59 e segs., que conclui que os mecanismos nacionais têm de ser tomados em consideração.

¹¹⁸ A propósito de complementaridade *stricto sensu*, cf. Ambos, K., *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the ICC* (n. 54), p. 54.

¹¹⁹ A respeito desta averiguação, cf. Ambos, K., «Introduction», in: K. Ambos & O. A. Maunganidze (org.), *Power and Prosecution* (n. 16), p. 5.

uma divisão especial para crimes contra a Humanidade no Supremo Tribunal do Uganda¹²⁰, ou a implementação de um tribunal misto no Sudão, como foi sugerido pela UA¹²¹ — não passaram de meras propostas e não produziram efeitos concretos com vista a possíveis acusações ou à instauração de processos¹²². Aqui reside a diferença fundamental, em comparação, por exemplo, com a Colômbia, onde o facto de existirem múltiplas ações e medidas tomadas a nível nacional leva a que a aferição da complementaridade seja uma tarefa extremamente exigente, a qual inclui a avaliação de todo o sistema penal nacional¹²³.

¹²⁰ Cf. http://www.judicature.go.ug/index.php?option=com_content&task=view&id=117&Itemid=154 (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

¹²¹ Cf. AU, «Report» (n. 9), § 246. De forma semelhante, a propósito da inexistência de processos a nível nacional, cf. Okuta, A., «National Legislation for Prosecution of International Crimes in Kenya», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n.º 5 (2009) (pp. 1063-1076), p. 1063, e Wainaina, N. & Chepng'etich, P., «Special Tribunal Enactment: Why Cabinet, MPs, are Misleading Kenyans», in: *The Foundation for Law, Justice and Society in collaboration with The Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford (org.)*, *Oxford Transitional Justice Research* (n. 8) (pp. 110-111), p. 110.

¹²² A ação penal no Uganda sofreu um sério revés com o arquivamento do primeiro processo da Divisão de Crimes Internacionais do Supremo Tribunal, contra um ex-comandante do LRA, na sequência da decisão do Tribunal Constitucional do Uganda de aplicação da lei da amnistia, cf. Constitutional Court of Uganda, *Thomas Kwoyelo alias Latoni v Uganda*, Constitutional Petition No. 036/11, decisão de 22 de setembro de 2011, disponível online em <http://www.ulii.org/ug/judgment/2011/10> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Entretanto, a lei da amnistia caducou em 23 de maio de 2012, uma vez que o Ministro do Interior do Uganda decidiu não prorrogar a amnistia geral por mais dois anos, cf. Ugandan Minister of Internal Affairs, *Statutory Instrument No. 34 of 2012* (23 de maio de 2012); v. também Justice Law and Order Sector, «The Statute of Amnesty in Uganda, Part 2» (11 de junho de 2012), disponível online em <http://www.jlos.go.ug/old/index.php/document-centre/news-room/archives/item/211-the-status-amnesty-in-ugandapart2> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Resta saber se a Divisão de Crimes Internacionais algum dia irá instruir algum processo penal. No mesmo sentido crítico, v. também Oette, L., «Peace and Justice, or Neither?» (n. 8), pp. 363 e segs. (acolhendo positivamente a proposta do AUPD de criar um tribunal misto). Advogando a extensão da ação penal nacional aos crimes investigados pelo TPI, cf. Akande, D., Plessis, M. du & Jalloh, C. C., *An African expert study on the African Union* (n. 8), p. 24. A propósito dos fatores e/ou dificuldades subjacentes aos problemas da implementação de mecanismos de justiça nacional (e. g. falta de consciência dos perigos, deficiências de capacidade, outro tipo de prioridades, preocupações de ordem política e constitucional, custos, ausência de grupos de interesses ao nível nacional), veja-se Plessis, M. du, «Complementarity: A Working Relationship between African States and the International Criminal Court», in: M. du Plessis (org.), *African Guide* (n. 47) (pp. 123-142), pp. 134 e segs.

¹²³ Veja-se a análise do processo de paz à luz da Lei 975 (Lei da Justiça e Paz) em Ambos, K., *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the ICC* (n. 54), p. 57; v. também Ambos, K. & Huber, F., «The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court: Is there Sufficient Willingness and Ability on the Part of the Colombian Authorities or Should the Prosecutor Open an Investigation Now?», Extended version of the Statement in the 'Thematic Session: Colombia' ICC OTP-NGO roundtable, 19/20 October 2010, The Hague» (2011), disponível online em <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/2770C2C8-309A-408E-A41B-0E69F098F421/282850/civil.pdf> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Cf., ainda, avaliação crítica do relatório do Gabinete do Procurador do TPI sobre a situação na Colômbia

Os mecanismos existentes a nível supranacional e regional, como a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos ou o Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos, tão-pouco representam uma alternativa viável, já que não dispõem da necessária jurisdição¹²⁴. Contudo, tanto a UA como a Comunidade da África Oriental (EAC) comunicaram a sua vontade de os prover com essa jurisdição¹²⁵. Essas diligências foram consideradas, de forma crítica, como «complementaridade negativa» ou «complementaridade cínica», por apenas servirem para contornar o TPI, para realizar processos-espetáculo

bia, de 14 de novembro de 2012, em Ambos, K., et al., «Examen preliminar de la CPI al caso colombiano», *Semana* (19 de dezembro de 2012), disponível online em <http://m.semana.com/opinion/articulo/examen-preliminar-cpi-caso-colombiano/326053-3> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Por todos, cf. também Ambos, K. (org.), *Justicia de Transición y Constitución: Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá: Temis, 2014.

¹²⁴ A propósito de futuros mecanismos de justiça penal regionais e da sua irrelevância relativamente à complementaridade, cf. Oette, L., «Peace and Justice, or Neither?» (n. 8), pp. 362 e segs. A favor do reforço do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos (Tribunal Africano), em vez do envio dos casos para o TPI, cf. Bowman, R., «Lubanga, the DRC and the African Court» (n. 116), pp. 426 e segs.

¹²⁵ Com efeito, o Conselho Executivo da Assembleia Geral da UA apresentou um projeto de protocolo que visa a extensão da jurisdição do Tribunal Africano a crimes internacionais. A Assembleia Geral solicitou uma análise dos impactos financeiros e estruturais. O assunto devia ser novamente debatido na cimeira da UA agendada para janeiro de 2013. Cf. AU Assembly, «Decision on the Protocol of Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights», 15-16 July 2012, Doc. Assembly/AU/Dec. 427 (XIX), §§ 1 e 2. A este respeito, v. Plessis, M. du, «Implications of the AU decision to give the African Court Jurisdiction over International Crimes», *Institute for Security Studies Paper*, vol. 235 (junho de 2012). Para uma análise dos fundamentos e dos possíveis problemas da criação de uma Secção Penal no Tribunal Africano, cf. Murungu, C. B., «Towards a Criminal Chamber in the African Court of Justice and Human Rights», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, n.º 5 (2011) (pp. 1067-1088), pp. 1067 e segs. (onde se conclui que a criação desta secção constituiria infração das obrigações decorrentes do Estatuto de Roma), bem como Maunganidze, O. A., «An African Court with Criminal Jurisdiction: Accountability or Evading Justice?», *The Southern African Development Community Lawyer*, vol. 3 (2014) (pp. 4-7), pp. 5 e segs., disponível online em <http://www.sadcla.org/new1/node/33> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). V. também Plessis, M. du, Louw, A. & Maunganidze, O., «African Efforts to close the Impunity Gap» (n. 18), p. 40.

Ao nível da EAC, houve a intenção de estender a jurisdição do Tribunal de Justiça da África Oriental: a 14.ª Cimeira Ordinária aprovou um relatório neste sentido e o assunto deveria ser apresentado na 12.ª Cimeira Extraordinária. Esta teve lugar em 30 de abril de 2014, em Arusha, Tanzânia, sem que o assunto tivesse, no entanto, sido abordado, cf. EAC Secretariat, «Communiqué of the 14th Ordinary Summit of EAC Heads of State», 30 November 2012, § 10; EAC Secretariat, «Communiqué of the 12th Extra-Ordinary Summit of EAC Heads of State», 30 April 2014. A este respeito, cf. também Kabeera, E., «East Africa: EAC 'Competent to Handle International Criminal Cases'», *AllAfrica* (19 de agosto de 2012), disponível online em <http://allafrica.com/stories/201208190034.html> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). A propósito dos desenvolvimentos, cf. Ambos, K., «Introduction», in: K. Ambos & O. A. Maunganidze (org.), *Power and Prosecution* (n. 16), pp. 11-21.

e, assim, perpetuar a impunidade¹²⁶. O único mecanismo de âmbito regional é o «Protocolo para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade e Todas as Formas de Discriminação», o qual obriga todos os Estados Membros a implementarem os respetivos mecanismos em matéria penal¹²⁷. Em suma, todos estes desenvolvimentos podem certamente ser atribuídos às investigações e demais ações do TPI, de forma que, em última análise, estas ações contribuíram para fortalecer o sistema ainda embrionário de proteção de direitos humanos, bem como a prática ainda incipiente da justiça penal¹²⁸.

Por último, a crítica política feita ao TPI parece ignorar que a decisão de aderir ou não ao TPI é uma decisão soberana de cada Estado. Ao invés dos tribunais penais *ad hoc*, o TPI não impõe o exercício da sua jurisdição, antes estendendo-a aos Estados que lhe tenham delegado tal competência, salvo nos casos submetidos pelo CSNU. Diante deste panorama, a acusação de um neocolonialismo judicial não tem cabimento¹²⁹. Enquanto o colonialismo se caracteriza por uma pretensão imperialista levada a cabo através de ocupação e anexação (que, na atualidade, constituem crimes internacionais)¹³⁰, a justiça penal internacional é uma resposta a violações massivas dos direitos humanos e à impunidade que, sistematicamente, se verifica na sequência dessas violações. Ou seja, o discurso neocolonialista contra o TPI põe no mesmo patamar os crimes cometidos e a ação penal contra eles.

¹²⁶ Cf. Plessis, M. du, Louw, A. & Maunganidze, O., «African efforts to close the impunity gap» (n. 18), p. 2. V. também Plessis, M. du, «A case of negative regional complementarity? Giving the African Court of Justice and Human Rights Jurisdiction over International Crimes», *European Journal of International Law: Talk!* (27 de agosto de 2012), disponível online em <http://www.ejiltalk.org/a-case-of-negative-regional-complementarity-giving-the-african-court-of-justice-and-human-rights-jurisdiction-over-international-crimes/> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

¹²⁷ Adotado como protocolo anexo ao «Pacto sobre a Paz, a Estabilidade e o Desenvolvimento da Região dos Grandes Lagos», assinado pelos chefes de Estado e Governo, na Conferência Internacional da Região dos Grandes Lagos, a 29 de novembro de 2006. Para mais pormenores, cf. Murungu, C., *Immunity of State Officials and Prosecution of International Crimes in Africa*, South Africa: Faculty of Law of the University of Pretoria, 2011, pp. 162 e segs. (concluindo ainda que este protocolo constitui o único mecanismo existente a nível regional contra crimes internacionais, p. 192)

¹²⁸ Cf. Wilson, T. Y. N., «The International Criminal Court» (n. 115), p. 117.

¹²⁹ Cf. Sriram, C. L., «The International Criminal Court Africa Experiment» (n. 42).

¹³⁰ Vejam-se as novas disposições relativas ao crime de agressão e constantes do artigo 8.º *bis* ETPI, em que o ato ilícito da agressão (n.º 2 do artigo 8.º *bis* ETPI) é definido com base na resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1974, ou seja, quando há recurso à força armada «contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado». Veja-se, para uma análise abrangente, com mais referências, Ambos, K., *Treatise on International Criminal Law, Volume 2, The Crimes and Sentencing*, Oxford: Oxford University Press (2014), pp. 184 e segs.

IV. Futuro alargamento do âmbito geográfico do TPI

Não obstante as razões acima apontadas para a aparente preponderância de investigações (formais) em África, o certo é que o TPI tem de alargar o âmbito geográfico da sua ação para além do continente africano, de modo a afastar as preocupações expressas pelos países africanos e a reforçar a sua legitimidade internacional¹³¹. Importa, desde já, referir que o Procurador-Geral do TPI realizou investigações preliminares em 10 situações¹³², sendo que destas apenas 4 envolviam países africanos (Guiné, Nigéria, Ilhas Comores e RCA). As restantes situações envolviam países asiáticos (Afeganistão, Geórgia, Coreia do Sul, Iraque), da América Latina (Colômbia, Honduras) e da Europa (Ucrânia)¹³³. Houve ainda, anteriormente, investigações preliminares envolvendo a Palestina¹³⁴ e a Venezuela, mas das mesmas resultou não haver base suficiente para abertura de inquérito¹³⁵. É de esperar que a atividade do Gabinete do Pro-

¹³¹ A propósito da questão do «padrão duplo», cf. Sadat, L. N., «On the Shores of Lake Victoria: Africa and the Review Conference for the International Criminal Court» (2010), <http://law.wustl.edu/harris/papers/AfricalCCAFLASpring-Final5-24-2010.pdf> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

¹³² A este respeito, cf. Ambos, K., *Internationales Strafrecht* (n. 41), § 8 notas 20 e segs., e Ambos, K. & Stegmiller, I., «Prosecuting Crimes at the International Criminal Court» (n. 111), p. 395; *idem*, «Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?», *Revista Penal*, n.º 32 (2013) (pp. 41-59), pp. 46 e segs.

¹³³ Veja-se o resumo das investigações preliminares até à presente data em http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/comm%20and%20ref/Pages/communications%20and%20referrals.aspx (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

¹³⁴ Cf. ICC, Office of the Prosecutor, «Situation in Palestine. Summary of submissions on whether the declaration lodged by the Palestinian National Authority meets statutory requirements», 3 de maio de 2010, disponível online em <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/553F5F08-2A84-43E9-8197-6211B5636FEA/282852/PALESTINEFINAL201010272.pdf> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Veja-se a discussão em Kearney, M. G. & Reynolds, J., «Palestine and the Politics of International Criminal Justice», in: W. A. Schabas, Y. McDermott & N. Hayes (org.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, Farnham: Ashgate, 2013 (pp. 407-433); ainda a este respeito, Kontorovich, E., «Israel/Palestine – The ICC’s Uncharted Territory», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, n.º 5 (2013) (pp. 979-999), pp. 979 e segs. O reconhecimento do estatuto de Estado observador à Palestina, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, facilitou a adesão da Palestina ao TPI em janeiro de 2015 cf. http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1082_2.aspx, cf. Ambos, K., «Palestine, UN Non-Member Observer Status and ICC Jurisdiction», *European Journal of International Law: Talk!* (6 de maio de 2014), disponível online em <http://www.ejiltalk.org/palestine-un-non-member-observer-status-and-icc-jurisdiction/>; v. também http://www.eldiario.es/contrapoder/Palestina-Israel-Corte_Penal_Internacional_6_345475465.html (todos consultados em 7 de março de 2015).

¹³⁵ A propósito da Venezuela, cf. ICC, Office of the Prosecutor, «Response to communications received concerning Venezuela», 9 de fevereiro de 2006, http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/4E2BC725-6A63-40B8-8CDC-ADBA7BCAA91F/143684/OTP_letter_to_senders_re_Venezuela_9_February_2006.pdf (última consulta em 21 de fevereiro de 2015);

curador resulte, num futuro próximo, em investigações formais por situações ocorridas fora de África.

A este respeito, não se deve tão-pouco ignorar que as investigações preliminares conduzidas pelo TPI vão muito além das situações referidas¹³⁶. O enorme volume de trabalho do TPI na fase preliminar de investigação fica bem patente no elevado número de comunicações — num total de 10 352 até finais de 2013¹³⁷ — feitas nos termos do artigo 15.º do ETPI¹³⁸. Refira-se, entre os muitos assuntos em causa, a análise da competência do TPI, a verificação da existência de crime internacional e a aferição da sua gravidade, a possibilidade de ação penal ao nível nacional e a interpretação de cláusulas normativas, nomeadamente do que se entenda por «interesses da justiça» (artigo 53.º do ETPI)¹³⁹.

Uma maior transparência no que toca à seleção das situações e dos casos contribuirá, sem dúvida, para reforçar a confiança na objetividade e imparcialidade do TPI¹⁴⁰. É, por isso, salutar a recente publicação de um documento estratégico em matéria de investigações preliminares e de relatórios específicos por país¹⁴¹. De facto, a publicação deste documento deve-se ao «interesse na

a propósito do Iraque, cf. ICC, Office of the Prosecutor, «Response to communications received concerning Iraq», 9 de fevereiro de 2006, http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/04D143C8-19FB-466C-AB77-4CDB2FDEBEF7/143682/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf (última consulta em 21 de fevereiro de 2015). Veja-se a análise de ambas as decisões em Gentile, «Understanding the International Criminal Court», in: M. du Plessis (org.), *African Guide* (n. 47) (pp. 99-122), p. 110.

¹³⁶ A respeito dos «procedimentos internos» prévios à escolha de um caso e à abertura de inquérito, cf. Ankumah, E., «Is Africa a Participant or Target of International Justice?» (n. 11), p. 6.

¹³⁷ ICC, Office of the Prosecutor, «Report on Preliminary Examination Activities 2013» (novembro de 2013), disponível online em http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20-%20Report%20%20Preliminary%20Examination%20Activities%202013.PDF (última consulta em 21 de fevereiro de 2015), pp. 5 e segs. Para além disso, no período entre 1 de novembro de 2012 e 1 de outubro de 2013 registaram-se 597 comunicações, das quais 503 não cabiam aparentemente na competência do TPI (op. cit.).

¹³⁸ Cf. ICC, Office of the Prosecutor, *Weekly Briefing*, vol. 69 (de 21 de dezembro de 2010 a 10 de janeiro de 2011), p. 3.

¹³⁹ Cf. Ankumah, E., «Is Africa a Participant or Target of International Justice?» (n. 11), p. 6.

¹⁴⁰ Cf. Plessis, A. du & Louw, A., *Symposium on «The ICC that Africa Wants»: Key Outcomes and Recommendations*, Pretoria: Institute for Security Studies, 2010, p. 4 (que se realizou em novembro de 2009, em Stellenbosch, África do Sul). V. também Clark, P., «Law, Politics and Pragmatism: The ICC and Case Selection in Uganda and the Democratic Republic of Congo», in: N. Waddell & P. Clark, *Courting Conflict?* (n. 42) (pp. 37-45), p. 38; Ford, J., *Bringing Fairness to International Justice* (n. 52), p. 20, nota já uma emergente «transparência considerável».

¹⁴¹ Cf. ICC, Office of the Prosecutor, «Policy Paper on Preliminary Examinations» (novembro de 2013), disponível online em http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20%20Policy%20Paper%20Preliminary%20Examinations%20%202013.pdf (última consulta em 21 de fevereiro de 2015); também ICC, Office of the

clareza e previsibilidade da forma como [o Gabinete do Procurador] aplica o enquadramento jurídico definido pelos Estados Partes. O Gabinete do Procurador espera que esta clareza venha a facilitar a adaptação de outros agentes (líderes políticos, diplomatas, mediadores e gestores de conflito, ONGs e grupos de interesse) ao quadro legal estabelecido no Estatuto de Roma, a promoção da cooperação e o aumento do efeito preventivo do Estatuto»¹⁴².

O documento realça os princípios fundamentais da independência, da imparcialidade e da objetividade, e propõe um determinado procedimento no âmbito das investigações preliminares¹⁴³. Esclarece, ainda que «fatores tais como equilíbrio geográfico ou regional não são critérios relevantes para determinar se uma situação justifica ou não investigação nos termos do Estatuto»¹⁴⁴. O documento estratégico aponta, globalmente, para o bom caminho, porquanto contribui para uma melhor compreensão da seleção das situações ou casos a investigar, bem como dos procedimentos internos. Não se deve esquecer, no entanto, que decisões em matéria penal decorrem, em grande medida, da descrição factual, o que não facilita a sua compreensão pelo exterior.¹⁴⁵

Conclusão: soluções africanas para problemas africanos?

A preponderância de situações investigadas pelo TPI em África não significa que se pretenda impor um modelo de justiça retributiva de inspiração ocidental às sociedades africanas, sem tomar em consideração o específico

Prosecutor, «Strategic Plan: June 2012-2015», 11 de outubro de 2013, disponível online em http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/policies%20and%20strategies/Documents/OTP-Strategic-Plan-2012-2015.pdf (última consulta em 21 de fevereiro de 2015); a este respeito, cf. Ambos, K. & Stegmiller, I., «Prosecuting Crimes at the International Criminal Court» (n. 111), pp. 397 e segs.; ICC, Office of the Prosecutor, «Report on Preliminary Examination Activities 2011», 13 de dezembro de 2011, disponível online em <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/63682F4E-49C8-445D-8C13-F310A4F3AEC2/284116/OTPreportonPreliminaryExaminations13December2011.pdf> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015) e também ICC, Office of the Prosecutor, «Report on Preliminary Examination Activities 2012» (novembro de 2012), disponível online em <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C433C462-7C4E-4358-8A72-8D99FD00E8CD/285209/OTP2012ReportonPreliminaryExaminations22Nov2012.pdf> (última consulta em 21 de fevereiro de 2015).

¹⁴² Cf. ICC, Office of the Prosecutor, «Policy Paper on Preliminary Examinations» (n. 141), § 20.

¹⁴³ Cf. ICC, Office of the Prosecutor, «Policy Paper on Preliminary Examinations» (n. 141), § 33.

¹⁴⁴ Cf. ICC, Office of the Prosecutor, «Policy Paper on Preliminary Examinations» (n. 141), resumo em § 11.

¹⁴⁵ Cf. Goldston, J. A., «More Candour about Criteria» (n. 43), pp. 383-406; v. também Nsereko, D. D. N., «Prosecutorial Discretion before National Courts and International Tribunals», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n.º 1 (2005) (pp. 124-144), p. 142.

contexto local¹⁴⁶. Mesmo que as sociedades africanas se distingam de outras em alguns aspetos¹⁴⁷, não significa que sejam *per se* sociedades incivilizadas, bárbaras e violentas, tal como os estereótipos ocidentais querem fazer crer¹⁴⁸. Caracterizam-se, em geral, por uma forte orientação comunitária, em que as transgressões são sancionadas através de mecanismos tradicionais¹⁴⁹, como é o caso dos tribunais Gacaca no Ruanda ou dos mecanismos de reconciliação no Uganda (por ex. Mato Oput)¹⁵⁰, e não através de uma justiça penal retributiva. Estes mecanismos têm como finalidade a reconciliação e a restituição do «equilíbrio social»¹⁵¹, ao contrário da estigmatização do responsável através da criminalização própria dos sistemas ocidentais. Com efeito, coloca-se a questão de saber se, e até que ponto, um Direito Penal retributivo ao estilo ocidental constitui resposta adequada a transgressões, quando as sociedades em causa

¹⁴⁶ De forma incisiva, cf. também Plessis, M. du, *The International Criminal Court that Africa wants* (n. 4), pp. 82 e segs.: «o mito da índole antiafricana do TPI e da sua prática de selecionar unicamente países africanos constitui um ataque a uma instituição que merece apoio.»

¹⁴⁷ É mais do que evidente que não é possível falar de uma África como um todo. Existem não só diferenças profundas entre a África do Norte e a África subsariana, como as circunstâncias variam amplamente de país para país, entre regiões, tribos, clãs ou até mesmo entre aldeias.

¹⁴⁸ Veja-se uma crítica positiva, em parte fazendo referência ao julgamento de Charles Taylor, no Tribunal Especial para a Serra Leoa, em Anders, G., «Testifying about ‘Uncivilized Events’: Problematic Representations of Africa in the Trial against Charles Taylor», *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, n.º 4 (2011) (pp. 937-959), p. 937.

¹⁴⁹ Cf, por exemplo, Ambos, K., «The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC», in: K. Ambos, J. Large & M. Wierda (org.), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development – The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlin & Heidelberg: Springer, 2009 (pp. 19-103), pp. 48 e segs.; a propósito das dificuldades no contexto do Direito Penal Internacional e das culturas não ocidentais, cf. Kelsall, T., «International Crime Justice and Non-Western Cultures», in: The Foundation for Law, Justice and Society in collaboration with The Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford (org.), *Oxford Transitional Justice Research* (n. 8) (pp. 17-20), p. 17.

¹⁵⁰ Cf. a este respeito Schabas, W. A., «Genocide Trials and Gacaca Courts» (n. 116), p. 879; Megwalu, A. & Loizides, N., «Dilemmas of Justice and Reconciliation» (n. 116), p. 1; Clark, P., *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda: Justice without Lawyers*, Cambridge & New York: Cambridge University Press, 2010; Wasonga, J., «Rediscovering Mato Oput: The Acholi Justice System and the Conflict in Northern Uganda», *Africa Peace and Conflict Journal*, vol. 2, n.º 1 (2009) (pp. 21-38), p. 31; Latigo, J. O., «Northern Uganda: Tradition-Based Practices in the Acholi Region», in: L. Huyse & M. Salter (org.), *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict: Learning from African Experiences*, Stockholm: International IDEA, 2008 (pp. 85-120), p. 85; Baines, E. K., «The Haunting of Alice: Local Approaches to Justice and Reconciliation in Northern Uganda», *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, n.º 1 (2007) (pp. 91-114), p. 103; Allen, T., «Ritual (Ab)use? Problems with Traditional Justice in Northern Uganda», in: N. Waddell & P. Clark, *Courting Conflict?* (n. 42) (pp. 47-54), pp. 49 e segs.

¹⁵¹ Cf. Oko, O., «The Limits of Prosecutions», in: The Foundation for Law, Justice and Society in collaboration with The Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford (org.), *Oxford Transitional Justice Research* (n. 8) (pp. 21-23), p. 21.

não interiorizaram os valores a ele subjacentes¹⁵². Por essa razão, as abordagens ocidentais deveriam incorporar e aplicar, tanto quanto possível, as soluções locais tradicionais.

Como já se referiu anteriormente, o Estatuto do TPI constitui um instrumento flexível que reconhece abordagens alternativas para a determinação da responsabilidade, mas desde que haja, de facto, alguma forma de imputação da responsabilidade¹⁵³. A questão-chave é, portanto, a de saber se tais abordagens, como as acima referidas, ou ainda a da Comissão de Verdade e Reconciliação sul-africana¹⁵⁴, conseguem efetivamente evidenciar a responsabilidade individual¹⁵⁵. É evidentemente necessário que cada caso concreto seja apreciado com base nas suas circunstâncias particulares, tendo em conta a natureza e o número de crimes cometidos, a posição hierárquica dos envolvidos na organização criminosa e as demais particularidades¹⁵⁶. Pode dar-se o caso de a responsabilização de superiores hierárquicos, no âmbito de abordagens e procedimentos tradicionais, se revelar insuficiente. A impunidade ou uma justiça penal deficitária ao nível nacional justificam uma intervenção do TPI, no quadro do princípio da complementaridade. Neste caso, não se pode afirmar que as investigações do TPI estejam focadas em África ou na cultura africana, mas antes que o alvo é a cultura de impunidade na prática de crimes internacionais graves¹⁵⁷. A própria UA nunca abdicou do combate à impunidade, a despeito de todas as críticas que teceu ao TPI. Aliás, por ocasião da Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, os seus delegados salientaram que «o decidido empenho de África no combate à impunidade»

¹⁵² Neste sentido, cf. Oko, O., «The Limits of Prosecutions» (n. 151), p. 21, para quem a violência em África é resultado de desconfiança étnica e da marginalização económica das comunidades, e que argumenta que o processo penal inspirado no modelo ocidental é incapaz de tomar em consideração o vasto leque das causas culturais de violência.

¹⁵³ Cf. também Ambos, K., «The Legal Framework of Transitional Justice» (n. 149), p. 40.

¹⁵⁴ A propósito das Comissões de Verdade e Reconciliação, cf. Ambos, K., «The Legal Framework of Transitional Justice» (n. 149), p. 40: «Se uma Comissão de Verdade e Reconciliação atua como um substituto (parcial) da justiça, a verdade a descobrir por esta Comissão tem que compensar, em termos qualitativos e quantitativos, a perda ou o défice de justiça.»

¹⁵⁵ Segundo Clark, P., *The Gacaca Courts* (n. 150), p. 342, os tribunais gacaca têm uma componente jurídico-penal e punitiva e foram conduzidos de acordo com o sistema de justiça penal ruandês.

¹⁵⁶ A propósito de um modelo diferenciado de complementaridade, em que apenas os superiores hierárquicos enfrentam sanções penais, enquanto a aplicação de mecanismos de justiça tradicional é admissível no caso de autores hierarquicamente inferiores, cf. Stegmiller, I., *The Pre-Investigation Stage of the ICC – The Criteria for Situation Selection*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011, pp. 528-535.

¹⁵⁷ Cf. Annan, K., «Address at the Review Conference to the Rome Statute of the ICC in Kampala» (n. 57), § 43.

não era negociável¹⁵⁸. E também a Assembleia Geral da UA sublinhou o seu «compromisso para com a luta contra a impunidade»¹⁵⁹, não obstante a crítica explícita ou implícita às decisões do TPI.

¹⁵⁸ Cf. declaração de Ben Kioko em nome da UA, disponível online em http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/Statements/ICC-RC-gendeba-AfricanUnion-ENG.pdf (última consulta em 21 de fevereiro de 2015): «[...] a UA não tolera a impunidade, de forma alguma. Não há dúvida [...] que para alcançar a paz e reconciliação duradouras no Darfur, é imperioso defender o princípio da responsabilidade e levar à justiça os autores das graves violações de direitos humanos nesta região. Em simultâneo, é igualmente importante garantir que a busca de justiça seja feita de modo a que não impeça ou não ameace os esforços destinados a promover a paz duradoura» (op. cit., § 4). Três semanas volvidas sobre esta declaração, a UA voltou a chamar os seus Estados Membros para não cooperarem com o TPI no caso al-Bashir (n. 9).

¹⁵⁹ Cf. AU Assembly, *Decision on the Implementation of the Decisions on the International Criminal Court* (n. 8), § 2.



**MÓDULO AVULSO: A CONFERÊNCIA
DE KAMPALA E O CRIME
DE AGRESSÃO**



MÓDULO AVULSO: A CONFERÊNCIA DE KAMPALA E O CRIME DE AGRESSÃO

O crime de agressão e a revisão de Kampala

NUNO PINHEIRO TORRES*

Sumário:

Introdução;

I. A Conferência de Kampala;

1. O coma induzido do crime de agressão;
2. A génese da Conferência;

II. O crime de agressão;

1. Características do tipo;
2. Sobre o conceito de agressão;
3. Sobre a ativação da jurisdição do TPI em relação ao crime de agressão;
4. Sobre o alcance da jurisdição do TPI em relação ao crime de agressão;
5. Sobre o papel do Conselho de Segurança;

III. A situação atual do TPI: justiça politizada?;

Conclusão.

Introdução

A Conferência de Kampala, de enorme significado simbólico, representou mais um marco na expansão da justiça penal internacional. Nesta Conferência foram aprovadas as alterações ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI), que vieram concretizar ou materializar o crime de agressão, crime este que na Conferência de Roma tinha sido deixado sem qualquer conteúdo. Em boa verdade esta não foi a única alteração ao Estatuto, mas foi inequivocamente a de maior alcance e importância.

O desfecho da Conferência não se antevia fácil, considerando as questões em aberto que dividiam os Estados Partes. As soluções de compromisso, impostas pela necessidade de encontrar consensos e resultantes de cedências mútuas, são quase sempre imperfeitas. No caso do crime de agressão tiveram como consequência, por um lado, um regime jurídico complexo

* Diretor-Geral de Política de Defesa Nacional; assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto.

quanto à atribuição de competência ao Tribunal e, por outro, uma insuficiente definição de ato de agressão, questões a que adiante regressarei com algum detalhe¹.

I. A Conferência de Kampala

1. O coma induzido do crime de agressão

Início este capítulo com uma citação algo provocatória, mas certa: «[s]intetizaria o falhanço na ativação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional sobre o crime de agressão de um modo simples da seguinte forma: a ação adotada em Kampala é comparável à de um médico que coloca um paciente em coma induzido para salvar a sua vida»².

Estas são palavras sem dúvida duras mas que têm muito de verdadeiro, e constituem uma metáfora ajustada ao que aconteceu na Conferência de Revisão.

A descrição emotiva de quem participou nos trabalhos, os relógios suspensos à meia-noite do último dia da Conferência, a tensão do momento da decisão no minuto final e, por fim, a explosão de alegria e o brinde com champanhe após a aprovação por consenso das alterações ao Estatuto do Tribunal, contrastam com a ressaca do dia seguinte. A simples leitura da Resolução onde se incluem as normas que tipificam o crime de agressão, é tanto quanto basta para abalar as ilusões de todos os que acreditavam que Kampala iria redimir Roma.

2. A génese da Conferência

Relembremos o que esteve na génese da Conferência de Kampala: o Estatuto do TPI foi adotado em Roma em 1998, mas vicissitudes do processo negocial levaram a que o documento ficasse incompleto. Dos quatro crimes

¹ Sobre este tema publiquei dois estudos que constituíram a principal base do texto desta conferência: «O exercício da competência do Tribunal Penal Internacional sobre o crime de agressão», in: Luís Couto Gonçalves et al. (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra: Almedina, 2012 (pp. 1027-1060), e «O crime de agressão no Estatuto do Tribunal Penal Internacional», in: António Pinto Pereira et al. (ed.), *Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013 (pp. 763-816). O texto que ora se publica, com ligeiras correções, mantém o registo oral da intervenção, optando-se por colocar, em notas de rodapé, os desenvolvimentos mais relevantes entretanto ocorridos.

² Cf. Ferencz, D., «The Crime of Aggression: Some Personal Reflections on Kampala», *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, n.º 4 (2010) (pp. 905-908), p. 907.

internacionais inicialmente incluídos na jurisdição do Tribunal, o crime de agressão ficou-se apenas pelo nome, sem ter sido tipificado. Juntamente com o Estatuto, do Ato Final da Conferência de Roma fez parte a aprovação da Resolução F, que instituiu uma Comissão Preparatória com mandato para preparar uma proposta normativa que definisse o crime de agressão, bem como as condições para o exercício da competência pelo Tribunal.

Por outro lado, o próprio Estatuto previa no seu artigo 123.^o que, após sete anos da sua entrada em vigor — recorde-se que entrou em vigor em 1 de julho de 2002 —, seria convocada uma Conferência de Revisão para examinar qualquer alteração, nomeadamente sobre a lista de crimes. A referida Conferência de Revisão veio a ser convocada para ter lugar em Kampala, no ano de 2010. Acreditava-se que seria o culminar de um lento e laborioso processo de redação das normas sobre o crime de agressão e que finalmente se iria concluir o inacabado Estatuto do TPI. E assim aconteceu, de facto, ainda que com uma solução «arrancada a ferros», e com fundadas dúvidas sobre a sua atualidade.

II. O crime de agressão

O crime de agressão é o herdeiro dos crimes contra a paz que foram incluídos na Carta do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga. No decurso do julgamento, 12 dos 22 acusados foram condenados pela comissão de crimes contra a paz. Sugestivamente, no texto do Acórdão de Nuremberga, a guerra de agressão foi qualificada como o «supremo crime internacional». Na verdade, à data, este crime internacional estava na génese dos outros dois, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade. E qual a base legal deste crime? Na falta de disposição legal específica que criminalizasse a guerra, entendeu o Tribunal de Nuremberga que a base normativa deste novel crime assentava na violação de tratados internacionais, em particular do Pacto Kellogg-Briand de 27 de agosto de 1928, no qual os Estados Partes renunciavam à guerra como instrumento de política nacional.

1. Características do tipo

O crime de agressão tem algumas particularidades que o distinguem dos outros crimes internacionais. Subjacente a este crime está um ato de agressão de um Estado a outro. Não se destina ou dirige a proteger direitos fundamentais ou direitos humanos. O bem jurídico protegido é a paz internacional, não a vida ou outros bens jurídicos individuais, ainda que estes acabem por ser protegidos reflexamente. Por contraponto, os outros crimes internacionais visam diretamente a proteção do indivíduo, seja enquanto parte de um grupo, no caso do genocídio, seja da população civil, nos crimes contra a Humanidade, seja ainda pertencente à outra parte beligerante, na maioria dos crimes de guerra.

Uma outra característica específica do crime de agressão é que só ocorre na relação entre Estados, no deflagrar de um conflito armado internacional. Pressupõe necessariamente a simultânea responsabilidade internacional do Estado agressor por violação das normas internacionais que proíbem o uso da força nas relações internacionais. Conflitos armados internos ou conflitos armados assimétricos entre um Estado e um grupo armado rebelde ou uma organização terrorista escapam ao âmbito de aplicação das normas relativas ao crime de agressão. Por seu turno, o genocídio e os crimes contra a Humanidade tanto podem ocorrer em tempo de guerra como em tempo de paz. E os crimes de guerra abrangem igualmente as condutas praticadas no decurso de conflitos armados internos, para além dos conflitos armados internacionais.

Um outro traço específico do crime de agressão é ser um crime de liderança, sendo muito poucos os que se encontram em condições de cometê-lo e, portanto, de por ele ser criminalmente responsabilizados. Apenas os mais elevados cargos no Governo e as mais altas patentes militares se encontram em posição de exercer controlo ou dirigir a ação política ou militar de um Estado. Nos outros crimes internacionais, qualquer pessoa, seja qual for a função, escalão ou hierarquia, pode participar na sua comissão e ficar sujeita a punição.

Como qualquer crime internacional, o crime de agressão desdobra-se num elemento material e num elemento psicológico.

Em traços largos, o elemento material do crime de agressão ou *actus reus*, consiste na participação dos principais líderes políticos e militares no planeamento, preparação, iniciação ou execução de um ato de agressão que, pela sua natureza, gravidade ou escala, constitua uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas.

Quanto ao elemento psicológico ou *mens rea* (também designado neste crime como *animus aggressionis*), exige-se a prova de que os indivíduos em posição de efetivamente exercer controlo ou dirigir a ação do Estado participaram intencionalmente no ato de agressão e fizeram-no com conhecimento dos seus elementos materiais. Neste caso, e de acordo com o artigo 8.º *bis* dos Elementos dos Crimes, os elementos materiais incluem as circunstâncias em que as condutas são adotadas, isto é, o conhecimento da incompatibilidade do uso da força com a Carta das Nações Unidas, e lá onde a sua violação seja manifesta. Note-se que o autor não tem de ser especialista em Direito Internacional, uma vez que não se exige que tenha feito uma avaliação jurídica da compatibilidade do recurso à força armada com o disposto na Carta das Nações Unidas, nem do caráter manifesto dessa mesma violação. Igualmente não é exigido, como sucede noutros crimes internacionais, de que é exemplo o crime de genocídio, uma intenção específica (*dolus specialis*) que deva acrescer à vontade de praticar certos atos ou adotar certas condutas, para que um ato de agressão seja elevado à categoria de crime internacional.

A própria licitude ou ilicitude do uso da força à luz do Direito Internacional pode ser aferida, em certos casos, em função de existir, ou não, o *animus aggressionis*. Com efeito, já no caso do Alto Comando, julgado entre 1947 e

1948, nos termos da Lei n.º 10 do Conselho de Controlo, foi referido que «[n]a intenção e finalidade para a qual [a guerra] é planeada, preparada, iniciada ou desencadeada encontra-se a sua licitude ou ilicitude». Aqueles que nos mais altos escalões do poder político e militar participam voluntariamente na definição e execução de uma política de agressão armada, com conhecimento da sua finalidade, então, para além de facilitarem a determinação da natureza ilícita desse mesmo recurso à força, simultaneamente preenchem o elemento psicológico requerido no crime de agressão.

Após este breve esboço relativamente ao crime de agressão, irei doravante debruçar-me sobre quatro aspetos que me parecem os mais relevantes e analisar criticamente as soluções que foram adotadas na conferência de revisão.

2. Sobre o conceito de agressão

Nos termos do artigo 8.º *bis* do Estatuto «por ‘crime de agressão’ entende-se o planeamento, a preparação, a iniciação ou a execução, por uma pessoa em posição de efetivamente exercer controlo sobre, ou dirigir, a ação política ou militar de um Estado, de um ato de agressão que, pela sua natureza, gravidade e escala, constitui uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas».

Toda a construção do crime de agressão está alicerçada no conceito de «ato de agressão». Foi a expectável dificuldade em encontrar uma definição universalmente aceite de ato de agressão que impediu a sua inclusão aquando da adoção do Estatuto do TPI em Roma, em 2001. Ora, após vários anos de procura de uma definição que gerasse o consenso entre os Estados, optou-se por uma solução conservadora. Foi recuperado o conceito proposto na Resolução 3314 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1974.

Assim, constitui um «ato de agressão o recurso à força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou de qualquer outro modo incompatível com a Carta das Nações Unidas». A esta descrição de ato de agressão acresce um elemento qualificativo adicional: a violação da Carta tem que ter sido manifesta, em função da sua natureza, gravidade e escala. Como é bom de ver, estamos perante conceitos indeterminados que carecem de ser preenchidos. Teremos de aguardar para ver como a jurisprudência do Tribunal os vai interpretar, se e quando vier a ser chamada a julgar um caso que envolva a comissão do crime de agressão. Um bom exemplo de escola, recente, é a intervenção militar no Iraque em 2003. Todos os pressupostos enunciados encontram-se preenchidos.

Para facilitar a identificação das situações de uso ilícito da força que constituem um ato de agressão, à definição adotada segue-se uma enumeração de condutas que são qualificadas como tal. A leitura atenta destas condutas permite concluir que, apesar da sua atualidade, refere-se a formas convencionais de uso da força. É bom ter presente que a Resolução 3314 da AG, aprovada há cerca de 40 anos, foi adotada com a finalidade de apoiar o processo decisório

no Conselho de Segurança, através da criação de um quadro normativo não vinculativo que o auxiliasse na interpretação do conceito de agressão. E a verdade é que a dita Resolução, não sendo vinculativa, não limita os poderes do Conselho de Segurança na qualificação de outras situações como atos de agressão, para além do elenco apresentado, como expressamente é nela referido.

Hoje as ameaças que os Estados enfrentam não se reduzem ao risco de ataques de outros Estados. São múltiplos os exemplos que nos remetem para a crescente relevância de atores não estaduais. Por outro lado, a natureza e os meios empregues nos conflitos tendem a evoluir — veja-se o caso do recurso a veículos aéreos não tripulados, mais conhecidos por *drones*, que é cada vez maior. Acresce que o ciberespaço é crescentemente uma dimensão fundamental da segurança dos Estados, onde a ciberdefesa e a ciberguerra já não são apenas enredos de ficção científica.

A verdade é que o conceito de agressão previsto no artigo 8.º *bis*, em minha opinião, é redutor, não abrangendo todo o espectro de ataques de que um Estado pode ser vítima por parte de outro Estado. Estamos perante uma definição adequada ao tempo da guerra fria, típica do século xx, e que pode vir a demonstrar-se insuficiente para a realidade do século XXI.

Não pretendo com isto dizer que as guerras convencionais são coisa do passado. Não podemos afastar do nosso horizonte um cenário de um conflito armado de grande intensidade entre Estados. Como certamente sabem, por esse mundo fora continuam a ser feitos grandes investimentos em capacidades militares, não só pelos Estados Unidos, mas hoje também pelos Estados do Golfo, e na região da Ásia-Pacífico (pela China, Índia, Japão e Coreia do Sul). Considero por isso, que a criminalização da agressão é fundamental, mesmo que tenha ficado aquém do que seria desejável.

3. Sobre a ativação da jurisdição do TPI em relação ao crime de agressão

A aprovação por consenso da Resolução 6 da Conferência de Revisão foi só o primeiro passo no processo de atribuir jurisdição ao Tribunal em relação ao crime de agressão. Para o exercício da competência do Tribunal ainda há um longo caminho a percorrer: a ratificação ou aceitação das alterações por 30 Estados Partes; e uma nova decisão dos Estados Partes a ser tomada depois de 1 de janeiro de 2017.

Estas duas condições, previstas no artigo 15.º *bis*, não se referem à entrada em vigor das alterações, que ocorre nos termos do n.º 5 do artigo 121.º do Estatuto. As alterações ao Estatuto, nomeadamente com a inserção de novas disposições, foram adotadas em Kampala, e entrarão em vigor para os Estados Partes à medida que por estes forem ratificadas ou aceites, sempre um ano após o depósito dos respetivos instrumentos.

Contudo, poderá o Tribunal nunca vir a exercer essa competência se não se cumprirem os dois requisitos seguintes, e que são de verificação cumula-

tiva: em primeiro lugar, o depósito dos instrumentos de ratificação ou aceitação de, pelo menos, 30 Estados, e contar um ano da data do depósito do 30.^o Em segundo lugar a confirmação da competência do Tribunal em relação ao crime de agressão por uma nova decisão em Assembleia de Estados Partes, após 1 de janeiro de 2017, decisão esta que seguirá o quórum deliberativo da adoção de alterações ao Estatuto. Este quórum vem previsto no n.º 2 do artigo 121.^o do Estatuto e exige a aprovação (neste caso a confirmação) por consenso ou, não sendo este alcançável, pela maioria de dois terços dos Estados Partes.

Repito, estes dois requisitos são cumulativos, não basta a verificação de um deles. Se dúvidas restassem, os Estados desfizeram-nas ao inserir nos Entendimentos referentes às alterações ao Estatuto a expressa referência que a competência do Tribunal será exercida na data que for posterior.

Ora, estamos em presença de uma verdadeira condição suspensiva da ativação da competência do Tribunal. As novas disposições, após a adoção na Conferência de Revisão de Kampala, encontram-se integradas no Estatuto, e entrarão em vigor e vincularão os Estados Partes que as ratifiquem ou aceitem, ainda que só um ano após o depósito do respetivo instrumento. No entanto a competência do Tribunal permanecerá «adormecida», na mais otimista das hipóteses, sempre até ao dia 1 de janeiro de 2017. O Tribunal não poderá conhecer qualquer situação que envolva a prática de um ato de agressão, para determinação da responsabilidade criminal individual, sem que esses dois pressupostos, futuros e incertos, se verifiquem.

Esta solução, atrevo-me a dizer, é tudo menos satisfatória! Até ontem tinham sido depositados apenas 11 instrumentos de ratificação ou aceitação, constituindo a maior fatia os de pequenos Estados, como Andorra e Liechtenstein, Samoa e Trindade e Tobago, Chipre e Luxemburgo, e apenas um grande, a Alemanha. De África apenas o Botswana até agora o fez. Ainda faltam bastantes até perfazer 30 e não se espere, no contexto atual, muitas adesões de Estados Africanos, quase um terço dos Estados Partes no Estatuto. Contudo, como ainda faltam alguns anos até 2017, temos de ser otimistas³!

4. Sobre o alcance da jurisdição do TPI em relação ao crime de agressão

Uma vez entrada em vigor a alteração ao Estatuto e reunidos os pressupostos para o exercício da jurisdição sobre o crime de agressão por parte do Tribunal, cabe agora perguntar: quem poderá vir a ser abrangido por esta

³ À data de 23 de março de 2015, já tinham sido depositados 23 instrumentos de ratificação ou aceitação das alterações ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, relativas ao crime de agressão. Até 2017 não será difícil atingir, ou mesmo ultrapassar, o número de 30 ratificações ou aceitações.

mesma jurisdição? Em princípio o Tribunal tem jurisdição apenas sobre os Estados que tenham concluído o processo de ratificação das alterações ao Estatuto. E, como referimos atrás, terão que ser pelo menos 30.

Contudo, pode não ser assim, desde que estes mesmos Estados que aceitam ratificar as alterações com a inclusão do crime de agressão, simultaneamente decidam que a jurisdição do Tribunal não os abrange através da desafortunada «cláusula de *opt-out*». Reza o n.º 4 do artigo 15.º *bis* o seguinte: «O Tribunal pode, de acordo com o artigo 12.º, exercer a sua competência relativamente a um crime de agressão, resultante de um ato de agressão cometido por um Estado Parte, a não ser que esse Estado Parte tenha previamente declarado que não aceita tal competência depositando uma declaração junto do Secretariado». A revogação dessa declaração pode ser efetuada em qualquer momento. Enfim, ter um menu *a la carte*, em que os Estados escolhem os crimes a que se vinculam parece-me ser uma opção que prejudica a credibilidade da justiça penal internacional.

Mas qual é, afinal, o sentido da cláusula de *opt out* prevista no n.º 4 do artigo 15.º *bis*? Qual a *ratio* de um Estado autoexcluir-se da jurisdição do Tribunal sobre o crime de agressão, não obstante ratificar ou aceitar as alterações ao Estatuto? Os Estados Partes que não ratifiquem as alterações ao Estatuto, pura e simplesmente, estão excluídos do âmbito de jurisdição do TPI em relação ao crime de agressão por força do n.º 5 do artigo 121.º

Parece difícil de compreender a razão pela qual um Estado Parte aceite ratificar as alterações ao Estatuto e simultaneamente venha declarar que não aceita o exercício da competência do Tribunal. Para que um Estado Parte não fique abrangido pela competência do Tribunal, se é essa a sua vontade, tem tão só que se abster de ratificar ou aceitar as alterações ao Estatuto. Porém, esta faculdade de *opt out* já poderá fazer sentido para os novos Estados que, entretanto, adiram ao Estatuto, por forma a poderem excluir a competência do Tribunal em relação ao crime de agressão, ficando numa posição de igualdade em relação aos outros Estados Partes que tiveram a opção de não ficar a ela sujeitos, ao não ratificarem ou aceitarem as alterações que foram introduzidas na Conferência de Revisão.

Estabelece o n.º 5 do artigo 15.º *bis* que «em relação a um Estado que não é parte neste Estatuto, o Tribunal não poderá exercer a sua competência relativamente ao crime de agressão quando cometido pelos nacionais desse Estado ou no seu território».

Ou seja, o Tribunal tem, em regra, jurisdição sobre os crimes internacionais previstos no artigo 5.º do Estatuto, desde que a conduta em causa tenha ocorrido no território ou seja imputável a um nacional de um Estado Parte no Estatuto (artigo 12.º, n.º 2). Só não será assim, não havendo qualquer restrição territorial ou pessoal ao exercício da jurisdição do Tribunal, quando é o Conselho de Segurança, através da adoção de uma resolução, a denunciar uma situação ao Procurador. Dito de outro modo, a exigência da conexão territorial ou pessoal aplica-se somente aos casos de denúncia por um Estado Parte ou à abertura de um inquérito por iniciativa do Procurador.

Contudo, em relação ao crime de agressão, não estando em causa a denúncia do Conselho de Segurança, a verificação da existência destas conexões não é alternativa mas sim cumulativa. Para que o Tribunal possa vir a exercer a sua competência sobre o crime de agressão, terá a conduta de ter ocorrido no território de um Estado Parte e ter sido praticada por nacionais de um Estado Parte. É o que dispõe o n.º 5 do artigo 15.º *bis*, ao excluir da competência do Tribunal o crime de agressão perpetrado pelos nacionais de um Estado não Parte ou no território de um Estado não Parte.

Esta solução mais exigente é, em larga medida, tributária do intenso trabalho diplomático dos Estados Unidos na Conferência de Kampala. Um dos seus representantes na Conferência, ao fazer em conferência de imprensa o balanço sobre o resultado final, proferiu a seguinte afirmação, e que sintetiza bem as restrições ao exercício da jurisdição por parte do Tribunal sobre o crime de agressão:

«Pensamos que, em relação aos dois novos crimes, o resultado protege os nossos interesses vitais. O Tribunal não pode exercer a jurisdição sobre o crime de agressão sem uma decisão posterior, a ser tomada em algum momento após o dia 1 de janeiro de 2017. O Procurador não pode acusar nacionais de Estados não Parte, incluindo nacionais dos Estados Unidos, de crime de agressão. Nenhum nacional norte-americano pode ser acusado de agressão enquanto os Estados Unidos continuarem a ser um Estado não Parte. E mesmo que venham a tornar-se um Estado Parte, ainda assim temos a opção de *opt out* da possibilidade de vir a ter os nossos nacionais acusados de agressão. Deste modo, garantimos que a proteção total para as nossas Forças Armadas e de outros nacionais dos Estados Unidos se tornasse efetiva»⁴.

Assim, em caso algum, poderá um nacional norte-americano, civil ou militar, vir a ser julgado no Tribunal pela comissão de um crime de agressão. Claro que, neste âmbito, o «interesse vital» dos Estados Unidos seria o de conseguir garantir que, em relação a todos os crimes incluídos na jurisdição do TPI, em nenhuma circunstância possa um seu nacional, algum dia, vir a ser acusado e julgado no Tribunal.

Contudo, neste crime em particular, há uma razão válida que justifica a previsão da dupla conexão. Pretende-se salvaguardar a posição dos Estados não Parte no Estatuto (e não só dos Estados Unidos) que, de outro modo, ficariam numa injustificável posição de desigualdade em relação a Estados Partes no Estatuto que não ratificassem as alterações introduzidas ao Estatuto.

⁴ Koh, H. H., «U.S. Engagement With the ICC and the Outcome of the Recently Concluded Review Conference», *Special Briefing*, Washington DC, 15 de junho de 2010, disponível online em http://www.state.gov/j/gcj/us_releases/remarks/2010/143178.htm (consultado pela última vez em 23 de março de 2015).

Com efeito, o artigo 121.º do Estatuto, que regula as alterações, prevê no seu n.º 3 que o Tribunal não poderá exercer «a sua competência relativamente a um crime abrangido pela alteração sempre que este tiver sido cometido por nacionais de um Estado Parte que não tenha aceite a alteração, ou no território desse Estado Parte». Isto é, modificações introduzidas nos crimes previstos nos artigos 5.º a 8.º, decorrentes da alteração do Estatuto, só vinculam os Estados Partes que expressamente as aceitarem, através de um ato de ratificação. Os Estados Partes que as não aceitarem ficam excluídos da sua aplicação.

Ora, se em relação a um Estado Parte no Estatuto, que aceitou a jurisdição do Tribunal, as alterações aos crimes não lhe são oponíveis, não podendo o Tribunal exercer a competência quando o «novo» crime ocorreu no seu território ou foi praticado pelos seus nacionais, por maioria de razão o mesmo deve valer para Estados não Parte no Estatuto, que não reconhecem a jurisdição do Tribunal em relação a nenhum crime. Esta solução, ainda que insatisfatória porque limita a capacidade do Tribunal no exercício da sua função jurisdicional, é a única que efetivamente respeita o princípio da igualdade dos Estados.

5. Sobre o papel do Conselho de Segurança

Uma outra questão que dividiu os Estados no processo negocial foi o papel a desempenhar pelo Conselho de Segurança na ativação da jurisdição do Tribunal em relação a uma situação concreta de uso da força entre Estados. A França e o Reino Unido bateram-se arduamente pela pronúncia prévia do Conselho de Segurança antes de o Tribunal poder iniciar um inquérito no caso de uma denúncia ou por ter elementos que indiquem que ocorreu um ato de agressão entre Estados. Isto é, pretendia-se que o Conselho de Segurança qualificasse previamente uma determinada situação de uso da força como constituindo um ato de agressão, sem a qual o Tribunal não poderia acionar a sua competência sobre o crime de agressão.

Felizmente o bom senso imperou e a pressão desses dois membros permanentes do Conselho de Segurança não vingou. Seria matar à nascença o crime de agressão, se a competência do Tribunal ficasse dependente de um órgão de natureza político como é o Conselho de Segurança e em que qualquer um dos membros permanentes pode por si só obstar à aprovação de uma resolução através do exercício do seu direito de veto, ou então condicionar o seu voto a determinada qualificação da situação que fique aquém da agressão.

Contudo, apesar de não haver essa dependência do TPI em relação a uma decisão do Conselho de Segurança, o artigo 15.º, nos seus n.ºs 6, 7 e 8, prevê um mecanismo de consulta algo complexo. Antes de abrir um inquérito sobre um crime de agressão, deve o Procurador certificar-se se houve alguma pronúncia do Conselho de Segurança determinando a comissão de um ato de agressão pelo Estado em causa. Para tal notifica o Secretário-Geral das Nações Unidas. Se o Conselho de Segurança fez essa determinação então o Procurador poderá continuar o inquérito. Se ainda não a fez, então o Procurador terá que esperar até seis meses antes de poder iniciar o inquérito.

Esta solução, que parece uma concessão aos Estados que queriam maior poder do Conselho de Segurança em relação a este crime, deixa em aberto uma questão fundamental: o que sucede se o Conselho de Segurança apreciou a situação e na sua determinação não qualificou a ação do Estado como constituindo um ato de agressão? Pode neste caso o inquérito ser iniciado? Se a resposta for positiva, isto é, se o Procurador puder iniciar o inquérito independentemente do conteúdo da pronúncia do Conselho de Segurança, qual será então a razão da espera até seis meses para o fazer?

Confesso que não é evidente o racional por detrás deste procedimento. Em resposta à questão, só vislumbro uma explicação plausível: é poder dar ao Conselho de Segurança a possibilidade de adotar uma resolução que suspende por 12 meses renováveis o início do inquérito, invocando o artigo 16.^o do Estatuto. E neste caso o Tribunal deixaria de poder exercer *ab initio* a jurisdição, ainda que temporariamente, sobre o crime de agressão.

III. A situação atual do TPI: justiça politizada?

Presentemente o Tribunal vive dias agitados. Nem tudo corre bem e o balanço é algo sombrio face às expectativas de uma nova era na justiça internacional penal. A incapacidade ou impossibilidade de levar a julgamento os responsáveis pelas mais graves situações de violação de direitos humanos, como é o caso do Presidente do Sudão, Omar al-Bashir, ou como sucedeu com o Presidente da Líbia, Muammar al-Gaddafi, entretanto sumariamente executado; as atrocidades cometidas no conflito armado interno na Síria, com mais de 100 mil mortos e milhões de refugiados, encontram-se fora do alcance da jurisdição do Tribunal; ao fim de 10 anos de atividade o TPI conta um único julgamento concluído com condenação⁵, num caso menor — o caso Lubanga, condenado pela prática de um único crime. Para além deste caso, houve uma absolvição e várias decisões de não confirmação da acusação, que revelam a meu ver alguma negligência na investigação ou então precipitação na acusação. Digo-o com a plena consciência das enormes dificuldades que o TPI enfrenta para levar a cabo uma investigação criminal séria e rigorosa na maioria dos casos que se encontram pendentes.

Creio, no entanto, que o maior risco que o Tribunal corre, constituindo aliás a principal crítica de alguns Estados ao seu Estatuto, é a politização da justiça. Acusações politicamente motivadas serão o princípio do fim da cre-

⁵ Já depois da realização desta conferência foi concluído no Juízo de 1.^a Instância um segundo caso, também relativo à situação na República do Congo, com a condenação de Germain Katanga por crimes contra a Humanidade e crimes de guerra (*Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur c. Germain Katanga, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 de março de 2014 – ICC-01/04-01/07-3436*).

dibilidade do TPI. Infelizmente o caso do Quénia está a transformar-se numa bomba relógio. Se é certo que na origem deste caso está uma investigação solicitada pelo próprio Quénia à violência que ocorreu após o ato eleitoral de 2007, os inúmeros atrasos no processo levaram a que hoje os principais acusados sejam respetivamente o Presidente e o Vice-Presidente do Quénia, em eleições entretanto realizadas. Recentemente foi adotada uma resolução pela União Africana⁶ que, numa linguagem e tom pouco comuns, solicita ao Tribunal uma suspensão do processo através do adiamento do julgamento. O que é surpreendente aqui é a ingerência de uma organização internacional na atividade de um órgão judicial internacional. Convém não esquecer que desta organização fazem parte 54 Estados, dos quais 34 são Partes no Estatuto do TPI. Por outro lado, facto que inspira grande preocupação, tem vindo ganhar terreno a errada perceção de que o Tribunal é dirigido para os Estados Africanos, contribuindo para a formação de uma corrente que advoga a denúncia por parte daqueles do Estatuto do Tribunal. Que o Quénia esteja em vias de o fazer, é algo que seria previsível, mas que a esta provável denúncia se venham a somar outras, com uma eventual debandada de vários Estados africanos, a acontecer, seria certamente um enorme retrocesso.

O Tribunal está no fio da navalha, qualquer decisão que tome neste caso tem custos políticos. Por um lado, suspender o caso seria ceder a uma pressão política inaceitável de uma organização internacional. Por outro lado, prosseguir o caso vai ter inevitavelmente custos políticos. Creio, no entanto, ser este último o único caminho possível a trilhar, terreno minado é certo, e que portanto exige que o caso seja tratado e conduzido com pinças, nomeadamente através de um trabalho irrepreensível e sem falhas por parte dos Procuradores na demonstração dos factos que sustentam a acusação⁷.

Conclusão

A Conferência de Revisão de Kampala constituiu um momento de esperança na Justiça Criminal Internacional. Conto-me entre os que acreditam que o Tribunal Penal Internacional foi o maior passo dado pela comunidade

⁶ Cf. a decisão da Sessão Extraordinária da Assembleia da União Africana, *Decision on Africa's Relationship with the International Criminal Court*, Ext/assembly/AU/Dec.1 (outubro de 2013). Da resolução consta igualmente a constituição de um grupo de contacto para sensibilizar os membros permanentes do Conselho de Segurança, a fim de, nos termos do artigo 16.º do Estatuto do TPI, suspenderem os processos relativos ao Quénia e ao Sudão.

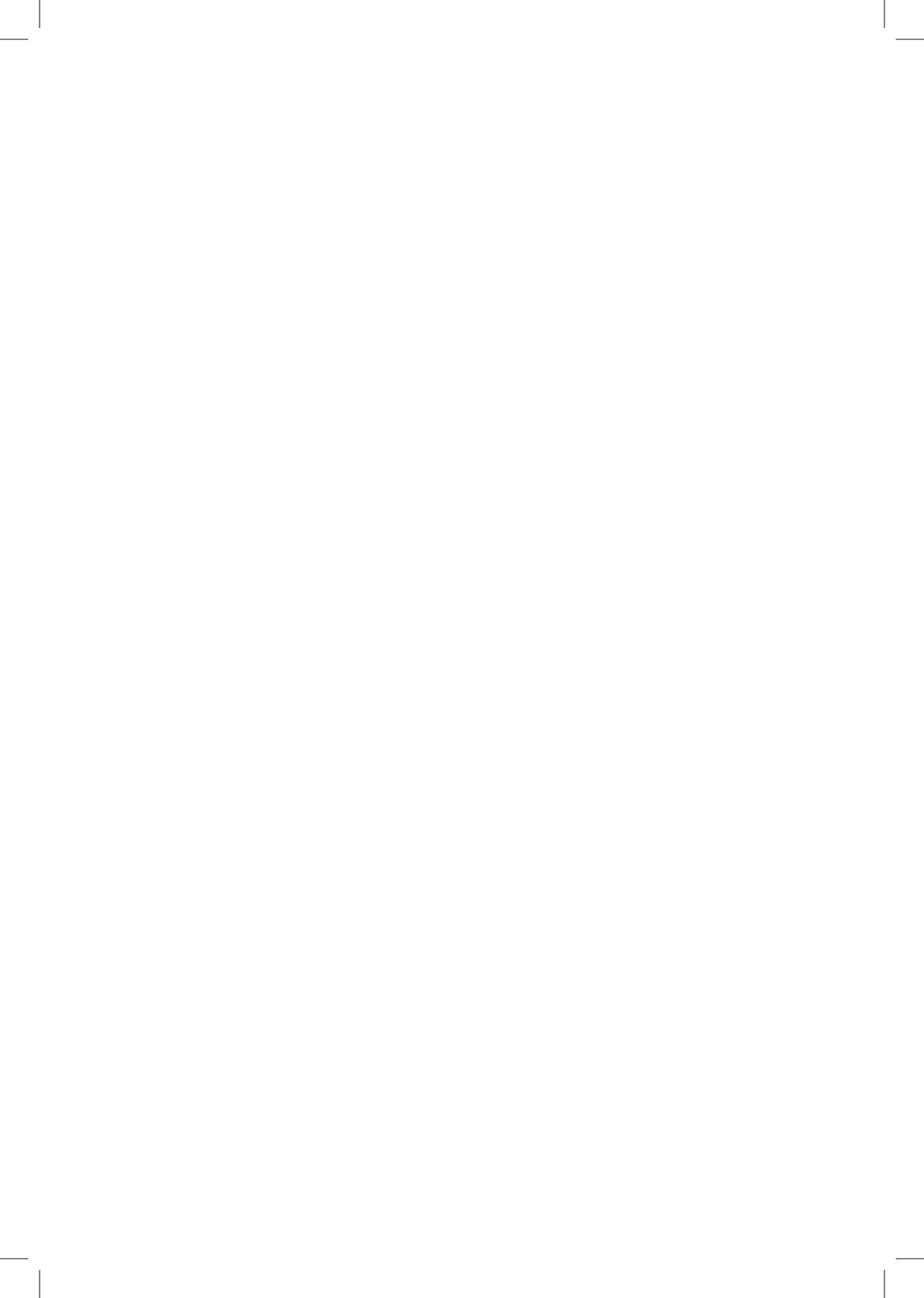
⁷ Desde a data da conferência que houve desenvolvimentos significativos nos processos relativos ao Quénia. O mais relevante foi a decisão do Tribunal sobre a retirada da acusação contra Uhuru Kenyatta, atual Presidente do Quénia. Cf. *Decision on the withdrawal of charges against Mr. Kenyatta, Situation in the Republic of Kenya in the Case of the Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11, de 13 de março de 2015.

internacional na luta contra a impunidade quando estão em causa os crimes mais graves. O meu desejo é que ninguém se encontre fora do âmbito de jurisdição do Tribunal, e que a *longa manus* da justiça internacional chegue a todos os cantos do mundo. Que não haja abrigos seguros ou territórios. A jurisdição universal para crimes internacionais deve ser uma causa pela qual não devemos desistir de lutar.

Para terminar, e regressando à metáfora médica com que iniciei a minha apresentação, o tempo dirá se o paciente sai de coma, assim que a revisão do Estatuto alcançar as 30 ratificações ou aceitações. E, claro, dependente da nova pronúncia da Assembleia de Estados Partes a partir de 2017. Espera-se que, nessa altura, as opiniões não mudem e os Estados Partes não recuem na decisão tomada em Kampala. E saindo de coma, veremos em que forma se encontra o paciente. Bom sinal seria que o Tribunal nunca viesse a ser chamado num caso que envolva a prática de um ato de agressão entre Estados, não por carecer de jurisdição, mas simplesmente por não haver mais guerras e a paz imperar na comunidade internacional. Contudo, sejamos realistas, num mundo cada vez mais militarizado a aspiração kantiana da paz perpétua entre as Nações ainda é uma utopia.



MÓDULO III: INVESTIGAÇÃO E ACUSAÇÃO PELO TPI



MÓDULO III: INVESTIGAÇÃO E ACUSAÇÃO PELO TPI

Quadro legal e institucional do ordenamento jurídico cabo-verdiano sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional

JÚLIO CÉSAR MARTINS TAVARES*

Sumário:

Introdução;

I. O ordenamento jurídico cabo-verdiano e a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional;

1. Consagração constitucional: a ordem jurídica cabo-verdiana e o Tribunal Penal Internacional;

a) Necessidade de adaptação da Constituição cabo-verdiana à jurisdição do TPI;

b) Revisão da Constituição cabo-verdiana;

c) Entrada em vigor do Estatuto de Roma na ordem jurídica cabo-verdiana;

2. O regime jurídico da cooperação judiciária;

II. Obstáculos à cooperação judiciária internacional em matéria penal com o TPI;

1. Obstáculo decorrente da dificuldade de adaptação e aplicação do procedimento de extradição passiva previsto na legislação ordinária interna à detenção e entrega de pessoas ao TPI;

2. A incompatibilidade da execução do pedido de detenção e entrega de pessoas ao TPI com o cumprimento de outras obrigações internacionais do Estado de Cabo Verde;

a) Problemas levantados pelo «Acordo de Não Entrega» firmado com os EUA;

b) Resposta à problemática;

Conclusão.

Introdução

Em 1 de janeiro de 2012, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (ERTPI) entrou em vigor no ordenamento jurídico cabo-verdiano.

Isto depois de decorrido o prazo fixado no n.º 2 do artigo 125.º do mencionado Estatuto sobre a data do depósito do correspondente instrumento de ratificação junto do Secretário-Geral das Nações Unidas.

* Procurador-Geral da República de Cabo Verde.

Cabo Verde tornou-se, desde a data daquele depósito, Parte do ERTPI. No âmbito dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP), é o primeiro e, até ao momento, único Estado que se vinculou ao ERTPI.

Este facto dá mote a este artigo, no qual vamos fazer uma breve apresentação do quadro legal e institucional do ordenamento jurídico cabo-verdiano sobre a cooperação jurídica e judiciária com o Tribunal Penal Internacional (TPI).

Na primeira parte faremos a caracterização da ordem jurídica cabo-verdiana perante o TPI. Começaremos por dar conta das implicações constitucionais que a assinatura do ERTPI despoletou e do procedimento que conduziu à sua incorporação na ordem jurídica cabo-verdiana. Apresentaremos o quadro legal e institucional sobre a cooperação com o TPI.

Na segunda parte abordaremos a problemática da cooperação com o TPI, apresentando situações que constituem obstáculos à sua efetivação. Nos obstáculos à cooperação com o TPI dedicaremos atenção especial ao conflito que poderá surgir entre o dever de cooperar plenamente com o Tribunal e a obrigação de não-entrega de cidadãos americanos aos Tribunais internacionais, resultante do acordo bilateral sobre a matéria assinado entre o Estado de Cabo Verde e os Estados Unidos da América.

Terminaremos com uma conclusão, afirmando que o acordo bilateral que Cabo Verde assinou com os Estados Unidos da América relativo a não-entrega de cidadão da outra Parte aos Tribunais não viola o Direito Internacional e que o conflito que poderá existir entre aquele Acordo e o ERTPI é meramente aparente, já que o dever de cooperar plenamente com o Tribunal cede perante aquela obrigação.

I. O ordenamento jurídico cabo-verdiano e a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional

1. Consagração constitucional: A ordem jurídica cabo-verdiana e o Tribunal Penal Internacional

a) Necessidade de adaptação da Constituição cabo-verdiana à jurisdição do TPI

Cabo Verde não podia deixar de se alinhar com a comunidade internacional na edificação de uma jurisdição universal permanente, como é o caso do TPI, e de poder servir-se de «um instrumento necessário e adequado para melhor defender a paz e os direitos humanos»¹. Tendo em vista esse desiderato,

¹ Neste sentido, relativamente a Portugal, veja-se, por todos, Rodrigues, A. M., «O Tribunal Penal Internacional e a prisão perpétua – Que futuro?», *Direito e Justiça*, vol. XV, t. 1 (2001) (pp. 11-20), p. 13.

deu início ao procedimento conducente à sua vinculação ao Estatuto de Roma e, em 28 de dezembro de 2000, assinou-o, possibilitando a sua posterior aprovação e ratificação pelos competentes órgãos de soberania.

O despoletar deste procedimento suscitou, tal como em muitos outros países², a questão da incompatibilidade de algumas disposições do ERTPI com a Constituição da República de Cabo Verde (CRCV)³.

Tal incompatibilidade sobressai relativamente a quatro questões essenciais, a saber:

A primeira divergência reportava-se à soberania jurisdicional do Estado de Cabo Verde. É que, a Constituição cabo-verdiana não admitia restrição à soberania do Estado de Cabo Verde e, em consequência, não contemplava nenhuma situação de exceção à soberania jurisdicional dos tribunais cabo-verdianos.

A segunda referia-se à previsão da pena de prisão perpétua. Enquanto o ERTPI consagra a prisão perpétua para certos crimes internacionais, a Lei Fundamental cabo-verdiana proíbe a sua aplicação, bem como a extradição de estrangeiro ou apátrida por crimes aos quais corresponda, na lei do Estado requisitante, pena de prisão perpétua.

A terceira divergência entre o ERTPI e a CRCV era referente à extradição e entrega de nacionais para julgamento fora do território cabo-verdiano, uma vez que a Lei Fundamental cabo-verdiana proibia, em absoluto, a extradição de cidadãos cabo-verdianos.

A quarta divergência assinalável entre o ERTPI e a CRCV situava-se no facto de esta atribuir imunidades e outras prerrogativas penais a certos titulares de cargos políticos, como o Presidente da República, os deputados e membros do Governo.

Identificados os pontos essenciais de divergência entre o ERTPI e a CRCV, haveria que decidir se aquelas divergências constituíam, ou não, obstáculos, em termos constitucionais, à ratificação daquele instrumento formal de Direito Internacional Público. É que, na ordem jurídica cabo-verdiana as normas e os princípios do direito internacional convencional validamente aprovados e ratificados têm prevalência, após entrarem em vigor na ordem jurídica internacional e interna, sobre todos os atos legislativos e normativos internos de valor infraconstitucional (artigo 12.º, n.º 4, da CRCV). Ou seja, as normas e os princípios do Direito internacional convencional validamente aprovados e

² Em Portugal, sobre a problemática da compatibilidade do ERTPI com a Constituição da República Portuguesa, pode ver-se, por todos, Moreira, V., et al., *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

³ Aprovada pela Lei Constitucional n.º 1/IV/92, de 25 de setembro, foi alterada pelas Leis Constitucionais n.ºs 1/IV/95, de 13 de novembro, 1/V/99, de 23 de novembro, e 1/VII/2010, de 3 de maio. A primeira revisão ordinária da Lei Fundamental cabo-verdiana ocorreu em 1999, sendo a de 1995 uma revisão extraordinária.

ratificados, após entrarem em vigor na ordem jurídica internacional, têm força jurídica infraconstitucional e supralegal.

No âmbito do debate jurídico que então foi promovido e realizado em Cabo Verde, defrontaram-se, em jeito de resposta à questão assim formulada, duas teses: a tese ou método da interpretação constitucional e a tese ou método da revisão constitucional.

A tese ou método da interpretação constitucional sustenta que a incompatibilidade entre algumas disposições do mencionado Estatuto e algumas disposições da Lei Fundamental cabo-verdiana pode ser superada por via de uma correta interpretação da própria Constituição, sendo desnecessária uma revisão da Constituição para se proceder à incorporação do ERTPI na ordem jurídica nacional⁴.

Por sua vez, a tese ou método da revisão constitucional considera que a incompatibilidade entre algumas disposições do ERTPI e a CRCV só pode ser superada com a alteração das disposições constitucionais com as quais colidem algumas disposições daquele instrumento formal de Direito Internacional Público⁵.

Prevaleceu a tese da revisão constitucional, o que nos parece justificável por razões de certeza e segurança jurídicas num domínio tão sensível como o do Direito Penal.

b) Revisão da Constituição cabo-verdiana

Tendo como um dos propósitos a remoção dos obstáculos constitucionais à incorporação do ERTPI no ordenamento jurídico cabo-verdiano, a Lei Constitucional n.º 1/VII/2010, de 3 de maio, operou a segunda revisão ordinária da CRCV. Para além de tocar em outras disposições constitucionais referentes à justiça, este diploma constitucionalizou a jurisdição do Tribunal Penal Internacional e autorizou o Estado de Cabo Verde a vincular-se ao Estatuto de Roma, mediante a sua ratificação.

Com relevância específica para o assunto em apreço, destacam-se essencialmente seis alterações ao texto da CRCV, introduzidas pela referida Lei Constitucional:

- Alteração ao artigo 1.º, n.º 1, da Constituição, passando a estatuir que «Cabo Verde é uma República soberana, unitária e democrática, que

⁴ Delgado, J. M. A. P., «Obstáculos constitucionais à ratificação do Estatuto de Roma e (outros) problemas de consolidação do Tribunal Penal Internacional: Desenvolvimentos recentes, principalmente relativos a Cabo Verde», *Direito e Cidadania*, ano VI, n.º 19 (2004) (pp. 143-194); «O dogma da não-extradição de nacionais: O debate constitucional cabo-verdiano», *Revista do Ministério Público*, ano 30, n.º 19 (pp. 69-120), p. 90.

⁵ Furtado, F. A., «Extradição e o Tribunal Penal Internacional no contexto da Revisão Constitucional», *Aspetos Polémicos da Extradição em Cabo Verde e no Lusófono – Nacionalidade, Pena Aplicável e Institutos Afins*, Praia: Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais/Fundação Direito & Justiça, 2009, pp. 35.

garante o respeito pela dignidade da pessoa humana e reconhece a in- violabilidade e inalienabilidade dos direitos humanos como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça»;

- Alteração ao artigo 7.º, alíneas *b)* e *l)*, da Constituição. A alínea *b)* do artigo 7.º da CRCV passou a estabelecer que é tarefa do Estado «garantir o respeito pelos direitos humanos e assegurar o pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais a todos os cidadãos». A alínea *l)* do mesmo artigo 7.º passou a dispor que constitui tarefa do Estado «garantir aos estrangeiros que habitem permanentemente ou transitoriamente em Cabo Verde, ou que estejam em trânsito pelo território nacional, um tratamento compatível com as normas relativas aos direitos humanos e o exercício dos direitos que não estejam constitucional ou legalmente reservados aos cidadãos cabo-verdianos»;
- Alteração dos n.ºs 1, 2, 5 e 7 do artigo 11.º da Constituição⁶, que passaram a ter a seguinte redação: «1. O Estado de Cabo Verde rege-se, nas relações internacionais, pelos princípios da independência nacional, do respeito pelo Direito Internacional e pelos direitos humanos, da igualdade entre os Estados, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados, da reciprocidade de vantagens, da cooperação com todos os outros povos e da coexistência pacífica. 2. O Estado de Cabo Verde defende o direito dos povos à autodeterminação e independência, apoia a luta dos povos contra qualquer forma de dominação ou opressão política ou militar e participa no combate internacional contra o terrorismo e a criminalidade organizada transnacional. [...] 5. O Estado de Cabo Verde presta às Orga-

⁶ Os números em causa tinham a seguinte redação:

«Artigo 11.º

Relações internacionais

1 – O Estado de Cabo Verde rege-se, nas relações internacionais, pelos princípios da independência nacional, do respeito pelos Direitos do Homem, da igualdade entre os Estados, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados, da reciprocidade de vantagens, da cooperação com todos os outros povos e da coexistência pacífica.

2 – O Estado de Cabo Verde defende o direito dos povos à autodeterminação e independência e apoia a luta dos povos contra o colonialismo ou qualquer outra forma de dominação ou opressão política ou militar.

5 – O Estado de Cabo Verde presta às Organizações Internacionais, nomeadamente a ONU e a OUA, toda a colaboração necessária para a resolução pacífica dos conflitos e para assegurar a paz e a justiça internacionais, bem como o respeito pelos Direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais e apoia todos os esforços da comunidade internacional tendentes a garantir o respeito pelos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas.

7 – O Estado de Cabo Verde empenha-se no reforço da identidade, da unidade e da integração africanas e no fortalecimento das ações de cooperação a favor do desenvolvimento, da democracia, do progresso e bem-estar dos povos, do respeito pelos direitos do homem, da paz e da justiça.»

nizações Internacionais, nomeadamente à Organização das Nações Unidas e à União Africana, a colaboração necessária para a resolução pacífica dos conflitos e para assegurar a paz e a justiça internacionais, bem como o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais e apoiar todos os esforços da comunidade internacional tendentes a garantir o respeito pelos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas. [...] e 7. O Estado de Cabo Verde empenha-se no esforço da identidade, da unidade e da integração africanas e no fortalecimento das ações de cooperação a favor do desenvolvimento, da democracia, do progresso e bem-estar dos povos, do respeito pelos direitos humanos, da paz e da justiça.»;

- Aditamento do n.º 8 ao artigo 11.º da Constituição, com a seguinte redação: «O Estado de Cabo Verde 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.»;
- Alteração ao n.º 1 do artigo 12.º da Constituição⁷, que passou a ter a seguinte redação: «O direito internacional geral ou comum faz parte integrante da ordem jurídica cabo-verdiana.»;
- Alteração ao artigo 37.º⁸ da Constituição⁹, que passou a ter a seguinte redação:

«Artigo 37.º

Extradição

1 — Em caso algum é admitida a extradição quando requerida:

- a) Por motivos políticos, étnicos ou religiosos ou por delito de opinião;
- b) Por crime a que corresponda no Estado requerente pena de morte;

⁷ Esta disposição constitucional tinha a seguinte redação:

«Artigo 12.º

Receção dos tratados e acordos na ordem jurídica interna

1 — O Direito Internacional geral ou comum faz parte integrante da ordem jurídica cabo-verdiana, enquanto vigorar na ordem jurídica internacional.»

⁸ Depois da renumeração da Lei Fundamental determinada pela Lei da Revisão Constitucional, este artigo passou a ser artigo 38.º

⁹ Esta disposição constitucional tinha a seguinte redação:

«Artigo 37.º

Extradição

1 — Não é admitida a extradição de cidadão cabo-verdiano, o qual pode responder perante os tribunais cabo-verdianos pelos crimes cometidos no estrangeiro.

- c) Sempre que, fundamentamente, se admita que o extraditando possa vir a ser sujeito a tortura, tratamento desumano, degradante ou cruel.

2 — Também não é admitida a extradição de cidadãos cabo-verdianos por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requerente, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com caráter perpétuo ou de duração indefinida, salvo quando o mesmo Estado ofereça garantias de que tal pena ou medida de segurança não serão executadas.

3 — Não é ainda admitida a extradição de cidadãos cabo-verdianos do território nacional, salvo quando se verificarem, cumulativamente, as seguintes circunstâncias:

- a) O Estado requerente admita a extradição de seus nacionais para o Estado de Cabo Verde e consagre garantias de um processo justo e equitativo;
- b) Nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada;
- c) Tenha o extraditando adquirido ou readquirido a nacionalidade cabo-verdiana após o cometimento do facto tipificado na lei penal como crime e que tenha dado causa ao pedido de extradição.

4 — Caso a extradição seja recusada, o extraditando responde perante os tribunais cabo-verdianos pelos crimes cometidos no estrangeiro, podendo ser convalidados os atos praticados no processo transmitido, como se tivessem sido praticados pelas ou perante as autoridades cabo-verdianas, desde que tenham sido asseguradas garantias de defesa similares às previstas na ordem jurídica cabo-verdiana.

5 — O disposto neste artigo não impede o exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma.

6 — A extradição só pode ser decretada por decisão judicial, nos termos da lei.»

Aqui chegados, com relevância para o tema deste artigo, vejamos, em traços gerais, as alterações mais relevantes introduzidas na CRCV.

2 — É admitida a extradição de estrangeiro ou apátrida, determinada por autoridade judicial cabo-verdiana, nos termos do Direito Internacional e da lei.

3 — Não é, porém, admitida a extradição de estrangeiro ou apátrida:

- a) Por motivos políticos ou religiosos ou por delito de opinião;
- b) Por crimes a que corresponda na lei do Estado requisitante pena de morte, de prisão perpétua ou de lesão irreversível da integridade física;
- c) Sempre que, fundamentamente, se admita que o extraditando possa vir a ser sujeito a tortura, tratamento desumano, degradante ou cruel.»

A alteração constitucional introduzida nos artigos 1.º, n.º 1, e 7.º, alíneas b) e l), consistiu na substituição da expressão «Direitos do Homem» pela expressão «Direitos Humanos».

Já com a introdução de um n.º 8 no artigo 11.º da Lei Fundamental, o legislador da revisão constitucional adotou a solução da cláusula geral de aceitação da jurisdição do TPI. Com a introdução desta norma constitucionalizou-se o TPI e, implicitamente, procedeu-se à alteração de um conjunto de normas da CRCV, nomeadamente as referentes à «constituição judicial» e à «constituição penal»¹⁰.

A revisão constitucional introduziu ainda pequenas alterações em outras disposições constitucionais que pudessem suscitar dúvidas sobre a constitucionalidade do ERTPI, entre as quais se destacam a flexibilização da cláusula da proibição de extradição de cidadãos nacionais — alteração, como vimos, ao artigo 38.º da CRCV — passando a admiti-la em certos casos, como nos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada. Destaque também para a introdução do n.º 5 ao preceito constitucional referente à extradição, explicitando que a proibição constitucional de extradição estabelecida não impede o exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma.

c) Entrada em vigor do Estatuto de Roma na ordem jurídica cabo-verdiana

Incorporado o ERTPI no ordenamento jurídico cabo-verdiano, retomou-se o procedimento interno tendente à ratificação do ERTPI, que não havia conhecido avanços desde 2000.

Neste contexto, em 27 de julho de 2011 foi publicada, no Boletim Oficial, a Resolução n.º 18/VIII/2011, de 27 de julho, que aprovou, para ratificação, o Estatuto de Roma.

Pouco mais de dois meses depois, a 10 de outubro de 2011, depois de o Presidente da República ter ratificado a Resolução da Assembleia Nacional que aprovou o Estatuto de Roma, Cabo Verde fez o depósito do instrumento da sua ratificação¹¹ junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, como se preceitua no n.º 2 do artigo 125.º daquele Estatuto.

¹⁰ Em sentido idêntico, relativamente à Constituição Portuguesa, Moreira, V., «O Tribunal Penal Internacional e a Constituição», in: Moreira, V., et al., *O Tribunal Penal Internacional* (n. 2) (pp. 13-47), p. 45.

¹¹ Com o depósito do instrumento de ratificação do ERTPI junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, Cabo Verde formulou, em conformidade com o Estatuto, a seguinte declaração: «1. Relativamente aos crimes previstos no n.º 1 do artigo 5.º do Estatuto, a República de Cabo Verde manifesta sua intenção de exercer seu poder de jurisdição sobre as pessoas encontradas no seu território, em conformidade com as normas constitucionais e penais internas. 2. Concernente ao n.º 2 do artigo 87.º do Estatuto de Roma, Cabo Verde manifesta sua vontade em que os pedidos de cooperação e os documentos que os instruem

O depósito do instrumento de ratificação nos termos acima referidos determinou a entrada em vigor do ERTPI no ordenamento jurídico cabo-verdiano, em 1 de janeiro de 2012. O que faz com que Cabo Verde seja, até ao momento, no âmbito dos PALOP, o primeiro e único Estado Parte daquele Estatuto.

Em virtude da incorporação do Estatuto de Roma no seu ordenamento jurídico, Cabo Verde enfrenta o desafio de cumprir integralmente o propósito que anunciou na ratificação. Para tanto, além de aperfeiçoar a legislação ordinária que disciplina o procedimento das várias formas de cooperação judiciária internacional em matéria penal com o TPI, terá de rever a sua lei penal no sentido de incorporar os crimes definidos no Estatuto de Roma, ou, como sugere Vital Moreira¹², fazer uma remissão para aquele.

2. O regime jurídico da cooperação judiciária

A cooperação judiciária internacional em matéria penal acha-se regulada, a nível da legislação ordinária, em termos gerais, na Lei que define a Organização, a Competência e o Funcionamento dos Tribunais Judiciais (LOCFTJ¹³), na Lei Orgânica do Ministério Público (LOMP¹⁴) e, em especial, na Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (LCJIMP¹⁵).

A LOMP estatui, na alínea *i*) do artigo 20.º, que compete à Procuradoria-Geral da República «exercer as funções de autoridade central em matéria da cooperação jurídica e judiciária, nos termos dos tratados e acordos internacionais de que Cabo Verde seja parte».

A LCJIMP regula o procedimento relativo às diversas formas de cooperação judiciária internacional em matéria penal. Está dividido em oito títulos, sendo composto por 169 artigos. Prevê e regula as 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.

O n.º 2 do artigo 1.º da LCJIMP, sob epígrafe «Objeto», manda aplicar, com as necessárias adaptações, o procedimento das formas de cooperação judiciária

lhe sejam transmitidos, de preferência, pela via diplomática, através da sua Embaixada em Bruxelas, em língua portuguesa ou acompanhado de tradução para essa língua.»

¹² Moreira, V., «O Tribunal Penal Internacional» (n. 10), p. 40.

¹³ Trata-se da Lei n.º 88/VII/2011, de 14 de fevereiro.

¹⁴ Aprovada pela Lei n.º 89/VII/2011, de 14 de fevereiro, na sequência da segunda revisão ordinária da Constituição da República de Cabo Verde de 1992, operada pela Lei Constitucional n.º 1/VII/2010, de 3 de maio.

¹⁵ Cf. Lei n.º 6/VIII/2011, de 29 de agosto.

internacional em matéria penal nele previsto, à cooperação judiciária de Cabo Verde com as entidades internacionais estabelecidas no âmbito de Tratados ou Convenções Internacionais que vinculem o Estado cabo-verdiano.

Por seu turno, o artigo 3.º da LCJIMP consagra, no n.º 1, o princípio da reciprocidade como requisito indispensável no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal. E, no n.º 2, determina que a garantia da reciprocidade pode ser solicitada e prestada a outros Estados pelo Ministro da Justiça, se as circunstâncias a exigirem. Por fim, estatui no n.º 3 que a falta de reciprocidade não impede a satisfação de um pedido de cooperação, desde que a mesma:

- Se mostre aconselhável em razão da natureza do facto ou da necessidade de lutar contra certas formas graves de criminalidade;
- Possa contribuir para melhorar a situação do arguido ou para a sua reinserção social;
- Sirva para esclarecer factos imputados a um cidadão cabo-verdiano.

No seu artigo 4.º, a LCJIMP reafirma o princípio do primado do Direito Internacional estabelecido no artigo 12.º da Constituição da República de Cabo Verde, nos termos do qual as disposições dos tratados, convenções e acordos internacionais de que Cabo Verde seja parte, prevalecem sobre as disposições da legislação interna infraconstitucional.

O mesmo diploma preceitua, no n.º 5 do artigo 31.º, referente à extradição passiva, que «[o] disposto nos números anteriores é aplicável, com as necessárias adaptações, à cooperação que implique a extradição ou a entrega de pessoas às entidades judiciárias internacionais a que se refere o n.º 2 do artigo 1.º».

No que respeita à competência para julgar os processos judiciais de cooperação judiciária internacional em matéria penal, como a execução de sentenças penais, a transferência de pessoas condenadas, a vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente, a conjugação dos artigos 99.º, 107.º, 116.º, n.º 2, e 127.º, n.º 3, todos da LCJIMP e do artigo 39.º, alínea e), da LOCFTJ, determina que ela pertence, transitoriamente, ao Supremo Tribunal de Justiça.

A lei que regula a aplicação de medidas para proteção de testemunhas em Processo Penal (Lei n.º 81/VI/2005, de 12 de setembro) e o respetivo regulamento (Decreto Regulamentar n.º 2/2006, de 13 de fevereiro) completam o quadro de instrumentos legais que potenciam uma resposta satisfatória das autoridades competentes de Cabo Verde a todas as formas de cooperação especificadas no Estatuto de Roma do TPI.

Contudo, a realização efetiva da cooperação judiciária internacional em matéria penal entre as autoridades competentes do Estado de Cabo Verde e o TPI poderá enfrentar alguns obstáculos, como veremos de seguida.

II. Obstáculos à cooperação judiciária internacional em matéria penal com o TPI

A realização efetiva da cooperação judiciária internacional em matéria penal entre as autoridades competentes de Cabo Verde e o TPI poderá conhecer dois tipos de obstáculos, que apreciaremos separadamente *infra*.

Em primeiro lugar, o obstáculo decorrente da dificuldade de adaptação e aplicação do procedimento de extradição passiva previsto na legislação ordinária interna à detenção e entrega de pessoas ao TPI.

Em segundo lugar, o obstáculo resultante da incompatibilidade da execução do pedido de detenção e entrega de pessoas ao TPI com o cumprimento de outras obrigações internacionais do Estado de Cabo Verde.

Vejam, então, cada um desses obstáculos.

1. Obstáculo decorrente da dificuldade de adaptação e aplicação do procedimento de extradição passiva previsto na legislação ordinária interna à detenção e entrega de pessoas ao TPI

As disposições relativas ao procedimento de extradição passiva, cuja adaptação e aplicação à entrega de pessoas ao TPI é determinada pela LCJIMP, dificilmente se harmonizam com esta forma de cooperação judiciária internacional em matéria penal prevista especificamente no ERTPI.

No procedimento de extradição, tributário do «modelo horizontal» de cooperação, tendo como sujeitos Estados, existe uma fase administrativa, da competência do Governo, que decide, sem possibilidade de recurso, sobre a sua admissibilidade — com critérios políticos. O que significa que se o Governo, na fase administrativa, considerar inadmissível uma extradição requerida, o Ministério Público, através do Procurador-Geral da República, não pode requerer a extradição junto do Supremo Tribunal de Justiça.

Note-se, aliás, que a LCJIMP prevê uma intervenção obrigatória do Governo, através do Ministro da Justiça, nos procedimentos de cooperação judiciária internacional em matéria penal, a menos que se trate de pedidos de cooperação englobados no auxílio judiciário mútuo, que admitem contactos diretos entre autoridades judiciária (artigo 141.º, n.º 4).

O regime de entrega de pessoas ao TPI previsto no ERTPI, tributário de um «modelo vertical» de cooperação, vincula o Estado Parte requerido à execução imediata do pedido, salvo se:

- a) O pedido enfermar de vícios formais, por exemplo, por não incluir a narração dos factos ou a qualificação jurídica do crime [artigo 58.º, n.º 3, alíneas b) e c), do ERTPI];
- b) O pedido enfermar de vícios procedimentais, por exemplo, por não ter sido transmitido pela forma apropriada; ou

c) O dever cessar por força do Direito Internacional¹⁶.

Pedro Caeiro escreve, a propósito do regime de entrega de pessoas ao TPI, que «[...] se atentarmos no regime previsto no estatuto, verificamos que a margem de apreciação concedida aos Estados nos n.ºs 6 e 7, alínea b), do artigo 90.º não comporta opções de natureza política¹⁷ [...]», e que «[...] seria incompatível com o Estatuto atribuir ao Governo um poder de decidir liminarmente, em sentido negativo, um pedido de entrega por razões de oportunidade política [...], ou para defender os símbolos da soberania nacional¹⁸».

Efetivamente, contrariamente ao que ocorre nos procedimentos de cooperação judiciária internacional em matéria penal, no procedimento de entrega de pessoas ao TPI, a eventual intervenção do Governo não pode guiar-se pelos critérios fixados na atual legislação interna cabo-verdiana sobre a cooperação judiciária internacional em matéria penal.

Em conclusão, a dificuldade de adaptação e aplicação do procedimento de extradição à detenção e entrega de pessoas ao TPI constitui um empecilho à cooperação judiciária internacional em matéria penal entre o Estado de Cabo Verde e o referido Tribunal, que convém remover por via legislativa, regulando específica e autonomamente tal procedimento.

Passemos à incompatibilidade da execução do pedido de detenção e entrega de pessoas ao TPI com o cumprimento de outras obrigações internacionais do Estado de Cabo Verde.

2. A incompatibilidade da execução do pedido de detenção e entrega de pessoas ao TPI com o cumprimento de outras obrigações internacionais do Estado de Cabo Verde

a) Problemas levantados pelo «Acordo de Não Entrega» firmado com os EUA

Delimitemos o objeto da nossa análise através da seguinte hipótese: imaginemos que um cidadão americano, suspeito ou acusado por um dos crimes no âmbito de um processo penal que corre termos no TPI, é encontrado em Cabo Verde, onde fixou a sua residência permanente. O crime cuja prática se imputa ao referido cidadão americano ocorreu fora do território cabo-verdiano.

¹⁶ A seguir, trataremos desta questão, em especial, como um verdadeiro e próprio obstáculo à cooperação judiciária internacional com o TPI.

¹⁷ Caeiro, P., «O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português», in: Moreira, V., et al., *O Tribunal Penal Internacional* (n. 2) (pp. 69-157), p. 131.

¹⁸ Caeiro, P., «O procedimento de entrega» (n. 17), p. 130.

Tendo tomado conhecimento do novo paradeiro daquele cidadão americano, o TPI solicita às autoridades competentes da República de Cabo Verde a sua detenção e entrega.

Sendo Cabo Verde Estado Parte no Estatuto de Roma, este exemplo coloca as competentes autoridades cabo-verdianas perante um conflito de deveres. De um lado, o dever de cooperar plenamente com o TPI. Do outro lado, a obrigação de não proceder à detenção e entrega do cidadão americano ao TPI, sem prévio consentimento dos Estados Unidos da América, nos termos do Acordo de Não Entrega de Pessoas aos Tribunais Internacionais existente entre os dois Estados, que entrou em vigor na ordem jurídica cabo-verdiana antes de o Estado de Cabo Verde se tornar parte no Estatuto de Roma.

Trata-se, como iremos demonstrar, de uma situação que obsta a cooperação judiciária internacional em matéria penal com o TPI, na sua forma mais relevante, a detenção e entrega de pessoas.

Todavia, antes de prosseguirmos, importa ter em consideração alguns dados fácticos relevantes.

Depois de ter assinado o Estatuto de Roma — mas antes de o ratificar —, o Estado de Cabo Verde vinculou-se ao Acordo Relativo à Entrega de Pessoas aos Tribunais Internacionais com o Governo dos Estados Unidos da América.

Este Acordo foi assinado em Washington em 16 de abril de 2004 e aprovado para ratificação pela Assembleia Nacional, através da Resolução n.º 111/VI/2004, de 15 de novembro. Foi ratificado e entrou em vigor na ordem jurídica cabo-verdiana a 19 de novembro de 2004, portanto, antes de o ERTPI também entrar em vigor em Cabo Verde.

O referido Acordo dispõe, no essencial, o seguinte:

«1 — [...]

2 — As pessoas de uma Parte presentes no território da outra não serão, salvo consentimento expresso da primeira Parte:

- a) Entregues ou transferidas por quaisquer meios a qualquer tribunal internacional para qualquer propósito, a não ser que o tribunal tenha sido estabelecido pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas; ou
- b) Entregues ou transferidas por qualquer meio a qualquer outra entidade ou terceiro país ou expulsas para um terceiro país para fins de entrega ou transferência a qualquer tribunal internacional, a não ser que este tribunal tenha sido estabelecido pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas.

[...]»

O Estado de Cabo Verde assumiu uma obrigação internacional, ainda antes de se vincular ao ERTPI, nos termos do qual se compromete a não

entregar cidadãos americanos aos Tribunais Internacionais, sem o consentimento expresso dos Estados Unidos da América.

Recorde-se que em 10 de outubro de 2011, o Estado de Cabo Verde fez o depósito do instrumento de ratificação do Estatuto de Roma junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, tendo tal Estatuto entrado em vigor no ordenamento jurídico cabo-verdiano a 1 de janeiro seguinte.

Os Estados Unidos da América participaram nas negociações do ERTPI e assinaram-no. Desempenharam «um papel relevante na elaboração dos importantes documentos ‘elementos dos crimes’ e ‘Regras processuais e de prova’»¹⁹. Todavia, não o ratificaram e, conseqüentemente, não se tornaram Parte no ERTPI.

Há, claramente, incompatibilidade da execução do pedido de detenção e entrega de pessoas ao TPI com o cumprimento de outra obrigação internacional do Estado de Cabo Verde. Tal incompatibilidade traduz-se no conflito entre o dever de cooperar plenamente com o TPI e a obrigação resultante do Acordo Relativo à Não-Entrega de Pessoas aos Tribunais Internacionais com os Estados Unidos da América.

Recortado assim o problema, para efeitos do presente texto, pergunta-se:

- a) Ao vincular-se ao mencionado Acordo com os Estados Unidos da América, depois de ter assinado o Estatuto de Roma — mas antes de o ratificar e se tornar parte —, o Estado de Cabo Verde praticou ato que priva aquele Estatuto do seu objeto e do seu fim, violando, assim, o disposto no artigo 18.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT)?
- b) Como resolver este conflito de deveres, à luz do Direito Internacional Público, sem implicar a responsabilidade internacional do Estado de Cabo Verde?

b) Resposta à problemática

Começemos pela primeira questão, cuja resposta passa, fundamentalmente, pela interpretação do artigo 18.º da CVDT e do artigo 98.º, n.º 2, do ERTPI. É que, a adesão ao ERTPI, que é um Tratado celebrado entre Estados soberanos, e a celebração do acordo entre Cabo Verde e os Estados Unidos da América «não se furtam à aplicação das regras e princípios internacionais aplicáveis»²⁰, em particular o disposto na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 23 de maio de 1969».

¹⁹ Escaraméia, P., *O Direito Internacional Público nos Princípios do Século XXI*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 238.

²⁰ Mesquita, M. J. R., *Justiça Internacional – Lições – Parte I – Introdução*, Lisboa: AAFDL, 2010, p. 125.

O artigo 18.º da CVDT, cuja epígrafe se reporta à «obrigação de não privar um tratado do seu objeto e do seu fim antes da sua entrada em vigor», dispõe que «um Estado deve abster-se de atos que privem um tratado do seu objeto ou do seu fim: *a*) quando assinou o tratado ou trocou os instrumentos constitutivos do tratado sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não manifestar a sua intenção de não se tornar Parte do mesmo; ou *b*) quando manifestou o seu consentimento em ficar vinculado pelo tratado, no período que precede a entrada em vigor do tratado e com a condição de esta não ser indevidamente adiada».

A propósito da execução das Convenções Internacionais, Albino de Azevedo Soares escreve que «uma convenção internacional deve ser executada de acordo com o princípio da boa-fé, abstendo-se o Estado de reduzir a nada o seu objeto ou o seu fim, e, salvo disposição em contrário, não se aplica retroativamente, nem apenas a uma ou algumas partes do território de um Estado²¹».

Nos termos da CVDT, a assinatura do ERTPI em 2000 criou, para Cabo Verde, dois deveres: em primeiro lugar, um dever de se abster de privar aquele Estatuto do seu objeto ou do seu fim (artigo 18.º); e, em segundo lugar, um dever geral de boa-fé (artigo 26.º).

Assim sendo, devemos averiguar se, ao se vincular ao Acordo de Não Entrega de Pessoas aos Tribunais Internacionais com os Estados Unidos da América, o Estado de Cabo Verde reduziu a nada o Estatuto de Roma, no que respeita ao seu objeto ou ao seu fim.

Ora, um ato priva um Tratado do seu objeto ou do seu fim quando reduz a nada esse mesmo objeto ou fim.

Como decorre do respetivo preâmbulo²², o Estatuto de Roma tem por objeto «criar um Tribunal Penal Internacional com caráter permanente e independente no âmbito do sistema das Nações Unidas, e com jurisdição sobre crimes de maior gravidade que afetem a Comunidade Internacional no seu conjunto», sendo seu fim pôr termo à impunidade dos autores de crimes graves contra crianças, homens e mulheres, como o crime de genocídio, os crimes contra a Humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão.

Respondendo à primeira questão, diremos, em conclusão, que o Acordo bilateral existente entre o Estado de Cabo Verde e os Estados Unidos da América não priva o Estatuto de Roma do seu objeto ou do seu fim e, em consequência, não viola qualquer disposição da CVDT.

Respondida a primeira questão, importa proceder à apreciação da segunda questão.

²¹ Soares, A. A., *Lições de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1986 (1.ª ed., 1981), p. 174.

²² Sobre o valor do preâmbulo na interpretação das Convenções Internacionais, veja-se, por todos, Soares, A. A., *Lições de Direito Internacional Público* (n. 21), pp. 177-178.

Antes de mais, convém dizer que haverá incompatibilidade do pedido de detenção e entrega de pessoas ao TPI com o cumprimento de outras obrigações internacionais dos Estados Partes no Estatuto de Roma, quando a sua execução forçar o Estado requerido a uma atuação incompatível: *a*) com as obrigações que lhe cabem à luz do Direito Internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de pessoa ou bens de Estado terceiro (artigo 98.º, n.º 1, do Estatuto de Roma); ou *b*) com uma obrigação internacional que o impeça de entregar a pessoa sem o consentimento do Estado terceiro (artigo 98.º, n.º 2, do Estatuto de Roma).

No presente texto, como reportamos *supra*, cuidaremos apenas da incompatibilidade do pedido de detenção e entrega de pessoas ao TPI com o cumprimento de outras obrigações internacionais dos Estados Partes no Estatuto de Roma, quando a sua execução forçar o Estado requerido — no caso, o Estado de Cabo Verde — a uma atuação incompatível com uma obrigação internacional que o impede de entregar a pessoa sem o consentimento do Estado terceiro (artigo 98.º, n.º 2, do Estatuto de Roma).

O artigo 86.º do Estatuto de Roma, integrado no capítulo IX, sob epígrafe «Cooperação internacional e auxílio judiciário», consagra a cooperação plena com o TPI como um dos deveres fundamentais dos Estados Partes no Estatuto de Roma. Tal dever abrange especificamente as seguintes formas de cooperação judiciária internacional em matéria penal: a detenção e entrega de uma pessoa (artigos 89.º, 90.º e 91.º); o pedido de prisão preventiva da pessoa procurada pelo TPI (artigo 92.º); auxílio judiciário (artigo 93.º, n.ºs 1 a 6); a transferência temporária de uma pessoa detida para fins de identificação ou para obter um depoimento ou outra forma de auxílio [artigo 93.º, n.º 7, alínea *a*), do ERTPI].

No entanto, como nota Pedro Caeiro, o Estatuto de Roma, no n.º 2 do artigo 98.º, «...prevê a possibilidade de a execução de um pedido de entrega, a ser levada a cabo, forçar o Estado requerido a uma atuação incompatível com [...] uma obrigação internacional que o impeça de entregar a pessoa sem o consentimento de um Estado terceiro²³.» O que vale dizer, «neste caso, o Tribunal não pode formular o pedido de entrega, salvo se o Estado terceiro [...] consentir na entrega.»²⁴

Jorge Bacelar Gouveia refere, a este propósito, que o «dever de cooperação para com o TPI, prestando-lhe auxílio no exercício das suas atribuições e competências, não é absoluta e compreende alguns condicionalismos: *a*) por razões de segurança nacional, os Estados podem denegar informação ou documentação cuja revelação ponha em causa aquele valor (artigo 72.º do ERTPI); *b*) por razões de imunidade internacional ou de impedimento

²³ Caeiro, P., «O procedimento de entrega» (n. 17), p. 99.

²⁴ Caeiro, P., «O procedimento de entrega» (n. 17), pp. 82 e 99.

internacional, estatutária ou convencionalmente assumidos (artigo 98.º do ERTPI)²⁵».

Efetivamente, as normas constantes do artigo 98.º, n.ºs 1 e 2, do ERTPI têm como destinatário único o próprio TPI.

Aliás, o disposto no n.º 2 do artigo 98.º do Estatuto de Roma impõe ao TPI a responsabilidade de iniciar consultas com Estados terceiros, neste caso, com os Estados Unidos da América, no sentido de obter destes a cooperação necessária, ou seja, o consentimento na entrega.

Entretanto, se o pedido de entrega vier a ser apresentado sem que se tenha obtido o consentimento de entrega por parte dos Estados Unidos da América, nos termos do artigo 97.º do ERTPI, o Estado de Cabo Verde deve iniciar consultas com o TPI e alertá-lo para o conflito de deveres, ficando o procedimento de entrega a aguardar a resolução do problema²⁶.

O Estado de Cabo Verde, face a um pedido de entrega de um cidadão Americano que vier a ser encontrado no seu território, apenas está obrigado a procurar obter o consentimento de entrega dos Estados Unidos da América ao abrigo do citado Acordo Bilateral que vincula os dois Estados, não perante o ERTPI.

Com a resposta à segunda questão, fica também resolvida a hipótese que formulamos para delimitarmos a incompatibilidade da execução do pedido de detenção e entrega de pessoas ao TPI com o cumprimento de outras obrigações internacionais do Estado de Cabo Verde.

Por fim, importa apenas deixar duas notas telegráficas finais. A primeira nota, para referir que os Estados Unidos da América firmaram Acordo de Não Entrega de Pessoas aos Tribunais Internacionais com outros países da CPLP, como sejam Angola, Guiné-Bissau, Moçambique, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste. No âmbito da CPLP os Estados Unidos da América não celebraram Acordo de Não Entrega de Pessoas aos Tribunais Internacionais com Brasil e Portugal.

A segunda nota, para concluir que o acordo bilateral que os demais Estados Africanos de Língua Portuguesa firmaram com os Estados Unidos da América, cujo conteúdo é idêntico ao referido Acordo bilateral entre os Estados Unidos da América e a República de Cabo Verde, não os impede de se tornarem Partes do Estatuto de Roma.

Conclusão

À guisa de conclusão sumária do presente artigo, pode afirmar-se que a revisão constitucional adotou a solução da cláusula geral de aceitação da

²⁵ Gouveia, J. B., *Direito Internacional Penal – Uma Perspetiva Dogmático-Crítica*, Lisboa: Almedina, 2008, p. 365.

²⁶ Neste sentido, veja-se, por todos, Caeiro, P., «O procedimento de entrega» (n. 17), p. 108.

jurisdição do TPI, introduzindo o n.º 8 ao artigo 11.º da Lei Fundamental, o qual dispõe: «O Estado de Cabo Verde 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.»

Com a introdução de tal norma, constitucionalizou-se o TPI e, implicitamente, procedeu-se à alteração de um conjunto de normas da CRCV, nomeadamente as referentes à «constituição judicial» e à «constituição penal».

Por seu turno, como vimos, o artigo 98.º do Estatuto de Roma dá guarida às obrigações internacionais dos Estados surgidas antes de se tornarem Partes no Estatuto. Todavia, o dever de cooperação com o TPI não se sobrepõe a outras obrigações internacionais que já incumbiam aos Estados no plano internacional. Nomeadamente, releva o artigo 98.º, n.º 2, do ERTPI que admite expressamente que um Estado que esteja vinculado a um acordo de não entrega de pessoas aos tribunais internacionais com um outro Estado que não seja Parte no Estatuto (Estado terceiro) venha a tornar-se Parte no mesmo (Estatuto).

Importa frisar em jeito de conclusão que o TPI é o único destinatário das normas contidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 98.º do Estatuto de Roma. Cabe ao TPI a responsabilidade de iniciar consultas com Estados terceiros, neste caso concreto, com os Estados Unidos da América, no sentido de obter destes a cooperação necessária, ou seja, o consentimento na entrega.

No caso específico de Cabo Verde, ao vincular-se ao Acordo de Não Entrega de Pessoas aos Tribunais Internacionais com o Governo dos Estados Unidos da América, nos termos assinalados no presente texto, o Estatuto de Roma não ficou privado do seu objeto ou do seu fim, não violando, com tal ato, qualquer disposição da CVDT.

As dificuldades de adaptação do procedimento de extradição passiva à entrega de pessoas ao TPI justificam uma intervenção legislativa para regular, autonomamente, o procedimento de entrega de pessoas aos Tribunais Internacionais;

De qualquer forma, por fim, em virtude da incorporação do Estatuto de Roma no seu ordenamento jurídico, Cabo Verde enfrenta o desafio de cumprir integralmente o propósito que anunciou na ratificação. Para tanto, além de aperfeiçoar a legislação ordinária que disciplina o procedimento das várias formas de cooperação judiciária internacional em matéria penal com o TPI, terá de rever a sua lei penal no sentido de incorporar os crimes definidos no Estatuto de Roma, ou, fazer uma remissão para aquele.

MÓDULO III: INVESTIGAÇÃO E ACUSAÇÃO PELO TPI

Investigação e acusação de crimes internacionais:
Lições do Gabinete do Procurador do TPI⁺

CRISTINA RIBEIRO*

Sumário:

Introdução;

I. Primeiros anos;

II. Lições aprendidas;

III. Nova abordagem;

IV. Desempenho da organização;

V. Cooperação e exames preliminares;

VI. Investigação;

1. Reforço da capacidade de recolha de prova complementar aos depoimentos;
2. Reforço das capacidades analíticas;
3. Certificação do pessoal;
4. Revisão do processo de recrutamento do pessoal;
5. Maior presença no terreno e maior conhecimento sobre os países;
6. Reforço da proteção de testemunhas;

VII. Acusações;

Conclusão.

Introdução

O presente artigo pretende passar em revista a estratégia e as práticas adotadas, no passado, pelo Gabinete do Procurador (doravante o Gabinete) no Tribunal Penal Internacional (TPI) e avaliar os desafios que se lhe colocam. Com a recente adoção do novo plano estratégico¹, o Gabinete procedeu a um ajustamento, nomeadamente, dos seus objetivos e do seu foco. Ao longo deste artigo, serão evidenciadas as principais alterações ao nível da estratégia do Gabinete e ao nível das suas políticas e do funcionamento organizacional.

* Trad. do original inglês «The Investigation and Prosecution of International Crimes – Lessons from the ICC Office of the Prosecutor» por André Hölzer e revisão por Alexandra Fonseca.

* Coordenadora de investigação no Gabinete do Procurador.

¹ Cf. «OTP Strategic Plan – June 2012-2015», disponível em http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/policies%20and%20strategies/Documents/OTP-Strategic-Plan-2012-2015.pdf (última consulta em 11 de março de 2015).

I. Primeiros anos

Ao longo dos primeiros nove anos de existência, os principais desafios que se colocaram ao Gabinete foram a criação de um gabinete operacional que tivesse capacidade de resposta ao elevado número de pedidos de intervenção por parte do Gabinete, bem como firmar a relevância do próprio TPI. Entre 2004 e 2009, os seus padrões de funcionamento foram sendo desenvolvidos e testados, tendo sido posteriormente consolidados através de um manual de operações.

Para responder à elevada procura e afirmar a sua relevância, o Gabinete seguiu uma estratégia direcionada de investigação e acusação. Ao limitar as provas apresentadas em Tribunal, esperava-se que a investigação e o processo ganhassem em celeridade e eficiência. O Gabinete também adotou uma estratégia de limitação do crescimento dos recursos, apesar de o número de situações e casos ter crescido substancialmente ao longo do tempo. Pretendia-se, com esta estratégia, reforçar a ideia de complementaridade e ficar em linha com as reduzidas possibilidades e vontade dos Estados Partes aumentarem os recursos do Tribunal.

Por outro lado, uma abordagem direcionada, a par de um modelo rotativo no qual os recursos fossem alocados em função das necessidades dos casos, permitiria ao Gabinete gerir o volume crescente de trabalho. Esta estratégia permitiu ao Gabinete ganhar relevância no plano internacional, tendo o impacto da sua atuação tido os primeiros sinais: a monitorização de situações ao nível dos exames preliminares teve um impacto positivo nos processos nacionais; o Gabinete conseguiu conduzir investigações simultâneas em sete situações; houve cinco denúncias apresentadas por Estados Partes e duas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU); a importância da justiça nas negociações de paz tornou-se cada vez mais clara e há indícios de que a intervenção do Tribunal poderá ter levado a, pelo menos, uma redução temporária de algumas formas de crime.

II. Lições aprendidas

Apesar de a estratégia do passado ter permitido obter alguns resultados positivos, tornou-se necessário avaliar se a mesma se adequava aos desafios atuais e aos que se esperam no futuro.

Em primeiro lugar, e não obstante a jurisprudência ainda se encontrar em desenvolvimento, os juízes do Tribunal têm evidenciado, através das suas decisões, que esperam que o Gabinete se encontre mais preparado para julgamento numa fase anterior do processo e para apresentar um maior e mais variado número de provas. Embora o Gabinete tenha recorrido de uma série dessas decisões, a mensagem é inequívoca: desencadear a ação judicial quando se estiver já preparado para julgamento; intensificar a verificação da credibili-

dade das informações apresentadas pelas vítimas, bem como a sua fiabilidade e tentar apoiar-se mais em material forense para complementar os depoimentos das testemunhas.

Em segundo lugar, o número de pedidos de intervenção por parte do Gabinete permanece elevado, não sendo expectável que a situação se altere num futuro próximo. O Gabinete acredita que a sua atuação em situações na fase de exames preliminares teve um impacto positivo na capacidade e na vontade de fazer justiça nos países em causa. Nenhuma das situações sob investigação pode ainda ser dada por encerrada: algumas das investigações encontram-se ainda em curso; novas investigações têm ainda de ser levadas a cabo; existem mandados de detenção pendentes e novos processos judiciais foram iniciados. Assim sendo, o modelo rotativo usado para atender às necessidades de investigação e de acusação do Gabinete aparentemente já ultrapassou, em muito, os seus limites.

Em terceiro lugar, o Gabinete conduz, em muitos casos, investigações e deduz acusações contra estruturas complexas, em que os mais altos responsáveis estão amiúde afastados dos crimes reais, recorrendo a diferentes mecanismos para ocultar o seu verdadeiro papel. As estruturas que perpetram estes crimes atuam num campo mais vasto do que o das tradicionais estruturas com um funcionamento claramente hierarquizado. Podem incluir tanto estruturas celulares fortemente impulsionadas por questões ideológicas, semelhantes às das organizações terroristas, como estruturas temporárias e mais fluidas, que assentam na mobilização de comunidades. As investigações dirigidas aos mais altos responsáveis, que tudo fazem para negar qualquer responsabilidade, colocam desafios semelhantes aos que as jurisdições nacionais enfrentam com o crime organizado. O Gabinete, porém, enfrenta, muitas vezes, desafios ainda maiores do que as jurisdições a nível nacional, já que as ferramentas de investigação à sua disposição são mais limitadas e dependem da cooperação dos Estados. Na maioria dos casos não existem disponíveis ou não se revela possível o recurso a técnicas especializadas de investigação (p. e., agentes encobertos, interceção de comunicações telefónicas ou electrónicas, etc.). Estes obstáculos apenas poderão ser ultrapassados se o Gabinete tiver a plena colaboração de todas as partes envolvidas.

III. Nova abordagem

Para lidar com os novos desafios: 1) de estar preparado para julgamento numa fase mais precoce do processo, com prova em maior número e mais diversificada; 2) de lidar com o grande número de pedidos de intervenção por parte do Gabinete e 3) de complexidade dos casos, a par da imprevisível cooperação dos Estados, o Gabinete redefiniu a sua estratégia acusatória a três níveis: *a)* ao nível político; *b)* ao nível do funcionamento da organização e, por último, *c)* ao nível dos recursos.

No plano político fizeram-se três mudanças. Em primeiro lugar, o Gabinete irá, na fase da audiência de confirmação, procurar apresentar os casos tão preparados quanto possível para poderem seguir para julgamento. Se não for possível atingir este patamar no momento em que se requer a emissão de um mandado de detenção ou de uma notificação para comparência (nomeadamente porque é necessário esperar por uma oportunidade para fazer a detenção ou porque há testemunhas-chave que só estão dispostas a colaborar depois de feita a detenção), o Gabinete tenciona apenas avançar se houver probabilidades suficientes de que irá ser possível reunir elementos adicionais de prova, que lhe permitam ter o caso preparado para julgamento dentro de um prazo razoável.

Em segundo lugar, e embora o Gabinete ainda esteja convicto de que a qualidade do trabalho desenvolvido no passado foi boa, os resultados obtidos não o refletiram de forma adequada. O Gabinete tem pautado a sua atuação, em matéria de investigação, por padrões elevados, mas as suas convicções em relação ao que é necessário para se dar um caso como provado não têm coincidido com as expectativas dos juízes. Isto é, em certa medida, normal num órgão judicial ainda jovem que ainda se encontra a amadurecer as suas decisões, ou quando se testam teorias inovadoras, como acontece em alguns dos nossos casos. Dito isto, o principal objetivo será ter em consideração o que os juízes vêm afirmando e apresentar casos mais sólidos. Central numa estratégia acusatória é o desiderato de aumentar a taxa tanto de acusações confirmadas como de condenações. Para o efeito, o Gabinete decidiu abandonar o princípio de investigações direcionadas e optar por um princípio de investigação aprofundada e com resultados em aberto, evitando ter em curso investigações orientadas em vários sentidos. Apenas com esta abordagem aprofundada e de resultados em aberto, estará o Gabinete em condições de responder às solicitações dos juízes para que se apresentem mais provas e mais diversificadas, a par dos depoimentos de testemunhas.

A terceira e última mudança, ao nível da política acusatória, deu-se ao nível da determinação das situações em que se torna conveniente não orientar a investigação diretamente contra o responsável último. O princípio basilar continua a ser o de que o Gabinete deverá dirigir a sua investigação contra os mais altos responsáveis de forma tão célere e direta quanto possível. Contudo, há situações em que se justifica que o Gabinete vá construindo a sua investigação partindo de responsáveis de nível intermédio ou alto, ou até de nível mais baixo mas com destaque na hierarquia. Mais uma vez, tal será feito de forma devidamente ponderada para evitar sobrecarregar o Tribunal com estes casos. Mas quando se prevê que não vai haver cooperação por parte dos Estados, ou quando o/a líder conseguiu criar distância suficiente entre ele/ela e os acontecimentos no terreno, poderá ser necessário focar a investigação primariamente nos responsáveis de nível intermédio ou alto para, assim, se abrir caminho e chegar aos mais altos responsáveis.

IV. Desempenho da organização

A par das mudanças em sede de política acusatória, há também melhorias a introduzir no que se refere ao desempenho da própria organização. Por exemplo, o modelo rotativo que foi usado para dar resposta às necessidades do Gabinete ao nível da investigação e da acusação, esgotou os seus limites. Os atuais recursos humanos são insuficientes para satisfazer todas as necessidades. Inicialmente, estava previsto que o Gabinete mantivesse duas equipas envolvidas em investigações paralelas. Com o tempo, as duas investigações em simultâneo aumentaram para sete, sendo ao mesmo tempo necessário preservar prova em situações em que ainda não foi emitido mandado de detenção e dar apoio a julgamentos. Este aumento da atividade não foi, no entanto, acompanhado do correspondente aumento de recursos ao nível da investigação; reduziu-se o tamanho das equipas dedicadas aos casos e adiaram-se necessidades de investigação. Apesar de, na altura, estas decisões se terem justificado, hoje a situação torna-se insustentável: há investigações em curso com défice de recursos humanos e há investigações suspensas por não haver capacidade para contactar com as testemunhas e para manter a sua colaboração, como aconteceu, por exemplo, no caso Bosco Ntaganda. O Gabinete tão-pouco consegue dar resposta a todos os pedidos de intervenção, pondo em causa, em última análise, a sua legitimidade. O volume de trabalho gerado pelos casos em curso está, por exemplo, a impedir o Gabinete de reabrir formalmente as investigações na Costa do Marfim, o que poderá sugerir falta de imparcialidade por parte do Gabinete.

O reforço das equipas conjuntas de investigação é absolutamente imprescindível perante as exigências dos juízes de apresentação de maior número de prova que corroborem os factos apresentados, e de investigar outras que complementem os depoimentos das testemunhas. O Gabinete está agora, e de forma mais sistemática, a repensar a investigação no local do crime e a exploração de dados digitais e tal só é possível com o aumento tanto do tamanho das equipas como da capacidade de investigação forense. O tamanho das nossas equipas continua, de facto, a ser bastante modesto, particularmente quando comparado com os recursos afetos a agências nacionais responsáveis pela aplicação da lei e aos delegados do Ministério Público para a investigação de casos de criminalidade organizada de semelhante complexidade.

Assim sendo, o Gabinete tem de analisar qual a melhor forma de gerir os seus recursos em face das crescentes solicitações. Nenhuma das opções apresentadas ao Gabinete de a redução dos custos do processo se afigura como solução defensável. O Gabinete não pode comprometer a qualidade do seu trabalho. Precisa de cumprir com os mais elevados padrões de qualidade exigidos pelos juízes. A parca distribuição de recursos tem sido uma causa relevante dos resultados variáveis do TPI. Para além disso, sem este aumento, qualquer investimento em recursos revelar-se-á ineficiente em termos de custos. Compensar a redução da composição da equipa de base com o prolongamento da investigação e da acusação não é uma opção viável, dada a necessidade de

dar resposta pronta a situações em curso. Acresce que tais atrasos redundam muitas vezes na perda de provas (fruto, por exemplo, da perda ou destruição de elementos de prova ou da morte ou desaparecimento das testemunhas), podendo acarretar outros custos ocultos (devido, por exemplo, à necessidade de medidas prolongadas de proteção de testemunhas). A contínua redução do número de investigações e de acusações a correr em simultâneo também não se afigura uma opção viável, já que o Gabinete tem de intervir e a necessidade da sua intervenção é ainda muito elevada mesmo em situações já existentes: o Gabinete poderia facilmente iniciar novos processos na República Democrática do Congo; a situação na República Centro-Africana é preocupante e poderá exigir novas investigações e no Mali o Gabinete está, neste momento, a analisar possíveis vários incidentes. Todas estas questões envolvem fatores que têm de ser devidamente ponderados em cada passo que o Gabinete venha a dar.

Veremos, de seguida, as áreas específicas a ajustar no funcionamento diário do Gabinete.

V. Cooperação e exames preliminares

A cooperação é, obviamente, fundamental para o sucesso do Gabinete. O apoio aos exames preliminares, à investigação e à acusação poderá assumir diversas formas e ter origem em muitos e diferentes parceiros. O aumento das atividades de investigação e acusação, a par da limitação de recursos do Gabinete, têm condicionado o seu modelo de cooperação. O Gabinete está a introduzir uma nova forma de organizar a sua abordagem de cooperação, na qual serão os contactos estratégicos a determinar o âmbito e a estrutura da cooperação, e os contactos operacionais a definir os contornos específicos dessa cooperação, dentro do quadro estabelecido, e a fazer o acompanhamento da sua implementação.

Os exames preliminares são, para além disso, uma forma economicamente rentável de cumprir o mandato do Gabinete, que pode, com um número limitado de recursos monitorizar diferentes situações em fase de exame preliminar e criar incentivos para que os países realizem as investigações e deduzam a acusação em crimes que cabem na jurisdição do TPI. Assim evita-se que o Tribunal inicie novos processos e invista fortemente em recursos. O facto de o Gabinete não ter capacidade para conduzir estes exames preliminares em simultâneo limita a sua ação preventiva. A abordagem «para arranca» que resulta da falta de recursos afeta a capacidade do Gabinete levar os países a agirem por eles próprios, donde se conclui ser necessário um acréscimo dos recursos afetos ao Gabinete para o efeito.

VI. Investigação

Em termos de fatores de sucesso para a realização de uma boa investigação, o Gabinete decidiu centrar a sua atenção em seis aspetos críticos.

1. Reforço da capacidade de recolha de prova complementar aos depoimentos

Apesar de os depoimentos das testemunhas fazerem sempre parte do nosso esforço de recolha, o Gabinete começou, já no passado, a explorar possibilidades de recolha de formas alternativas de prova. Sempre que foi possível, apreendeu-se documentos, fez-se trabalho médico-forense, explorou-se a possibilidade de intercetar material e investigou-se «ramificações financeiras». A crescente solicitação deste tipo de provas por parte dos juízes, a par do acesso crescente a outros meios de prova, tem levado o Gabinete a melhorar as suas capacidades em áreas especializadas como as comunicações por voz, dados eletrónicos e investigação no ciberespaço e ainda a aumentar a confiança nos parceiros. Os planos de investigação incluirão, desde o início da fase de investigação, uma análise sistemática das opções em termos de provas alternativas aos depoimentos de testemunhas.

2. Reforço das capacidades analíticas

O solicitado aumento do número de investigadores, se autorizado, irá levar a um acréscimo na prova recolhida. A análise adequada da informação e da prova tornar-se-á ainda mais crítica para a determinação do grau de certeza em relação aos crimes praticados e aos seus responsáveis. Para além da melhoria dos produtos analíticos-padrão, o Gabinete irá aperfeiçoar as suas bases de dados de modo a ter todas as informações relevantes melhor estruturadas e integradas para mais fácil recuperação. Enquanto a *Prosecution Division* examina os factos para lhes dar um enquadramento jurídico, a função dos analistas consiste em emitir parecer, sempre que o Gabinete ainda encontre falhas, sobre quais os factos que se dão por assentes com grau suficiente de certeza, em encontrar potenciais indícios ou caminhos e ainda delinear o panorama dos caminhos não explorados.

3. Certificação do pessoal

Atendendo à diversidade dos currículos do pessoal do Gabinete torna-se essencial estabelecer um padrão comum quanto aos termos em que as investigações deverão ser conduzidas. Atualmente o necessário enquadramento é dado pelo manual de operações. Dada a importância das nossas investigações, estas deverão pautar-se pelos mais elevados padrões. O Gabinete está, por isso, a criar um grupo de projeto multilateral que terá como missão: 1) identificar e validar as melhores práticas em matéria de investigação internacional e 2) desenhar um procedimento de certificação. Vários parceiros, oriundos de outros tribunais, de organismos responsáveis pela aplicação da lei e do setor académico, prontificaram-se já para participar neste projeto de longo prazo.

4. Revisão do processo de recrutamento do pessoal

O Gabinete continua a valorizar a diversidade dos currículos do seu pessoal, já que reforça a capacidade de identificação de meios alternativos de prova, a sensibilidade para lidar com testemunhas de diferentes origens e para atuar em ambientes diversos. A nova abordagem em matéria de investigações leva a que o Gabinete avalie se esta heterogeneidade nos níveis de experiência, nos tipos de especialização, nos idiomas, no género e nas nacionalidades se ajusta às novas exigências. Estas são relativas ao aumento da presença no terreno, ao reforço das equipas de investigação com peritos nacionais ou regionais, ao reforço da capacidade para lidar com novos tipos de prova e ao aumento do nível de experiência exigido ao pessoal a recrutar, de modo a que também se reforcem as tradicionais e mais especializadas capacidades de investigação.

5. Maior presença no terreno e maior conhecimento sobre os países

O Gabinete tem até agora contado com uma limitada presença no terreno, devido ao, por vezes, difícil ambiente em que atua conjugado com a necessidade de desenvolver estratégias e capacidade de proteção. Por outro lado, a experiência tem demonstrado, ao longo dos anos, as vantagens de estar mais (visivelmente) presente no terreno, já que passa a estar mais facilmente contactável, aumentando também as possibilidades de desenvolver e gerir redes que podem apoiar as investigações. O Gabinete irá, por isso, explorar com a Secretaria novos modelos de presença no terreno.

6. Reforço da proteção de testemunhas

Apesar de o Gabinete não ter ainda tido de lidar com uma situação de morte de uma testemunha, verifica-se um aumento claro das tentativas de ataque ou de interferir com pessoas, ou com os seus familiares, que estejam a colaborar com o Gabinete. Também aumentou o grau de sofisticação dos modos como se tenta interferir com as testemunhas. Os blogues e as redes sociais colocam novos desafios à proteção de testemunhas, ao estarem a ser publicados os nomes de pessoas que alegadamente interagem com o Tribunal. Tudo isto redundando num clima de medo que prejudica a colaboração das testemunhas, o que acaba por ter um impacto negativo na capacidade do Gabinete investigar e deduzir acusações. Considerando que a proteção é de importância crítica, o Gabinete e a Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas estabeleceram um protocolo onde se delimitam claramente responsabilidades e se preveem mecanismos de coordenação, a fim de garantir a melhor proteção possível às pessoas que se encontram em risco em virtude da sua interação com o Gabinete. Tais mecanismos serão revistos de modo a avaliar se a estratégia, os

meios e a organização da proteção continuam a ser adequados à prevenção dos riscos de segurança que o Tribunal atualmente enfrenta. O Gabinete está também a investigar episódios de interferência com testemunhas no contexto de eventuais crimes contra a administração da justiça, à luz do artigo 7.º do Estatuto de Roma do TPI, penalmente puníveis.

VII. Acusações

De igual modo foram as necessidades da *Prosecution Division* alvo de revisão. A acusação só poderá ser bem-sucedida se tiver por base investigações consistentes, mas as investigações, para o serem, também necessitam de uma clara orientação jurídica por parte dos procuradores. A qualidade da orientação jurídica dada às equipas de investigação pelos advogados é variável. Com vista a melhorar esta função crucial, está em curso uma uniformização dos procedimentos de todas as equipas relativos à revisão jurídica sistemática do conjunto dos factos e à avaliação da necessidade de modificar a teoria de um caso, ou de recolher mais elementos de prova em determinadas situações.

A decisão de julgar uma pessoa e de desencadear a ação judicial contra a mesma é uma das mais importantes decisões que o Gabinete tem de tomar. Atendendo à importância desta questão, o Gabinete decidiu organizar uma comissão de revisão interna que atua independentemente da equipa conjunta que irá orientar a administração do Gabinete relativamente à força do caso apresentado e à conveniência de lhe dar continuidade.

O Gabinete está também a alterar o seu modelo de liderança para as equipas conjuntas. Enquanto antes uma coliderança de representantes de cada uma das divisões operacionais assumia a condução de uma investigação, o Gabinete decidiu delegar a responsabilidade final numa equipa conjunta da *Prosecution Division*. Esta decisão enfatiza que o objetivo principal da equipa é estabelecer a verdade e determinar a que caso deve ser dado seguimento com base nas provas recolhidas.

De modo mais geral, em resultado destes processos de reflexão, o Gabinete também estabeleceu um processo permanente de lições aprendidas. Lições aprendidas foram já utilizadas no passado e formaram a base para a criação e atualização do manual de operações e para a revisão da nossa estratégia acusatória que é refletida neste plano estratégico. O Gabinete está agora a trabalhar na sistematização de tais lições aprendidas com cada unidade ou equipa, levando a cabo tal exercício pelo menos duas vezes por ano.

Por fim, a informação é um recurso crítico para o Gabinete, junto com o seu pessoal. O Gabinete enfrenta dois grandes desafios a este respeito. Em primeiro lugar, à medida que os procedimentos confiam cada vez mais em documentos e correspondência eletrónicos, o conjunto de informação do Gabinete está a tornar-se cada vez mais complexo. Dadas a importância e sensibilidade desta atividade, é fundamental haver um processo e sistemas de

apoio bem pensados, bem como um planeamento e um controlo de qualidade bem cuidados; isto resultará numa conclusão célere com o mínimo possível de erros conclusivos. Em segundo lugar, à medida que o Gabinete foi refinando o seu método de trabalho ao longo dos anos, e dada a necessidade de lidar com novas formas eletrónicas de provas, existe uma necessidade de rever as suas estratégias de informação e as suas tecnologias informáticas.

Conclusão

Pode concluir-se que o TPI, tendo sobrevivido e evoluído para um mecanismo judicial que funciona em pleno ao longo dos primeiros 10 anos da sua existência, está agora a consolidar os seus ganhos e a aplicar as lições que aprendeu, de modo a desenvolver as melhores práticas nas circunstâncias únicas de cada situação em que está a conduzir análises preliminares, investigações ou acusações. Espera-se que o TPI enquanto instituição, na constante procura de contribuir para a eliminação da impunidade dos crimes de maior gravidade que, nas palavras do preâmbulo do Estatuto de Roma, «[...] constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da Humanidade», possa contribuir para um mundo mais seguro e mais justo. Neste esforço, o Gabinete necessitará do apoio e da cooperação de todas as partes do mundo, para poder julgar efetivamente tais crimes e, assim, «[...] garantir o respeito duradouro pela efetivação da justiça internacional»².

² Cf. preâmbulo do Estatuto de Roma do TPI.

MÓDULO IV: DEFESA, PARTES CIVIS E VÍTIMAS JUNTO DO TPI



MÓDULO IV: DEFESA, PARTES CIVIS E VÍTIMAS JUNTO DO TPI

O Gabinete de Defensores Públicos do TPI:
A problemática da defesa dos arguidos⁺

XAVIER-JEAN KEÏTA^{*/**}

Sumário:

Introdução;

I. Últimos desenvolvimentos ao nível da jurisprudência do TPI;

1. Aplicação da regra 55;
2. Obrigações de divulgação nos termos da regra 77;
3. Procedimento «no case to answer»;
4. Detenção prolongada na fase de confirmação;
5. A primeira absolvição do TPI — questões contínuas de detenção;

II. Desenvolvimentos deontológicos relevantes para defensores e advogados de acusação.

Introdução

O primeiro Gabinete de Defensores Públicos¹ existente em permanência num tribunal internacional foi criado na sequência da aprovação do Regulamento do Tribunal Penal Internacional, em maio de 2004. Tem como objetivo promover, representar e investigar os direitos de acesso à justiça e das pessoas beneficiárias de apoio judiciário, bem como dar maior visibilidade às questões relativas ao exercício do direito de defesa, desenvolvendo-se, a este nível, esforços no sentido de assegurar «igualdade de armas» ao longo de todo o processo penal. O Gabinete encontra-se a funcionar em pleno desde janeiro de 2007, data da nomeação do seu Defensor Principal.

O Gabinete é funcionalmente independente naquelas que são as suas competências nucleares, mas depende organicamente da Secretaria do TPI por questões meramente administrativas. Há dois aspetos a distinguir em relação ao papel do Gabinete: o primeiro reporta-se à fase de investigação no processo penal e o segundo ao período que se inicia quando alguém é chamado para comparecer e

⁺ Trad. do original inglês sem título por André Hölzer e revisão por Alexandra Fonseca.

^{*} Advogado principal no Gabinete de Defensores Públicos do TPI. As opiniões expressas no presente artigo representam a visão do autor e não do TPI.

^{**} Em colaboração com Marie O'Leary, jurista, e Géraldine Danhoui, jurista-adjunta.

¹ *N.T.*: Conhecido pela designação inglesa *Office of Public Counsel for the Defence*. Doravante designar-se-á por Gabinete, a não confundir com o Gabinete do Procurador.

prestar declarações em Tribunal, ou é detido e aguarda nomeação de defensor ou a constituição de mandatário. O Gabinete só inicia a sua intervenção depois de ter comprovado que não existem conflitos de interesses.

Durante a fase de inquérito (ou seja, antes de o Gabinete do Procurador ter pedido a emissão de um mandado de detenção ou de ter solicitado a comparencia de uma pessoa concreta em tribunal), o Gabinete tem um papel mais representativo. Nas fases iniciais do inquérito e a fim de assegurar que eventuais futuros arguidos não venham a ser prejudicados pela ação do Tribunal, o Gabinete assegura a representação e defesa destes. Assim acontece quando se responsabiliza por todos os trâmites decorrentes da apresentação de participação por parte de uma vítima.

Uma vez notificado ou detido o arguido, e tendo-lhe sido nomeado defensor ou tendo ele optado por assumir a sua própria defesa, o Gabinete passa a assumir mais um papel de apoio institucional. Saliente-se, a este propósito, que o Gabinete não é um gabinete de defensores públicos *per se*: o Estatuto de Roma estabelece o direito do arguido livremente escolher quem assegurará o seu patrocínio.

No sentido de evitar possíveis conflitos de interesses entre o Gabinete e as diferentes equipas de defesa, o Gabinete centra o seu trabalho de pesquisa e apoio em matérias que sejam, potencialmente, do interesse comum. Consequentemente, o Gabinete abstém-se de tomar partido ou posição perante as alegações proferidas, seja pela acusação ou pela defesa.

Integrando o Tribunal Penal Internacional a título permanente e contando com, pelo menos, um defensor com, no mínimo, 10 anos de experiência, o Gabinete procura, por um lado, criar uma memória ao nível da defesa coletiva e, por outro, organizar um centro de recursos que, a partir da aprendizagem retirada das experiências de trabalho com as equipas de defesa individual, possa, de facto, propiciar os recursos, pesquisa e aconselhamento jurídicos necessários, ou ainda — a pedido ou indicação do juízo — aconselhamento ou apoio direcionado, ou seja, baseado no detalhe das circunstâncias fácticas do caso concreto. Deste modo, torna-se possível garantir que as equipas de defesa concretizarão em pleno os seus objetivos junto do Tribunal.

Poderá ser também solicitado ao Gabinete que compareça perante um juízo para específicas questões jurídicas, pese embora não lhe compita apresentar propostas ou submeter as suas observações diretamente ao Tribunal, salvo se solicitado pelo próprio Tribunal, ou se requerido pelo defensor e desde que aprovado pelo advogado nomeado pelo cliente.

Por outro lado, o Gabinete poderá ainda assegurar a representação de advogados de defesa ou de testemunhas de defesa em processos por queixas relacionadas com infrações contra a administração da justiça, ou intervir como mediador em caso de litígio entre o beneficiário de apoio judiciário e o respetivo defensor.

O Gabinete procura ainda contribuir para a consciencialização da importância do papel da defesa e da igualdade de armas no reforço da noção

de justiça internacional. Para o efeito, promove os mais estruturantes direitos de defesa, quer junto do Tribunal quer fora dele, seja pelo estabelecimento de relações de cooperação com os Estados Partes e demais entidades envolvidas, ou através da produção e divulgação de materiais sobre o âmbito e a importância de tais direitos e os desenvolvimentos ao nível da jurisprudência.

Presentemente, os quadros do Gabinete compõem-se de cinco funcionários e estagiários oriundos de diferentes países.

I. Últimos desenvolvimentos ao nível da jurisprudência do TPI

O Tribunal tem assistido, ao longo dos últimos anos, a um vasto desenvolvimento da sua jurisprudência. De facto, o número de processos tem aumentado significativamente. Atualmente, o Gabinete presta apoio a 13 equipas de defesa. É, portanto, pertinente abordar aqui algumas das questões com que os juízes têm que lidar, bem como as suas consequências para os direitos dos arguidos.

1. Aplicação da regra 55 (caso Katanga)

A evolução registada no ano passado ao nível da regra 55 diz especialmente respeito às equipas de defesa.

A possibilidade de «reconfigurar as acusações» e de alterar os termos de responsabilidade alegados numa fase tão avançada do processo choca diretamente com o direito do arguido a ter informação pronta e detalhada sobre a natureza, a causa e o teor da acusação que contra si impende, interferindo com a possibilidade do mesmo preparar adequadamente a sua defesa. A perspetiva de poder tornar-se num «alvo móvel» em termos de acusação inviabiliza qualquer hipótese de preparação de uma linha («teoria») coerente de defesa para o caso — um passo crítico na preparação de um julgamento. Para além disso, qualquer alteração da acusação numa fase avançada alongará necessariamente o processo já que será sempre possível apresentar novos ou diferentes elementos de prova.

A questão que centralmente se coloca na decisão do juízo de recursos, no caso Katanga, é como poderão os juízos garantir processos equitativos, com um tão alargado âmbito de aplicação da regra 55 e qual o seu impacto na preparação da defesa.

Um resultado tangível desta decisão foi já visível no processo Quénia 1: em 13 de julho de 2013, o procurador solicitou ao juízo que efetuasse uma notificação formal nos termos do n.º 2 da regra 55, ou seja, que informasse a defesa e os seus legais representantes da possibilidade de alteração dos termos de responsabilidade criminal individual da acusação, ao abrigo das alíneas *b*), *c*) ou *d*) do n.º 3 do artigo 25.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI), devendo tal ocorrer ou antes ou no primeiro dia do julgamento. O procurador

considerou que a atempada notificação e análise permitiria às partes preparar e apresentar de forma adequada as suas causas, sem o risco de ser surpreendidos por uma eventual alteração do enquadramento jurídico do caso. Posteriormente e na fase de instrução, imediatamente antes da abertura do processo, já o Gabinete do Procurador entendeu que a aplicação da regra 55 poderia vir a ser necessária e a justificar-se em fases posteriores.

Todavia, o que isto representa para a defesa, e que foi amplamente discutido pelas partes, é que o arguido acaba por não ter, nem nesta fase, conhecimento pleno da versão final das acusações que contra si impendem. Ainda assim, vê-se na contingência de preparar uma defesa em função daquilo que, nesse momento, está a ser alegado. As decisões do juízo de recursos proferidas este ano no caso Katanga terão certamente um impacto significativo ao nível da defesa, e deverão ser tidas em consideração por todas as equipas de defesa ao longo do processo já que terão necessariamente repercussão na forma como (ou se) uma equipa vai apresentar a defesa.

2. Obrigações de divulgação nos termos da regra 77 (caso Banda & Jerba)

O juízo de recurso lidou também, durante este ano, com questões de divulgação, nomeadamente com as constantes da regra 77², num recurso subordinado da defesa, no caso Banda & Jerba.

Neste caso, a defesa solicitou do juízo de julgamento em primeira instância (juízo de primeira instância), uma decisão da qual decorresse a imposição ao Gabinete do Procurador da divulgação de informação confidencial sobre o caso al-Bashir, em particular, a referente à emissão do mandado de detenção em nome de al-Bashir. Foi alegado que tal informação seria necessária para interrogatórios específicos a realizar no âmbito dos seus casos. O juízo de julgamento em primeira instância indeferiu a pretensão.

O juízo de recursos considerou, no entanto, que esta decisão enfermava de manifesto erro de Direito na aplicação da regra 77.

A título preliminar, o juízo de recursos «salient[ou] que a divulgação é fundamental para garantir a equidade nos processos e para salvaguardar os direitos da defesa e, em particular, o princípio da igualdade de armas. Estes pressupostos devem estar na base da tomada de decisões sobre divulgação».

O juízo de recursos enfatizou ainda dois aspetos com específica relevância prática: um primeiro no sentido de que em conformidade com a regra 77, o Gabinete do Procurador tem a «obrigação de divulgar à defesa informação que tenha na sua posse ou sob seu controle, mesmo que ela já esteja disponível

² Cf. Regulamento Processual, ICC-ASP/1/3 (parte II-A).

publicamente» e um segundo de acordo com o qual as partes têm a obrigação de tornar todo o processo de divulgação «prático e gerível».

Tendo por base estes pressupostos, o juízo de recursos considerou que o juízo de julgamento em primeira instância incorreu em erro pelas seguintes quatro razões: 1) o juízo de julgamento em primeira instância não procurou averiguar de facto se a informação solicitada era ou não «relevante para a preparação da defesa»; 2) o juízo de julgamento em primeira instância considerou irrelevantes fatores que apenas poderiam ser considerados após decisão fundamentada de divulgação; 3) foi impróprio que o juízo de julgamento em primeira instância tivesse levado em consideração o ónus «desproporcionado» que impedia sobre o Gabinete do Procurador, a Secretaria e o juízo ao omitir as identidades de testemunhas³, uma vez que tal não faz parte das considerações da regra 77 como base para restringir a divulgação e 4) é dever do juízo de julgamento em primeira instância garantir um processo equitativo e expedito, se bem que «da regra 77 não conste referência explícita à celeridade como fundamento para restringir a divulgação».

A abordagem correta, tal como salientou o juízo de recursos, passa por averiguar se as informações a divulgar são ou não «relevantes para a preparação da defesa», devendo tal ser analisado caso a caso. Na decisão impugnada em Banda & Jerba, o juízo de recursos determinou que o juízo de julgamento em primeira instância deveria ter averiguado primeiro se a questão levantada pela defesa era ou não relevante para a preparação da defesa. «Se assim tivesse agido, [o juízo de julgamento em primeira instância] teria podido concluir se apenas parte ou a totalidade da informação solicitada era, de facto, relevante para a preparação da defesa».

Note-se que o juízo de recursos entendeu que tais avaliações deverão ser efetuadas, a título preliminar, de modo a reduzir o ónus da defesa em tentar garantir tais informações. Para além disso, e em relação às informações especificamente relacionadas com o mandado de detenção de al-Bashir, o juízo de recursos alertou a procuradora para as suas obrigações de respeito pelo caráter público do processo ao abrigo do n.º 3 da regra 23 *bis* do Regulamento do Tribunal, assegurando, sempre que possível, a disponibilização de informações não confidenciais a um público mais alargado. Segundo o juízo de recursos, um pedido de requalificação neste caso «já poderia ter reduzido a quantidade de informação alvo de litígio entre as partes».

3. Procedimento *no case to answer* (casos Kenya 1 e Kenya 2)

De destacar ainda, no contexto das decisões processuais, a proferida no caso Kenya 1. Aqui, o juízo de julgamento v(a) determinou que, «em princípio»,

³ *N.T.: no original, implementing redactions.*

iria aceitar que a defesa requeresse *no case to answer* findas as alegações da acusação. Este procedimento abre a possibilidade às equipas de defesa de invocar, perante os factos alegados pela acusação, que não há, de facto, caso para se pronunciarem, devendo as acusações ser, por isso, retiradas.

O juízo fornecerá, entretanto, orientações adicionais sobre como aplicar um tal procedimento (tal como decidirá se um tal procedimento será admissível no caso Kenya 2). Dado que este procedimento ainda não foi implementado, o juízo ainda terá de definir o critério jurídico a aplicar.

É um desenvolvimento interessante e, a recorrer-se a ele, será a primeira vez que vai ser aplicado no TPI. Os tribunais *ad hoc* têm atualmente permitido o procedimento *no case to answer* ao abrigo da regra 98 *bis*⁴, mas é importante referir que esta regra não constava dos Regulamentos Processuais originais destes tribunais e que foi adotada pelo Tribunal Internacional Penal para a ex-Jugoslávia, em 10 de julho de 1998, tendo, entretanto, sofrido duas alterações. A alteração de 8 de dezembro de 2004 veio tornar o procedimento inteiramente oral, de modo a tornar o processo também mais célere.

O modelo que vier a ser implementado será o verdadeiro teste que irá permitir perceber qual o impacto deste procedimento no processo como um todo. Ao nível dos tribunais *ad hoc*, o padrão não é tão elevado, bastando apenas que as provas apresentadas pela acusação sejam suficientes para persuadir um julgador razoável que a culpa do arguido ficou provada para além de qualquer dúvida razoável. Básica e independentemente da credibilidade ou fiabilidade, foi apresentada algum tipo de prova que sustenta a acusação.

Todo este processo destina-se a salvaguardar o direito do arguido a um julgamento justo e expedito. Se simples e efetivamente não existe um caso e o juízo assim o entender, o processo pode então ser imediatamente arquivado e o arguido absolvido das acusações. E mesmo que apenas parte das acusações se revele infundada, a defesa poderá então focar-se apenas em acusações sustentadas. Isto não só leva a processos mais céleres, como também permite economizar recursos.

4. Detenção prolongada na fase de confirmação (caso Gbagbo)

O caso Gbagbo colocou em primeiro plano questões relacionadas com a liberdade condicional e a detenção prolongada, na sequência de uma decisão, tomada por maioria, de adiamento da decisão sobre a confirmação da acusação.

⁴ Cf. Regulamento Processual do *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*.

Em 11 de julho de 2013, e uma vez que ainda se justificavam as razões que basearam a detenção, nos termos dos parágrafos (i) a (iii) da alínea (b) do n.º 1 do artigo 58.º do ETPI, o juízo de instrução recusou o pedido de liberdade condicional apresentado por Laurent Gbagbo. O juízo considerou, em primeiro lugar, que o argumento invocado pela defesa para o adiamento da audiência não configurava circunstância nova no contexto dos motivos que levaram à detenção de Gbagbo. Com efeito, segundo o juízo:

«[A] decisão de adiamento, por parte do juízo de instrução, não constitui qualquer decisão definitiva sobre o mérito da causa, antes se traduzindo numa etapa processual intermédia, cujo objetivo é permitir ao procurador considerar a possibilidade de facultar provas adicionais, de realizar novas investigações, ou de alterar os termos da acusação».

Em segundo lugar, o juízo de instrução considerou não ter havido qualquer alteração no que se refere à rede de apoiantes de Gbagbo e aos recursos a que o mesmo tem acesso para efeitos de fuga em caso de libertação. Por último, também o argumento relativo ao estado de saúde de Gbagbo foi rejeitado pelo juiz singular, por ter este considerado que a defesa não havia trazido ao processo nenhum dado novo relevante. Relativamente à liberdade condicional, o juiz singular observou que «não havia sido levado ao conhecimento do tribunal nenhuma hipótese concreta de libertação do Sr. Gbagbo, na qual tais riscos se encontrassem significativamente reduzidos». A liberdade condicional foi-lhe assim recusada. A defesa apresentou, no entanto, recurso da decisão, em 19 de agosto de 2013, encontrando-se o mesmo ainda em apreciação pelo juízo de recursos.

À luz desta decisão, aproveito para reiterar o princípio de que a liberdade é a regra e a detenção a exceção. O que é particularmente importante no caso de Gbagbo, ou de qualquer outro suspeito em circunstâncias similares, é que ele ainda não é mais do que um suspeito, impendendo, por conseguinte, sobre ele, acusações ainda não confirmadas. Não se pode esquecer que, em relação a ele, tal como em relação a qualquer suspeito ou arguido, subsiste um princípio de presunção de inocência, um direito consagrado no artigo 66.º do ETPI. Por força do artigo 67.º do ETPI, Gbagbo beneficia da «garantia mínima» de ser pronta e detalhadamente informado sobre a natureza, o motivo e o conteúdo do(s) facto(s) que lhe é(são) imputado(s), devendo ser julgado «sem atrasos indevidos».

Gbagbo encontra-se detido, em prisão preventiva e à guarda do TPI, há já quase dois anos, tendo sido transferido para o TPI em 30 de novembro de 2011. Considerando a agenda do juízo para as próximas audiências de confirmação, não parece provável que consiga uma decisão sobre a confirmação da acusação até abril de 2014. Isto equivale a dois anos e meio em situação de prisão preventiva sem qualquer confirmação das acusações pendentes, o que é simplesmente inadmissível. Ainda que a justiça tenha de seguir os seus trâmites, tantas vezes

lentos, não se pode tolerar que sejam roubados anos de vida a um presumível inocente, e isto é tanto mais verdade quanto observamos este Tribunal recusar a confirmação das acusações apenas porque se encontram em falta elementos de prova. Os contornos deste caso constituem certamente um padrão a que todas as equipas de defesa devem atender se se pretende ser consistente com o Estatuto de Roma e os direitos humanos reconhecidos.

5. A primeira absolvição do TPI — questões contínuas de detenção

Cumprir referir que o TPI proferiu, em 2012, a sua primeira decisão de absolvição. Mathieu Ngudjolo Chui foi absolvido de todas as acusações a 18 de dezembro daquele ano. No entanto, continua a enfrentar problemas importantes.

Efetivamente, no dia em que Ngudjolo foi libertado, o país anfitrião decidiu repatriá-lo para a República Democrática do Congo — um país onde a sua segurança se encontra ameaçada. Para poder evitar uma expulsão, que seria extremamente lesiva para ele, em virtude dos depoimentos que prestou perante o juízo de instrução II, como testemunha no seu próprio processo, o Sr. Ngudjolo viu-se obrigado a apresentar um pedido de asilo no mesmo país anfitrião, solicitando proteção internacional. Depois de formulado este pedido, ficou detido, durante vários meses, no centro de detenção para refugiados no aeroporto de Schiphol, o que o deixou praticamente incapacitado de se defender materialmente e de alegar a sua absolvição. O defensor de Ngudjolo solicitou, por várias vezes, o apoio do Tribunal e das competentes secções a fim de se encontrar uma solução justa.

O cenário global lança uma sombra sobre a primeira absolvição do TPI, podendo revelar-se inclusivamente desfavorável para a situação de Ngudjolo. Perante isto o Gabinete reitera a necessidade imperativa do Tribunal realizar acordos sobre absolvição e liberdade condicional. O Gabinete levantou estas questões fulcrais na revisão de 2010 e apresentou à Presidência uma proposta para estes dois acordos.

Enquanto não forem adotados os procedimentos adequados, subsiste o risco de que pessoas inocentes (seja a inocência presumida ou não) acabem sendo injustamente lesadas apenas porque o Tribunal não agiu proativamente para regulamentar todas as questões relacionadas com absolvição e liberdade condicional.

II. Desenvolvimentos deontológicos relevantes para defensores e advogados de acusação

Faremos, por último, uma atualização sobre os últimos desenvolvimentos do ano passado em questões deontológicas perante o TPI — um assunto, aliás, muito discutido.

Nos finais de maio de 2013, o juízo de julgamento v(b) defendeu o seguinte, na sequência da apresentação de um requerimento pela defesa de Kenyatta:

«Do ponto de vista do juízo, o Código de Conduta Profissional dos Advogados devia ser, se aplicável e sempre que possível, extensível aos membros da acusação, para efeitos do presente caso».

Pouco tempo depois, a acusação informou que havia criado um Código de Conduta para o Gabinete do Procurador e que o mesmo havia entrado em vigor em 5 de setembro de 2013⁵. Apesar de o Código de Conduta da acusação assumir vários dos princípios ínsitos no Código de Conduta dos Advogados, apresenta várias diferenças. Ainda se está para ver como irá o Código da Acusação ser aplicado em caso de violação.

Estes desenvolvimentos remetem-nos, todavia, para a questão pendente da criação, no seio do Tribunal, de um órgão/observatório de ética, a qual já havia sido decidida pela Presidência em março de 2009, mas que continua ainda por implementar. O Gabinete voltou a levantar esta importante questão junto do novo secretário, e nós esperamos que o assunto volte a merecer a devida atenção, e venha a ser objeto de concretização.

⁵ *N.R.*: o Código está disponível online em http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/policies%20and%20strategies/Pages/Code-of-Conduct.aspx (consultado pela última vez em 10 de março de 2015).



MÓDULO IV: DEFESA, PARTES CIVIS E VÍTIMAS JUNTO DO TPI

A política uniforme da Secretaria do TPI referente ao sistema de apoio judiciário do Tribunal⁺

DIDIER DANIEL PREIRA*

Sumário:

Introdução;

I. Antecedentes do sistema de apoio judiciário e princípios aplicáveis;

1. Antecedentes do sistema de apoio judiciário;
2. Princípios aplicáveis;
3. Base legal;
4. Determinação da situação de insuficiência económica;

II. Meios do apoio judiciário: composição de equipas e orçamento afeto a investigação;

1. Equipas de defesa;

- a) Composição das equipas de defesa;
- b) Equipas de defesa: orçamento para investigação;

2. Equipas de representação das vítimas;

- a) Composição das equipas de representação das vítimas;
- b) Composição das equipas de representação das vítimas em caso de patrocínio forense comum;
- c) Meios para facilitar a comunicação com as vítimas;
- d) Verbas afetas a investigação;

III. Meios adicionais;

IV. Remuneração da defesa e dos representantes das vítimas;

1. Remuneração dos elementos da equipa em conformidade com o *Adjustment Report*;
2. Revisão dos valores remuneratórios a pagar aos membros das equipas de acordo com a decisão do Bureau da Assembleia dos Estados Partes;

a) Determinação do salário base líquido;

3. Considerações complementares acerca da remuneração;
4. Litígios relacionados com honorários;
5. Proibição da partilha de honorários;

⁺ Trad. do original inglês «Registry's Single Policy Document on the Court's Legal Aid System» por André Hölzer e revisão por Alexandra Fonseca.

* Ex-Secretário-Adjunto no TPI. Advogado junto da Cour d'Appel de Paris, Barreau de Val de Marne.

- V. **Compensação pelos encargos profissionais;**
- VI. **Despesas;**
- VII. **Comissário para o Apoio Judiciário.**

Introdução

À guisa de introdução, e de modo a servir de pano de fundo do meu texto, recorde-se que para assegurar a equidade processual e a igualdade de armas no processo o Tribunal disponibiliza um sistema de apoio judiciário para aqueles que não têm meios económicos suficientes para suportar os custos de um processo.

No presente artigo pretendo abordar de forma breve: (i) os antecedentes e os princípios aplicáveis ao apoio judiciário; e (ii) os meios à disposição da defesa e das vítimas ao abrigo do sistema de apoio judiciário do Tribunal.

I. Antecedentes do sistema de apoio judiciário e princípios aplicáveis

1. Antecedentes do sistema de apoio judiciário

O TPI dispõe de um regime abrangente de apoio judiciário que combina as exigências de uma representação para pessoas sem recursos económicos que seja efetiva, adequada e suficiente, mas compatível com as limitações orçamentais próprias de um regime de apoio judiciário publicamente financiado. O sistema atualmente em vigor nasce de múltiplas e extensas consultas realizadas pela Secretaria em conformidade com o n.º 3 da regra 20 do Regulamento de Processo e Prova do Tribunal (RPP).

O primeiro sistema de apoio judiciário do Tribunal foi implementado na sequência da realização de consultas diretas a mais de 50 peritos, compreendendo parceiros externos do Tribunal, organismos de representação profissional independentes ligados à justiça, tribunais *ad hoc*, e outros, num processo que se iniciou em janeiro de 2003. Realizaram-se, para além disso, missões de estudo, por parte de funcionários do Tribunal, a tribunais nacionais e a países como o Reino Unido que dispõem de sistemas de apoio judiciário bem delineados e montados, com vista, assim, à implementação, no TPI, de um sistema abrangente de apoio judiciário. O Tribunal organizou ainda, em outubro de 2003, um seminário de advogados — que, desde então, se repete anualmente — em que participaram mais de 40 peritos e representantes de várias ordens de advogados e que, com as suas sugestões e comentários, contribuíram para que a Secretaria elaborasse a proposta do primeiro sistema de apoio judiciário a funcionar no Tribunal. Esta foi submetida à Comissão do Orçamento e Finanças (CBF — Committee on Budget and Finance) em agosto de 2004.

2. Princípios aplicáveis

O sistema de apoio judiciário do Tribunal¹ e as decisões da Secretaria a ele relativas são regidos por cinco princípios fundamentais. Estes princípios, exceto o primeiro (princípio da igualdade de armas), que só se aplica aos arguidos, aplicam-se à ponderação e à gestão do apoio judiciário concedido quer a arguidos sem recursos económicos, quer a vítimas intervenientes nos processos em curso no Tribunal.

De acordo com o primeiro princípio, o já referido princípio da igualdade de armas, o sistema de pagamento deverá contribuir para garantir o equilíbrio entre os recursos e meios à disposição do arguido e os da acusação.

Por seu turno, o princípio da objetividade estipula que o sistema de pagamento deverá ter por base as exigências do caso e não requisitos subjetivos.

Já de acordo com o terceiro princípio, o princípio da transparência, o sistema de pagamento deverá encontrar-se estruturado e ser gerido em moldes que cumpram com os princípios da revisão e auditoria na gestão de fundos públicos, sem comprometer a confidencialidade do trabalho desenvolvido ou a autonomia do advogado ou da sua equipa.

O quarto princípio, o da continuidade e flexibilidade, impõe que o sistema de pagamento contemple mecanismos suficientemente flexíveis para se ajustarem às situações à medida que vão surgindo, evitando a paralisação dos processos, que se afigura perniciosa para a boa administração da justiça.

Por fim, o princípio da economia prevê, em conformidade com os textos normativos do Tribunal, em particular a regra 83, n.º 1, do Regulamento do Tribunal (RT), que o sistema de apoio judiciário deverá apenas cobrir as despesas que se mostrem razoavelmente necessárias para um patrocínio forense efetivo e eficiente.

3. Base legal

O n.º 1 do artigo 47.º do Estatuto de Roma estabelece a Secretaria como sendo o órgão responsável pelos aspetos não judiciais da administração e do funcionamento do Tribunal. A gestão do regime de apoio judiciário do Tribunal engloba-se nas competências do Secretário, tendo os beneficiários do sistema a possibilidade de recorrer judicialmente das decisões administrativas do secretário quanto ao apoio judiciário.

À semelhança da jurisprudência dos tribunais *ad hoc*, os juízos e a Presidência do Tribunal têm confirmado que «a responsabilidade da gestão do

¹ Cf. *Report to the Assembly of States Parties on options for ensuring adequate defence counsel for accused persons*, ICC-ASP/3/16, de 17 de agosto de 2004 (doravante *The Supplementary Report*), § 16.

sistema de apoio judiciário do Tribunal cabe, em primeira linha, ao Secretário, competindo-lhe também a supervisão do sistema»².

Nos textos normativos do Tribunal, incluindo no seu documento fundador, não faltam disposições a regular o sistema de apoio judiciário. Sem pretensões de exaustividade, duas das principais disposições são a da alínea *c*) do n.º 2 do artigo 55.º e da alínea *d*) do n.º 1 do artigo 67.º que garantem o direito à assistência por advogado ou, não tendo advogado, à nomeação de um advogado às pessoas que vão ser interrogadas pelo procurador ou por autoridades nacionais, nos termos do capítulo IX do Estatuto de Roma, e aos arguidos, respetivamente. O direito é assegurado «em todas as situações em que o interesse da justiça assim o exija, e de forma gratuita, desde que não possua[m] os meios económicos necessários para o efeito».

Por seu turno, outro dos principais artigos relevantes é o n.º 1 da regra 21 do RPP, que estabelece que os critérios e os procedimentos de atribuição de apoio judiciário deverão ser definidos no RT, com base em proposta do Secretário e após consulta de organismo independente de representação de advogados ou de associações de advogados, tal como decorre do n.º 3 da regra 20.

Quanto à aplicação do sistema de apoio judiciário, a regra 83, n.º 1, do RT é a mais pertinente em termos de orientação à Secretaria, prevendo que o apoio judiciário prestado pelo Tribunal contemplará todas as despesas tidas pelo Secretário como razoavelmente necessárias à organização de uma defesa efetiva e eficiente. Tal inclui os honorários do advogado e dos seus assistentes, nos termos da regra 68, as despesas relacionadas com pessoal e com a recolha de prova, os custos administrativos e de tradução e interpretação, as despesas de deslocação e as ajudas de custo diárias. Por outro lado, prevê ainda que o alcance do apoio judiciário prestado pelo Tribunal a vítimas será definido pelo Secretário após consulta do juízo, caso se mostre necessário.

Por seu turno, a «determinação da situação económica» do requerente de apoio judiciário encontra a sua principal base legal na regra 84 do RT, a qual estabelece: *(i)* sempre que uma pessoa solicite apoio judiciário por parte do Tribunal, o Secretário fará a avaliação da sua situação económica e decidirá se à mesma será concedido apoio total ou parcial; e *(ii)* na análise dos recursos económicos incluir-se-ão todos os que o requerente usufrua, direta ou indiretamente, ou de que possa livremente dispor, incluindo, nomeadamente, rendimentos diretos, contas bancárias, património pessoal e imobiliário, pensões, ações, obrigações e outros ativos de que disponha, excluindo, porém, quaisquer prestações familiares ou sociais a que tenha direito. Nesta avaliação, deverá ser também tida em consideração qualquer transferência de património efetuada pelo requerente que o Secretário considere relevante, bem como o seu estilo

² Cf. *The Presidency, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-937, 29 de junho de 2007, § 16.

de vida aparente. O Secretário deverá ainda considerar os custos apresentados pelo requerente, desde que razoáveis e necessários.

A regra 85, por sua vez, especifica o processo de tomada de decisão do Secretário perante pedidos de apoio judiciário. Pode ler-se que: (i) de acordo com o Regulamento da Secretaria (RS), o Secretário deverá decidir se a assistência por advogado deverá ser paga pelo Tribunal no prazo de um mês após apresentação do pedido ou no prazo de um mês após o termo do prazo fixado nos termos do RS. A decisão será notificada ao requerente, devidamente fundamentada e com a indicação dos moldes em que poderá ser apresentado recurso da decisão. O Secretário poderá, sempre que o considere pertinente, tomar uma decisão provisória de concessão de apoio judiciário; (ii) o Secretário deverá rever a decisão sobre a concessão do apoio judiciário, caso venha a verificar que a situação económica do beneficiário é diferente da indicada no requerimento ou caso a situação económica do mesmo se tenha alterado após a apresentação do requerimento. Qualquer revisão da decisão deverá ser notificada ao beneficiário acompanhada dos respetivos fundamentos e da indicação dos moldes em que poderá ser apresentado recurso da decisão; (iii) as pessoas a que se referem os n.ºs 1 e 2 poderão recorrer para a Presidência das decisões aí mencionadas no prazo de 15 dias a contar da notificação de decisão em causa. A decisão da Presidência é insuscetível de recurso; e (iv) sem prejuízo do disposto no n.º 5 da regra 21 do RPP, se o apoio judiciário tiver sido concedido pelo Tribunal, mas posteriormente se vier a verificar que a informação relativamente à situação económica do requerente, na posse da Secretaria, não era a correta, o Secretário poderá solicitar à Presidência que ordene a restituição dos fundos por parte do beneficiário de apoio judiciário. O Secretário poderá recorrer à colaboração dos Estados Partes relevantes para fazer cumprir esta ordem.

O capítulo 4, secção 3 (regras 130 a 136) do RS fornece ainda orientações adicionais à Secretaria para a gestão do sistema de apoio judiciário do Tribunal.

Já no que se refere ao apoio judiciário à vítima e ainda que o Estatuto não faça referência expressa à assistência por advogado pago pelo Tribunal como um dos direitos da vítima, o n.º 5 da regra 90 do RPP prevê que «uma vítima ou um grupo de vítimas que não disponham dos meios económicos necessários para assegurar um mandatário forense comum designado pelo Tribunal poderá beneficiar de apoio por parte da Secretaria, incluindo, se necessário, apoio financeiro».

Quanto ao alcance do apoio judiciário a conceder às vítimas, o n.º 2 da regra 83 do RT prevê apenas que «seja definido pelo Secretário, após consulta do Juízo, caso se mostre necessário». Em suma, a base legal do apoio judiciário para a representação das vítimas é pouco clara se comparada com a prevista para a defesa. Ainda assim, a experiência no TPI tem demonstrado que para assegurar o exercício efetivo dos direitos garantidos às vítimas nos normativos de enquadramento do Tribunal, este terá de disponibilizar esse apoio, suportando os respetivos custos, às vítimas desprovidas de recursos económicos.

4. Determinação da situação de insuficiência económica

Sem grande desenvolvimento, cabe aqui deixar algumas palavras sobre a determinação da situação de insuficiência económica. Sabemos já que o sistema de apoio judiciário do Tribunal financiado por fundos públicos cobre os custos da representação de pessoas que se encontram em situação de insuficiência económica, ou seja, aquelas que não dispõem de recursos económicos suficientes para suportar, total ou parcialmente, tais custos e garante a disponibilização de recursos adequados a suportar «todas as despesas razoavelmente necessárias, segundo o entendimento do Secretário, a um efetivo e eficiente» patrocínio forense, tal como impõe a regra 83 do RT.

Importa dizer ainda que os princípios e critérios da determinação da insuficiência económica encontram-se definidos no «Relatório sobre os princípios e critérios para a determinação da insuficiência económica para efeitos de apoio judiciário (nos termos do parágrafo 116 do Relatório da Comissão do Orçamento e Finanças de 13 de agosto de 2004)»³, complementado pela Emenda aos princípios relativos à determinação da insuficiência económica constantes do anexo I ao «Relatório sobre o funcionamento do sistema de apoio judiciário do Tribunal e propostas de alteração»⁴.

II. Meios do apoio judiciário: Composição de equipas e orçamento afeto a investigação

1. Equipas de defesa

O sistema de apoio judiciário do Tribunal disponibiliza meios às equipas de defesa e de representação das vítimas com base num conceito de equipa-base.

a) Composição das equipas de defesa

Os meios disponibilizados a uma equipa de defesa, no contexto do regime de apoio judiciário do Tribunal, visam a constituição de uma equipa-base. Esta equipa intervém ao longo de todo o processo, salvo em dois momentos em que o advogado é obrigado a intervir sozinho: o primeiro acontece no período que decorre entre a abertura de inquérito e a primeira comparência perante o

³ Cf. *Report on the principles and criteria for the determination of indigence for the purposes of legal aid (pursuant to paragraph 116 of the Report of the Committee on Budget and Finance of 13 August 2004)*, ICC-ASP/6/INF.1, de 31 de maio de 2007 (doravante *The Adjustment Report*).

⁴ Cf. *The Adjustment Report* (n. 3), p. 13.

juízo de instrução, e o segundo, no período entre o termo das alegações finais do julgamento e o momento em que é proferida a sentença⁵. A equipa-base de defesa é composta por um advogado, um assessor e um *case manager*⁶.

Durante a fase de julgamento, é automaticamente disponibilizada uma verba adicional para pagamento de um advogado associado. O advogado associado inicia a sua intervenção logo que tenha sido tomada uma decisão definitiva de confirmação da acusação⁷. Desta forma, o advogado associado dispõe de tempo suficiente para se familiarizar com o caso, antes do início do julgamento⁸. A equipa de defesa beneficia de advogado associado até à conclusão das alegações finais⁹. Caso haja recurso, a composição da equipa-base (um advogado, um assessor e um *case manager*) é de imediato restabelecida¹⁰.

A composição variável de uma equipa de defesa beneficiária do sistema de apoio judiciário do Tribunal encontra-se ilustrada no seguinte gráfico:

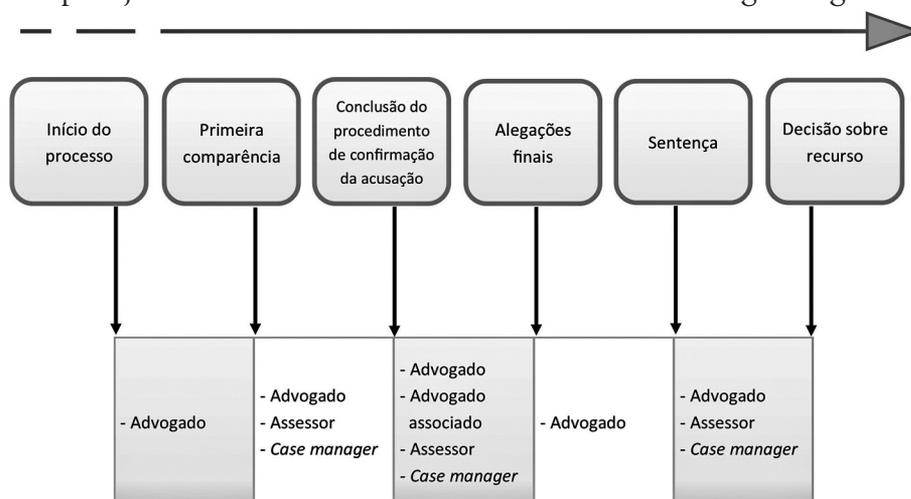


Fig. 1: Composição de uma equipa-base de defesa em cada fase do processo

⁵ Cf. *The Adjustment Report* (n. 3), § 29.

⁶ Cf. *The Adjustment Report* (n. 3), § 32 (a).

⁷ As alterações ao RS, em vigor desde 29 de junho de 2012, preveem a possibilidade de o advogado associado ser designado após a primeira comparência, nos termos do disposto na regra 121 do RP, e de a pessoa contra a qual tenha sido emitido um mandado de detenção, nos termos do artigo 58.º do Estatuto, ter a sua intervenção custeada pelo sistema de apoio judiciário do Tribunal (caso se comprove que a pessoa em questão se encontra em situação de insuficiência económica). Esta exceção à regra não é, no entanto, automática e deverá ser aplicada caso a caso, em função do pedido e das necessidades (cf. regra 83 do RS: ICC-BD/01-03-11). No primeiro caso, cabe ao Secretário avaliar a pertinência do pedido e se a intervenção de um advogado associado na sequência da primeira comparência é materialmente justificável.

⁸ Cf. *The Adjustment Report* (n. 3), § 32 (b).

⁹ Cf. regra 142 do RP.

¹⁰ Cf. *The Adjustment Report* (n. 3), anexo IV.

O advogado poderá usar o princípio da flexibilidade do sistema de apoio judiciário do Tribunal para, com os meios disponíveis, estruturar a equipa da forma que simultaneamente melhor sirva os interesses do patrocinado sem recursos económicos e respeite a necessidade de utilização criteriosa dos dinheiros públicos afetos ao apoio judiciário. Assim, por exemplo, a verba concedida para remuneração de um assessor poderá ser utilizada para recrutar membros para a equipa com uma remuneração mensal inferior àquela que o sistema prevê, desde que, no entanto, o limite mensal não seja ultrapassado¹¹.

O apoio judiciário concedido pelo Tribunal não é, em princípio, extensível aos procedimentos iniciados junto de jurisdições nacionais nos termos do artigo 59.º do Estatuto para obtenção de uma decisão de detenção no Estado da detenção¹².

b) Equipas de defesa: Orçamento para investigação

O sistema de apoio judiciário do Tribunal prevê, para cada equipa de defesa, um orçamento global para todo o processo de € 73 006 destinado a investigação. Esta verba, da qual a Secretaria é fiel depositária, é gerida pelo advogado e permite à equipa conduzir ações efetivas de investigação no terreno.

Todos os custos decorrentes das ações de investigação levadas a cabo pela equipa de defesa são cobertos por esta verba e vão sendo deduzidos do valor total. Nestes custos incluem-se os honorários de investigadores profissionais, recursos humanos que compõem a equipa que conduz os trabalhos de investigação no terreno, as despesas de deslocação e as ajudas de custo a pagar a todos os membros da equipa de investigação *in situ*.

O montante de € 73 006 afeto à equipa de defesa para investigação é calculado tendo por base um valor equivalente a 90 dias de honorários pagos a um investigador profissional (correspondente à remuneração de um investigador de grau P-4 do Gabinete do Procurador, conforme tabela de remunerações do TPI), à remuneração, para o mesmo período, correspondente à de um investigador adjunto de grau G-5 do Gabinete do Procurador, ajudas de custo para igual período (ou seja, € 20 970) e despesas de transporte na ordem dos € 13 000. Esta verba é considerada um valor base para cobertura de necessidades de investigação por parte da defesa com vista, por exemplo, a identificar potenciais testemunhas e a obter uma decisão sobre o seu depoimento, ou a produzir prova relevante considerando uma média de 30 testemunhas a apresentar pela acusação. Esta verba poderá ser aumentada mediante requerimento

¹¹ Cf. *The Adjustment Report* (n. 3), § 33. Nestes casos, a Secretaria tem de se certificar se o(s) elemento(s) da equipa em questão deu(ram) o seu consentimento voluntário para um acordo de remuneração ajustado.

¹² Cf. ICC-ASP/6/7, § 29.

de meios adicionais apresentado ao abrigo do n.º 3 da regra 83 do RT, o qual será deferido nos termos a seguir indicados e na medida em que existam fatores relevantes que o justifiquem:

- i) Por cada testemunha adicional indicada por outro participante: acresce o equivalente a 0,5 dias de investigação;
- ii) Para custos de deslocação, a verba poderá ser aumentada nos termos seguintes: 1) por cada 10 dias de investigação adicional, o equivalente a uma viagem doméstica/regional; e 2) por cada 30 dias de investigação adicional, o equivalente a uma viagem intercontinental.

Outros fatores poderão influir nos trabalhos de investigação das equipas e, por conseguinte, nas suas necessidades. A Secretaria tomará esses fatores em consideração ao analisar os pedidos de meios adicionais para investigação.

2. Equipas de representação das vítimas

Os princípios orientadores do apoio judiciário a vítimas têm como pressuposto o facto de o seu patrocínio forense envolver dois aspetos de igual importância. Um relativo à representação dos interesses do patrocinado perante o Tribunal, quando este tem de comparecer pessoalmente nas audiências ou tem de submeter documentos escritos. O segundo diz respeito ao contacto a manter com os patrocinados, havendo que mantê-los informados da evolução dos acontecimentos, receber instruções quanto ao exercício do patrocínio e que entender quais os seus interesses de modo a assegurar uma representação efetiva perante o Tribunal. Este segundo aspeto remete-nos de imediato para a finalidade da participação das vítimas nas várias fases do processo, que implica que as mesmas tenham necessariamente de manter contactos regulares com os seus advogados. Os vários juízos do Tribunal têm também sublinhado, nas suas decisões, a importância de manter as vítimas informadas acerca da evolução do processo no Tribunal. Estas particularidades exigem alguma adaptação do sistema de apoio judiciário quando aplicado ao patrocínio forense de vítimas, já que há que acautelar, na prática, aqueles dois aspetos.

Embora os princípios subjacentes ao sistema de apoio judiciário a vítimas sejam genericamente os mesmos da defesa, existem algumas diferenças que têm de ser tomadas em consideração na conceção e implementação de um sistema desta natureza para vítimas. Estas diferenças derivam do papel distinto que as vítimas têm no processo, de o seu número ser maior, da distância geográfica a que se encontram e da necessidade de assegurar que, ainda assim, mantêm um contacto regular com os seus mandatários forenses.

De resto, a conceção e implementação do sistema de apoio judiciário a vítimas tem seguido a própria evolução das decisões dos juízos que definem o

âmbito da sua participação no processo. As decisões dos juízos, por seu turno, têm vindo a dar resposta ao número de vítimas que apresentaram pedidos de participação nos processos.

A política de apoio judiciário a vítimas foi, pela primeira vez, definida no *Adjustment Report*¹³, no qual a Assembleia dos Estados Partes estipulou aqueles que deveriam ser os meios básicos de que os mandatários forenses das vítimas deveriam dispor durante os julgamentos e na fase de fixação da compensação por parte do Tribunal. Nessa altura e dada a inexistência de precedentes ou de decisões judiciais prévias sobre questões de participação das vítimas no processo, no contexto da concessão de apoio judiciário, e dada a falta de parâmetros suficientemente fiáveis nesta matéria, acabou por não ser definida nenhuma orientação para a fase de instrução.

a) Composição das equipas de representação das vítimas

Após quatro audiências de confirmação de acusação¹⁴, já foi possível definir, com maior grau de previsibilidade, o âmbito do apoio judiciário a conceder. A política adotada para a composição das equipas de representação das vítimas, durante a fase instrutória do processo, e dependendo da natureza e do âmbito da participação permitidos pelos juízos, foi a de apenas incluir um advogado, com o apoio de um *case manager* na audiência de confirmação da acusação. Assim, os meios disponibilizados durante a fase de instrução cobrem, genericamente, os custos com a participação de um advogado em audiências instrutórias, e as despesas de deslocação do mesmo para reunir com clientes e para preparação e participação em audiências de confirmação da acusação, acrescendo ainda os custos com o *case manager* na fase da audiência de confirmação da acusação, propriamente dita.

A verba disponibilizada para a fase de julgamento cobre os custos com uma equipa-base, composta por um advogado e um *case manager*, que pode ser reduzida ou aumentada, segundo o critério do Secretário, em função dos procedimentos de participação que venham a ser decididos pelos juízos e de outros fatores relevantes¹⁵.

Na fase de fixação de compensação, a verba de que as equipas de patrocínio forense das vítimas podem dispor é reforçada com os meios necessários à inclusão de um assessor, cabendo a decisão ao Secretário, mas sob supervisão do Juízo em questão. O reforço nesta fase tem como pressuposto o facto de os mandatários forenses das vítimas desempenharem aqui um papel primordial, devendo os mesmos apresentar as pretensões dos seus clientes nos termos do artigo 75.º do Estatuto de Roma. Dado que até hoje ainda não se conseguiu

¹³ Cf. *The Adjustment Report* (n. 3), § 55.

¹⁴ Trata-se das audiências de novembro de 2006 no caso Lubanga, de julho de 2008, nos casos Katanga e Ngudiolo, e de janeiro de 2009, no caso Bemba.

¹⁵ Cf. *The Adjustment Report* (n. 3), § 55.

concluir nenhum ciclo processual, ou seja, levar um processo à fase de fixação da compensação, e que o juízo dispõe de várias opções ao abrigo do artigo 75.º do Estatuto, e ainda que existem muitas dificuldades em tirar conclusões na ausência de experiência prática, neste momento a política adotada é a de compor as equipas-base com um advogado, um assessor e um *case manager*, durante a fase de fixação da compensação, podendo a mesma ser reduzida ou aumentada segundo o critério do Secretário.

O gráfico seguinte representa a composição das equipas de representação das vítimas, para efeitos de apoio judiciário a conceder pelo Tribunal, ao longo das várias fases do processo:



Fig. 2: Composição de uma equipa-base de representação das vítimas ao longo das várias fases do processo

b) Composição das equipas de representação das vítimas em caso de patrocínio forense comum

Nos termos da regra 80, n.º 1, do RT, um juízo pode, após consulta ao Secretário e sempre que o interesse da justiça o justifique, designar um mandatário forense para todas as vítimas. O papel da Secretaria, nestes casos, é o de prestar assistência ao juízo em questão, sempre tendo por base o interesse das vítimas na representação por mandatário forense, facultando-lhe as informações relevantes, determinadas caso a caso, para que o juízo consiga fazer uma nomeação informada. Sempre que possível, a Secretaria consulta as vítimas, antes de apresentar ao juízo qualquer recomendação sobre patrocínio forense comum. A Secretaria consulta também outras secções da Secretaria e, frequentemente, organizações locais, de advogados e não só, das áreas de residência das vítimas. Qualquer recomendação sobre patrocínio forense comum deverá ser baseada em factos e precedida de cuidadosa avaliação dos parâmetros jurídicos e factuais do caso, bem como de toda a informação de que a Secretaria tenha acesso.

Consequentemente, as decisões dos juízos nesta matéria acabam por influir nos meios a disponibilizar às equipas jurídicas, devendo a Secretaria socorrer-se de critérios objetivos para, em conformidade, definir os meios necessários a uma representação efetiva e eficiente das mesmas vítimas. De entre esses critérios, destacam-se, entre outros, o número de vítimas e a sua localização, a sua situação económica, a fase em que se encontra o processo, a solicitação concreta feita pelo Juízo em questão, as necessidades específicas da equipa de representação, e a disponibilidade e ou possibilidade de o Gabinete do Defensor Público para as Vítimas intervir e ou prestar apoio. Para além disto e sempre que necessário, a Secretaria deverá consultar o Juízo em questão, o Gabinete do Defensor Público para as Vítimas, o mandatário forense comum nomeado e as próprias vítimas, para poder chegar a uma decisão informada sobre o alcance e a estrutura do apoio a prestar à equipa de patrocínio forense.

A gestão do apoio judiciário a vítimas e à defesa faz-se de forma coordenada, de modo a assegurar a coerência do sistema. Nos termos do n.º 6 da regra 90 do RPP, o mandatário forense das vítimas terá as qualificações previstas no n.º 1 da regra 22 do RPP, ou seja, as mesmas exigidas ao advogado de defesa, para garantir assim um patrocínio efetivo. Por conseguinte, e no contexto do sistema de apoio judiciário, a remuneração das equipas de patrocínio forense das vítimas é a mesma, em termos de cobertura de honorários e despesas, que a prevista para a defesa¹⁶.

c) Meios para facilitar a comunicação com as vítimas

Como já foi referido em relação à composição das equipas de representação das vítimas, é de importância crucial que se mantenham as vítimas informadas sobre a evolução do processo — posição já repetidamente confirmada pelos juízos do Tribunal¹⁷. Para o efeito, foi criado o cargo de assistente de campo, com o propósito de assistir, numa base *ad hoc*, o mandatário forense das vítimas, «facilitando a comunicação das opiniões e preocupações das vítimas e assistindo o advogado na apresentação das mesmas perante o Tribunal»¹⁸. Na medida do possível e dentro dos limites da estrutura de apoio judiciário em

¹⁶ O valor mensal atribuído às equipas de representação de vítimas ascende a € 3000 e a remuneração mensal máxima é fixada nos mesmos termos que para a defesa. Importa, porém, referir que as modalidades de pagamento têm por base as horas efetivamente trabalhadas nos casos em questão, sujeitas a revisão e aprovação da Secretaria, sem prejuízo de as remunerações dos representantes legais das vítimas e dos membros da respetiva equipa terem um limite mensal global.

¹⁷ Veja-se os seguintes documentos: *Order on the organisation of common legal representation of victims*, ICC-01/04-01/07-1328, de 22 de julho de 2009; *Proposal for the common legal representation of victims*, ICC-01/09-02/11-214, de 5 de agosto de 2011; *Proposal for the common legal representation of victims*, ICC-02/05-03/09-203, adotada pela decisão ICC-02/05-03/09-209, de 7 de setembro de 2011.

¹⁸ Cf. *The Supplementary Report* (n. 1), § 55.

vigor, os assistentes de campo permitem que o mandatário forense comum mantenha os seus patrocinados informados sobre a evolução do processo e que assim cumpra também o imposto pelo artigo 15.º do Código de Conduta de Advogados¹⁹.

Em relação às qualificações dos assistentes de campo, a jurisprudência do Tribunal tem entendido que os mesmos devem, preferencialmente, ter já uma relação com as vítimas em questão, ter sólidos «conhecimentos nas áreas do trabalho de proximidade e do apoio à vítima», estar familiarizados com o trabalho do Tribunal²⁰ e ser capazes de comunicar com as vítimas numa língua que elas entendam²¹. Dada a natureza do trabalho dos assistentes de campo, comparável com o dos recursos humanos ocasionais (*resource persons*)²², os honorários são pagos à hora, no montante máximo de € 4047 por mês, sendo estes honorários descontados da verba para investigações disponibilizada à equipa.

d) Verbas afetas a investigação

A verba global afeta às equipas de representação das vítimas para investigação ao longo de todo o processo, incluindo a fase de fixação de compensação, é de € 43 752. Este valor foi calculado tendo por base o equivalente em honorários, para um período de 60 dias, de um investigador profissional (correspondente à remuneração de um investigador do grau P-4 do Gabinete do Procurador), ajudas de custo para o mesmo período (€ 15 840) e despesas de deslocação na ordem dos € 10 000.

A verba é mantida na Secretaria, sendo o Secretário o seu fiel depositário, ainda que para utilização exclusiva da equipa de representação das vítimas. A Secretaria monitoriza a utilização dos meios disponibilizados, ajustando-os sempre que necessário, visando garantir um patrocínio forense efetivo e eficiente às vítimas ao longo de todas as fases do processo.

III. Meios adicionais

Tal como atrás referido e nos termos do n.º 3 da regra 83 do RT, uma pessoa que beneficie de apoio judiciário concedido pelo Tribunal pode, junto da Secretaria, pessoalmente ou através do seu advogado, solicitar «meios adicionais que podem ser concedidos em função da natureza do caso». Estes meios

¹⁹ Cf. ICC-01/04-01/07-1328, de 22 de julho de 2009, § 17 (a).

²⁰ Cf. ICC-02/09-01/11-214, de 5 de agosto de 2011, § 34 (3).

²¹ Cf. ICC-01/04-01/07-1328 (n. 19).

²² Cf. ICC-ASP/8/25.

adicionais não são, no entanto, concedidos de forma automática, devendo ser solicitados pelos advogados de defesa, ou pelos mandatários forenses das vítimas que, para o efeito, terão de apresentar junto da Secretaria um requerimento fundamentado de meios adicionais.

As decisões tomadas pela Secretaria em resposta aos requerimentos apresentados ao abrigo do n.º 3 da regra 83 do RT são passíveis de recurso para o Juízo competente, nos termos do n.º 4 da mesma regra²³. Uma vez que não é possível prever com exatidão quais são os meios de que uma dada equipa possa vir adicionalmente a precisar, num dado momento do processo, optou-se por criar uma fórmula que permitisse que a atribuição desses meios adicionais variasse em função das consideráveis vicissitudes a que o processo está, por vezes, sujeito. Sem prejuízo de se considerar outros critérios que possam justificar a atribuição de meios adicionais, a Secretaria estimou e elencou um conjunto não exaustivo de parâmetros que permitem estabelecer equivalências que o advogado pode usar no recrutamento de assessores adicionais, a serem pagos pelo Fundo de Contingência do Tribunal. A unidade encontrada para este efeito designa-se «equivalente a tempo inteiro» (FTE — «full time equivalent»), que corresponde à carga de trabalho desenvolvido por um elemento da equipa a tempo inteiro.

Assim, e sabendo que a acumulação de unidades de FTE por parte de uma equipa confere-lhe o direito de crescer um assessor por cada FTE e um advogado associado por cada três FTE, estipularam-se os seguintes parâmetros de ampliação da equipa: a cada crime submetido a apreciação pelo Procurador atribuiu-se o valor de 0,025 FTE (1 FTE = 40 crimes), a cada pessoa que apresente um pedido de intervenção no processo corresponde 0,005 FTE (1 FTE = 200 pessoas), a cada vítima ou grupo de vítimas cujo pedido de intervenção no processo seja aceite pelo Juízo atribuiu-se o valor de 0,02 FTE (1 FTE = 50 vítimas), e por cada 3000 páginas adicionadas aos autos pelo Procurador ou outros participantes há uma cotação de 0,1 FTE (1 FTE = 30 000 páginas).

²³ O critério para a revisão judicial de uma decisão administrativa tomada pela Secretaria — sobre apoio judiciário ou outra matéria — foi definido pela Presidência do Tribunal, em conformidade com um critério semelhante ao que foi aplicado nos Tribunais *ad hoc* das Nações Unidas, nos seguintes moldes: «Importa recordar que a revisão de decisões da Secretaria se prende com a regularidade processual da decisão tomada e pelo resultado atingido com a decisão. Implica que se considere se o Secretário tinha competência para agir, se fez uma errónea aplicação da lei, se violou os princípios da equidade processual e/ou da proporcionalidade, se a decisão foi tomada com base em factores irrelevantes ou se não foram tidos em consideração factores relevantes, ou se chegou a uma conclusão a que nenhuma pessoa de bom senso teria chegado.» Veja-se, a este propósito, a decisão da Presidência de 20 de dezembro de 2005, ICC-PresRoC72-02-5, § 16, complementada com a decisão confidencial de 27 de novembro de 2006, ICC-01/04-01/06-731Conf, § 24, com a decisão de 10 de julho de 2008, ICC-Pres-RoC72-01-8-10, § 20, assim como com a decisão sobre a *Request for Review of the Registrar's Decision of 25 Aug. 2008 on the Application for Legal Assistance Paid by the Court*, ICC-RoC85-01/08-4.

O advogado de defesa tem autonomia para alocar as unidades FTE como melhor entender, no interesse do seu patrocinado, integrando membros adicionais na equipa, dentro dos limites dos recursos adicionais concedidos.

A opção pela unidade FTE como unidade-referência para flexibilizar o recrutamento de recursos humanos ocasionais adicionalmente necessários para as equipas é consistente com a abordagem global adotada no Modelo de Capacidade do Tribunal (*Court Capacity Model*)²⁴. Confere ao sistema a flexibilidade necessária para dar a resposta adequada às reais necessidades da defesa e das equipas de representação das vítimas à medida que o processo vai evoluindo, garantindo também a devida objetividade.

No entanto, a acumulação de unidades FTE pode levar a um excessivo alargamento da equipa, tornando-se o esforço financeiro desproporcionado em relação às necessidades reais, o que pode criar dificuldades ao nível da gestão da equipa e gerar um esforço financeiro demasiado elevado para o Tribunal. Nestes casos extremos, a Secretaria terá de impor limites à disponibilização de meios adicionais.

Para além disso, o princípio da variabilidade aplicável à concessão de meios adicionais impõe que estes meios sejam reavaliados sempre que, numa determinada fase do processo, se verifique que os parâmetros ou critérios acima referidos foram redimensionados ou que os mesmos deixaram de ter impacto no volume de trabalho da equipa de defesa. A título de exemplo e relativamente ao parâmetro dos «crimes imputados», se um mandado de detenção, que foi emitido incluindo um conjunto de crimes imputados e que estiveram na base da atribuição de um determinado equivalente FTE, for alterado no decurso do processo por um montante equivalente a um ou mais FTE, os meios adicionais variáveis disponibilizados deverão ser então reduzidos. Da mesma forma, em relação ao parâmetro «pessoa que apresenta pedido de participação no processo», deverão os meios variáveis atribuídos em função desse parâmetro ser reavaliados sempre que o Juízo tenha proferido decisão sobre a referida participação. Os meios adicionais concedidos em função dos restantes parâmetros poderão ser mantidos até às alegações finais em sede de audiência de julgamento.

Os meios adicionais não são concedidos de forma automática, devendo ser requeridos pelo advogado que deverá justificar a sua necessidade.

Como já foi anteriormente referido, também as vítimas podem, através dos seus mandatários forenses, requerer meios adicionais ao abrigo da regra 83, n.º 3, do RT. Tal como em relação à defesa, a Secretaria analisará tais pedidos, caso a caso, com base em critérios objetivos e necessidades reais da equipa em

²⁴ *N.R.*: Sobre o *Court Capacity Model*, cf. http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/library/asp/ICC-ASP-5-10_English_Reissued.pdf (consultado pela última vez a 18 de março de 2015).

questão. A possibilidade de atribuição de meios adicionais à equipa de patrocínio forense poderá ser equacionada, designadamente nos seguintes casos: (i) quando o número médio de vítimas no grupo for superior a 50; (ii) quando no procedimento para fixação de compensação se vier a considerar necessário requerer medidas de proteção nos termos do n.º 1 do artigo 93.º do Estatuto; (iii) quando o Juízo decidir que se irá determinar a dimensão de algum dano; e (iv) quando estejam em causa custos decorrentes da necessidade de reunir com os patrocinados, durante a fase de julgamento, com vista a mantê-los informados e a obter as suas orientações.

IV. Remuneração da defesa e dos representantes das vítimas

Conforme já afluído, o sistema de apoio judiciário do Tribunal foi concebido e foi sendo aperfeiçoado a partir de consultas feitas a intervenientes relevantes. A partir da data do Documento de Uniformização da Política, a Secretaria passou a aplicar dois regimes de remuneração, que vêm definidos no *Report on the operation of the Court's legal aid system and proposals for its amendments* e na decisão do Bureau da Assembleia dos Estados Partes. O *Supplementary Report* veio, para além disso, introduzir um novo regime remuneratório para os casos de mandatos múltiplos que caíam no âmbito de competência do Tribunal, e para as fases em que se verifique significativa redução das atividades. Os escalões de remuneração definidos nos documentos referidos aplicam-se às equipas tanto de defesa como de representação das vítimas que atuem ao abrigo do sistema de apoio judiciário do Tribunal.

1. Remuneração dos elementos da equipa em conformidade com o *Adjustment Report*

A remuneração de todos os elementos de uma equipa, após as alterações introduzidas em 2007, é calculada com base no salário bruto (considerado para efeitos de reforma) de um funcionário do quadro com a categoria de nível v²⁵ pertencente ao Gabinete do Procurador do TPI, estabelecida de acordo com as tabelas do sistema salarial das Nações Unidas aprovada no outono de 2006.

²⁵ Desde o início que a remuneração foi fixada pela categoria v, em parte devido ao facto de os elementos externos poderem vir a ter de trabalhar num determinado caso durante vários anos, não beneficiando do aumento anual salarial aplicável aos quadros do Tribunal.

A tabela seguinte apresenta o esquema remuneratório dos elementos externos de uma equipa legal:

Categoria	Remuneração de acordo com o <i>Adjustment Report</i> — Salário base ilíquido (€)
Advogado/mandatário forense das vítimas	10 832
Advogado associado	8 965
Assessor	6 113
<i>Case manager</i>	4 872
Investigador profissional (*)	8 965
Recurso humano ocasional (*)	4 047

(*) Remuneração mensal dos investigadores profissionais e das pessoas de recurso conforme a tabela 2.

Tab. 1: Esquema remuneratório com base no salário bruto

Os valores apresentados na tabela são pagos mensalmente, a título de honorários, aos membros da equipa. Com exceção do investigador profissional e da pessoa de recurso ocasional, o pagamento aos membros da equipa é feito no pressuposto do que o trabalho é prestado a tempo inteiro. Esta política de pagamento de valores fixos foi definida tendo principalmente em vista os interesses dos suspeitos, dos arguidos e das vítimas, e ainda para poder fundamentar de forma razoável um esquema de pagamento único.

Investigador profissional	Pessoa de recurso ocasional
€ 38/hora, com um máximo de € 299/dia, com um máximo de € 8 965/mês	€ 17/hora, com um máximo de € 135/dia, com um máximo de € 4 047/mês

Tab. 2: Remuneração dos investigadores profissionais e das pessoas de recurso ocasional

2. Revisão dos valores remuneratórios a pagar aos membros das equipas de acordo com a decisão do Bureau da Assembleia dos Estados Partes

Por decisão do Bureau vieram introduzir-se novas alterações ao regime de remunerações aplicado no âmbito do apoio judiciário. De acordo com esta revisão, a remuneração deixa de ser calculada com base em salários ilíquidos, passando a ter como base valores líquidos. A implementação desta alteração está ainda condicionada à verificação de determinadas condições.

a) Determinação do salário base líquido

A remuneração ilíquida, tal como definida pelo *Adjustment Report*, era fixada levando em linha de conta imperativos relacionados, designadamente com a tri-

butação do advogado e ou com as contribuições para fundos de pensões, e visava garantir um certo grau de equivalência entre advogados e membros do Gabinete do Procurador, reforçando-se, em última linha, o princípio da igualdade de armas.

Quando, porém, o sistema de apoio judiciário do Tribunal foi implementado na prática, acabou por se perceber que a indexação à remuneração ilíquida não se justificava, uma vez que o pagamento acabava por ser duplicado devido às compensações que eram pagas pelos encargos profissionais suportados, conforme veremos *infra*. A diferença entre o salário líquido e o salário ilíquido de um membro dos quadros do Tribunal é resultado do total das deduções aplicáveis aos funcionários do Tribunal, que são irrelevantes no caso dos advogados independentes e geram duplicação de pagamento no regime que se aplica àqueles. Para além disso, o montante dos impostos pagos pelos advogados pelas remunerações auferidas ao abrigo do sistema de apoio judiciário acaba por ser recuperado através da compensação por encargos profissionais, conforme veremos também *infra*. Em consequência, o critério da remuneração bruta deixou de ser considerado como relevante ou razoável, tendo sido substituído em situações futuras pelo da remuneração líquida, em conformidade com o definido em sede da decisão do Bureau.

A tabela 2 representa o sistema de remunerações revisto assente num esquema de remuneração líquida²⁶, em conformidade com a decisão do Bureau. A última coluna da direita indica também o montante total de que cada membro da equipa poderá beneficiar, incluindo a título de compensação pelos encargos profissionais que demonstre ter suportado em virtude da sua intervenção junto do TPI, a coberto do sistema de apoio judiciário do Tribunal, incluindo a totalidade dos impostos pagos e outros encargos relevantes incorridos para o efeito. A percentagem correspondente a estes encargos é incluída neste montante total.

Categoria	Remuneração revista de acordo com a decisão do Bureau		
	Salário base líquido (€)	Compensação máxima percentual (%)	Remuneração mensal total máxima (€)
Advogado.....	8 221	30	10 687
Advogado associado	6 956	30	9 043
Assessor	4 889	15	5 622
Case manager	3 974	15	4 570

Tab. 3: Esquema de remuneração revisto tendo por base as remunerações líquidas

²⁶ Veja-se *Proposal for a review of legal aid system of the Court in accordance with resolution ICC-ASP/10/Res.4 of 21 December 2011, de 15 de fevereiro de 2012, in: Report of The Hague Working Group on legal aid, 23 de março de 2012, appendix II.*

Este sistema de remuneração revisto (baseado no pagamento mensal de um salário líquido) aplica-se exclusivamente aos elementos das equipas de patrocínio forense acima indicados. Não se aplica nem à remuneração dos investigadores profissionais nem das pessoas de recurso ocasional. O sistema revisto estende-se aos advogados oficiosos e advogados *ad hoc*, designados ao abrigo do disposto nas regras 73 e 76 do RT. Em ambos os casos, a designação está, por definição, limitada no tempo e no âmbito. O pagamento de advogados oficiosos/*ad hoc* com intervenção nos processos do TPI é normalmente custeado através do sistema de apoio judiciário financiado por fundos públicos do Tribunal²⁷.

Nos casos em que o Tribunal assegura o pagamento de um advogado oficioso ou *ad hoc*, aplica-se um esquema remuneratório que consiste em € 86,53 por hora²⁸, num montante máximo de € 649 por dia que, por seu turno, não podem exceder o montante máximo de € 8221 por mês.

De acordo com a política do Tribunal relativamente ao pagamento dos advogados oficiosos e *ad hoc*, tanto pelo trabalho realizado no terreno como na sede do Tribunal, encontram-se também abrangidas as despesas de viagem. No caso das despesas de alojamento, está previsto o pagamento de um montante único, e pode ser solicitado o pagamento de despesas relacionadas com vistos e vacinações. Estão cobertos também honorários referentes ao trabalho efetivamente realizado diretamente relacionado com a missão e com o mandato específico do advogado oficioso.

De acordo com a política do Tribunal, não há lugar a remuneração dos advogados, sob a forma de honorários, pelo tempo dedicado à confirmação da sua disponibilidade ou compromissos preliminares relacionados. Normalmente o pagamento de honorários está limitado à duração da missão no terreno, e só excepcionalmente pode ser estendido a trabalhos preparatórios que antecedem a missão. Para além dos honorários, os advogados oficiosos e *ad hoc* podem ainda beneficiar do reembolso de despesas adicionais razoáveis em que tenham vindo a incorrer durante o exercício do seu mandato conferido pelo Tribunal, desde que as despesas não ultrapassem um montante total mensal de € 3000. No final da sua intervenção, o Tribunal faculta a documentação e os formulários relevantes aos advogados, para efeitos de pagamento. Os formu-

²⁷ Há situações em que não se justifica recorrer ao sistema de apoio judiciário do Tribunal para o pagamento de advogados oficiosos ou *ad hoc*. Refira-se, apenas a título de exemplo, dois exemplos: o caso de o advogado ter sido designado para assistir a um suspeito que não está em situação de insuficiência económica, para efeitos da primeira comparência perante o Tribunal, ou no caso de uma pessoa ser interrogada pelo Gabinete do Procurador, sem se encontrar em situação de insuficiência económica, e de lhe ter sido designado um defensor oficioso nos termos do artigo 55.º do Estatuto.

²⁸ Este valor aplica-se quando o advogado exerce a sua atividade no seu local de residência. Quando se trata de uma missão e, portanto, o advogado tiver de trabalhar fora do local de residência, aplica-se o valor por dia.

lários fornecidos são as folhas de horas de trabalho, de reembolso de despesas e dos dados bancários do requerente.

3. Considerações complementares acerca da remuneração

Na sequência de um pedido do Bureau da Assembleia dos Estados Partes, no sentido de que o Tribunal continuasse a elaboração do sistema de apoio judiciário, a Secretaria apresentou a sua proposta no *Supplementary Report*²⁹, que foi adotado pela resolução ICC-ASP/11/20, de 22 de novembro de 2012. Dois dos quatro aspetos adotados neste relatório referem problemas relacionados com o pagamento das equipas que atuam no âmbito do sistema de apoio judiciário do Tribunal, nomeadamente (i) a remuneração no caso de mandatos múltiplos e (ii) a remuneração durante fases de reduzida atividade.

Com efeito, o sistema de apoio judiciário tem por base o pressuposto que um advogado ou um elemento relevante de uma equipa assegura o seu compromisso a tempo inteiro com o caso que lhe foi atribuído. Os elementos de equipas de patrocínio forense externas são, por conseguinte, remunerados integralmente com base num pagamento final único. À luz de uma gestão criteriosa do sistema de apoio judiciário financiado por fundos públicos não é admissível que se continue a remunerar integralmente, num pagamento fixo, quando a carga de trabalho num período de reduzida atividade não o justifique. Com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2013, para os períodos em que se verificar que a atividade processual do Tribunal é significativamente reduzida, estabeleceu-se o padrão que os pagamentos fixos no âmbito do apoio judiciário do Tribunal, para efeitos de remuneração de elementos de equipas, cessam. São exemplos de períodos em que as atividades são reduzidas, o período entre as alegações finais do julgamento e a prolação da decisão pelo Juízo, adiamentos, suspensões e outros atrasos prolongados nos processos, e o período de espera na sequência de um recurso da confirmação da acusação por um juízo de instrução.

4. Litígios relacionados com honorários

De acordo com a regra 135 do RS, o Secretário deve pronunciar-se sobre qualquer litígio que possa surgir relativamente ao cálculo e pagamento de honorários ou de reembolso de despesas logo que as circunstâncias o permitam, e notificar o advogado. O advogado pode pedir a revisão de qualquer decisão ao Juízo competente, no prazo de 15 dias a contar da notificação.

²⁹ Cf. *The Supplementary Report* (n. 1).

5. Proibição da partilha de honorários

O Tribunal aplica uma política de tolerância zero quanto à partilha de honorários quando o patrocínio é exclusivamente custeado pelo Tribunal. A partilha de honorários constitui infração, e eventuais violações equivalem a má conduta, nos termos do Código de Conduta Profissional para Advogados, sendo suscetíveis de procedimento disciplinar previsto no referido Código.

Todos os advogados que exerçam atividade no âmbito do sistema de apoio judiciário do Tribunal devem subscrever uma declaração, conforme previsto no artigo 22.^o do Código, em cujos termos se comprometem a não aceitar qualquer remuneração proveniente de qualquer outra fonte que não o sistema de apoio judiciário do Tribunal, nem transferir ou emprestar, no todo ou em parte, os honorários recebidos em função da representação de um cliente, ou quaisquer outros ativos e dinheiros, a um patrocinado, a qualquer familiar ou conhecido deste ou a terceiros ou organizações em relação aos quais o cliente tenha interesses particulares.

V. Compensação pelos encargos profissionais

Para além dos honorários, os elementos das equipas que exerçam atividade profissional junto do Tribunal, a título singular ou em associação, podem, ainda, beneficiar de uma compensação pelos encargos resultantes do exercício da atividade, paga até ao limite máximo de 40 % dos honorários³⁰. São elegíveis em sede de compensação os valores cobrados diretamente em função da atividade exercida no âmbito de processos perante o Tribunal. Esta compensação destina-se a cobrir custos relativos à exploração de um escritório, ao pagamento de administrativos e associados externos, caso necessário, e ao pagamento das quotas à respetiva ordem de advogados que podem aumentar no caso de nomeação junto do Tribunal, bem como as contribuições para a segurança social, fundo de pensões e planos de saúde de que o advogado seja beneficiário, incluindo a cobertura para hospitalização internacional em países considerados de elevado risco.

O pagamento da compensação está limitado à fase de julgamento, ou à fase de instrução e de recurso, quando constrangimentos impostos pelo calendário

³⁰ Cf. *Report to the Assembly of States Parties on options for ensuring adequate defence counsel for accused persons (ICC-ASP/3/16) – Update to Annex 2: Payment details of the ICC legal aid scheme, ICC-ASP/5/INF.1*, 31 de outubro de 2006, § 5. V. também *Report on the operation of the Court's legal aid system and proposals for its amendment, ICC-ASP/6/4*, anexo VIII.

do Tribunal justifiquem a presença do advogado na sede do Tribunal por um período superior a 15 dias³¹.

Os advogados, advogados associados, advogados *ad hoc* bem como os ofícios, podem receber uma compensação pelos encargos profissionais até a um máximo de 30 % do salário base líquido, a título de compensação pelo total de todos os encargos combinados (incluindo contribuições para fundos de pensões e seguros de saúde), que estejam diretamente relacionados com a patrocínio forense que exercem perante o Tribunal. Com este subsídio, a remuneração dos advogados é equiparada ao salário líquido da correspondente categoria profissional no Gabinete do Procurador. Os assessores e os *case managers* podem também beneficiar da compensação, num máximo de 15 % do salário base líquido, atentas as mesmas condições que se aplicam aos advogados.

VI. Despesas

O sistema de apoio judiciário do Tribunal prevê um subsídio mensal fixo para cobrir as despesas de cada equipa de patrocínio forense³². A partir de 1 de janeiro de 2013, o montante disponibilizado mensalmente cifra-se em € 3000³³. Montantes não gastos são transferidos para o mês ou os meses seguintes. O montante mensal não é diretamente disponibilizado às equipas, mas é detido em fiel depósito pela Secretaria para benefício da equipa, a fim de ser usado sempre que surjam despesas razoavelmente necessárias para um patrocínio forense efetivo e eficiente, sendo que o seu uso está sujeito a aprovação prévia pela Secretaria. Quando for aprovado, o valor correspondente à despesa é deduzido do montante mensal pela Secretaria.

Este teto, independentemente da verba destinada à investigação de que cada equipa dispõe, destina-se em primeiro lugar a cobrir despesas de duas categorias: despesas várias e despesas de viagem. As primeiras incluem materiais de escritório (diferentes dos que o Tribunal já tenha providenciado), custos de tradução relativamente a documentos em língua estrangeira que tenham resultado de investigações assim como outras despesas razoáveis da equipa diretamente relacionadas com o mandato da equipa perante o Tribunal. O subsídio mensal pode, ainda, ser usado quando se recorra a pareceres ou perícias preliminares no âmbito do patrocínio forense. No entanto, se um perito — quer se trate de um perito de defesa ou outro — tiver já sido aprovado e chamado a depor por um juízo, o respetivo pagamento de honorários e

³¹ Cf. *The Adjustment Report* (n. 3), anexo VIII, § 5.

³² A verba mensal disponibilizada às equipas antes cifrava-se em € 4000 (cf. os seguintes documentos: ICC-ASP/3/16, 17 de agosto de 2004, anexo 2; ICC-ASP/5/INF.1, 31 de outubro de 2006, p. 3; ICC-ASP/4CBF.1/8, 15 de março de 2005, p. 2).

³³ Cf. ICC-ASP/11/20, p. 19, e *The Supplementary Report* (n. 1), § 32.

despesas é custeado da verba destinada a esse fim, à disposição da Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas³⁴.

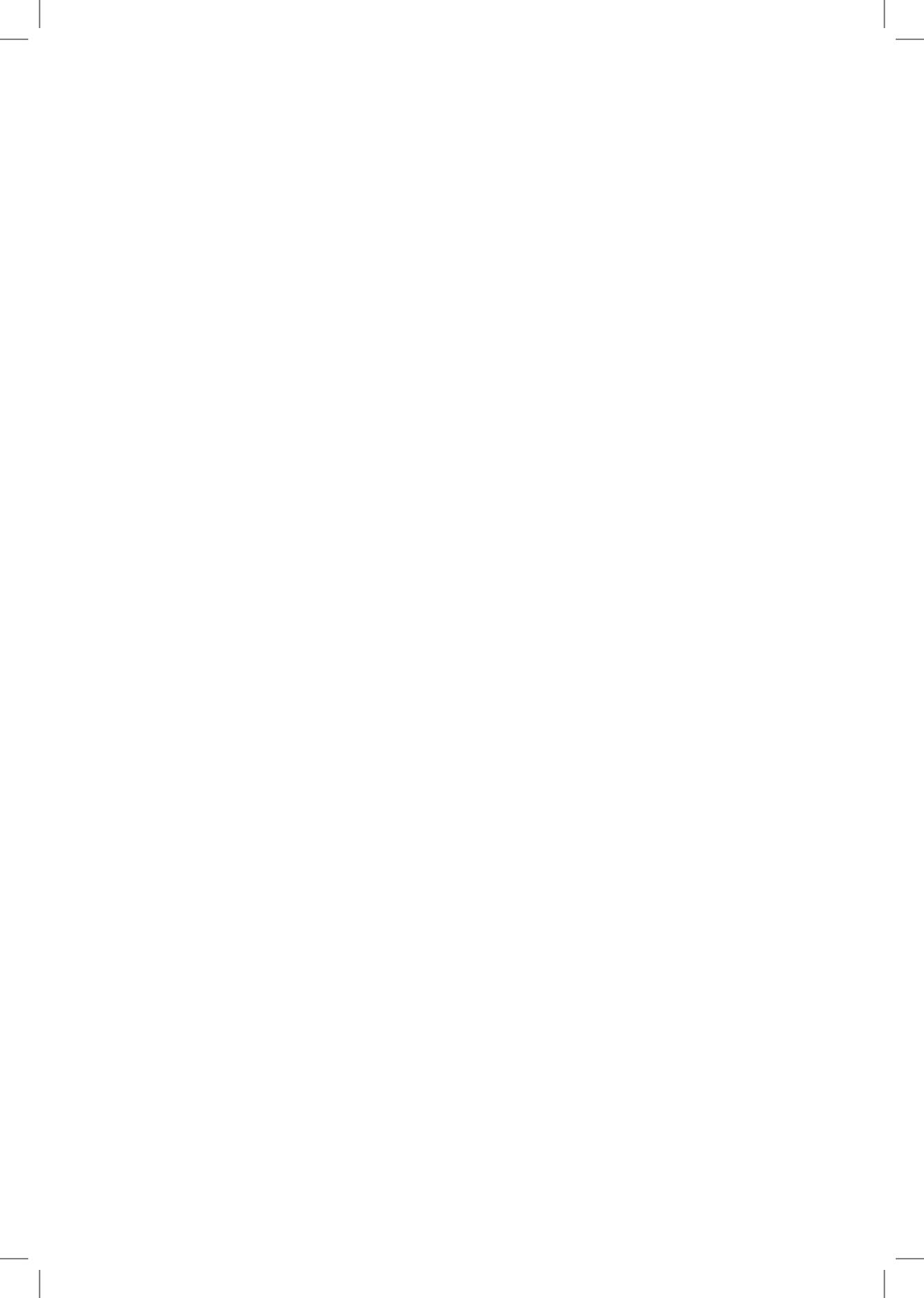
O subsídio de despesas cobre o transporte do advogado e do advogado associado de e para A Haia. Mas enquanto os custos de viagem (de avião, de comboio ou em viatura própria) do advogado e do advogado associado de e para A Haia estão cobertos pelo subsídio de despesas mensal, não há lugar, na determinação do direito de subsídio quanto à sua estadia em A Haia, à aplicação automática de ajudas de custo ou a qualquer reembolso final de despesas³⁵.

VII. Comissário para o Apoio Judiciário

Nos textos normativos relevantes está prevista a criação do cargo de Comissário para o Apoio Judiciário, um cargo inovador e que não existia nos Tribunais *ad hoc* das Nações Unidas. De acordo com o disposto na regra 136, n.º 1, do RS, o Secretário deve nomear três comissários para o apoio judiciário, com um mandato não renovável de três anos. A sua função consiste em prestar aconselhamento ao Secretário em matéria de gestão dos fundos atribuídos pela Assembleia dos Estados Partes ao apoio judiciário custeado pelo Tribunal. Os comissários estão, para este efeito, mandatados para avaliar o desempenho do sistema de apoio judiciário estabelecido, para propor alterações ao sistema em vigor, e, a pedido ou de um advogado ou do Secretário, para avaliar se os meios requisitados pelas equipas e definidos nos seus planos de ação são razoavelmente necessários para um patrocínio forense efetivo e eficiente do(s) seu(s) cliente(s). Os conselhos e as recomendações dados pelo(s) comissário(s) não são vinculativos para o Secretário do Tribunal. Os comissários não integram os quadros do Tribunal e são convocados para exercer a sua função conforme necessário.

³⁴ Cf. *The Adjustment Report* (n. 3), § 51.

³⁵ Cf. *The Supplementary Report* (n. 1), § 34.



MÓDULO IV: DEFESA, PARTES CIVIS E VÍTIMAS JUNTO DO TPI

Direitos humanos na Guiné-Bissau: O triunfo da lei da força

SILVESTRE ALVES*

Sumário:

Introdução;

I. Contextualização da violência na Guiné-Bissau;

II. Poder e privilégios sobre os direitos humanos: a motivação da violência;

III. Passos para uma solução;

Conclusão.

Introdução

No presente estudo, não é minha intenção abordar a questão da competência do Tribunal Penal Internacional (TPI) ou da submissão da Guiné-Bissau à sua jurisdição, à luz do Estatuto de Roma, p. e. dos artigos 5.º, 12.º e 13.º Não pretendo também tratar de subsumir os atos registados na Guiné-Bissau nas categorias de crimes previstos no artigo 7.º, designadamente, pelas alíneas *a*), *f*), *h*) ou *k*). Procuo tão-só dar conta do que vem sendo, ao longo dos últimos 35 anos, a perseguição política que se vive na Guiné, e cuja autoria e responsabilidade tem variado ao longo dos anos em função do detentor do poder.

I. Contextualização da violência na Guiné-Bissau

A Guiné-Bissau situa-se na costa ocidental de África e faz fronteira com o Senegal e com a Guiné-Conacri. Além da parte continental, integra cerca de 80 ilhas que constituem o arquipélago dos Bijagós. Com um território de 36 125 km², é habitada por cerca de 30 grupos étnicos que constituem uma população estimada em 1 800 000 indivíduos.

Colónia de Portugal desde o século xv proclamou unilateralmente a sua independência, em 24 de setembro de 1973. É membro da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), das Nações Unidas, da CEDEAO (Comunidade dos Estados da África Ocidental), da UEMOA (União Económica e Monetária da África Ocidental) e da União Africana.

* Advogado na Guiné-Bissau.

Quando, em 1956, Amílcar Cabral, filho de cabo-verdianos, nascido em Bafatá, fundou o Partido Africano para a Independência da Guiné e Cabo Verde (PAIGC), ainda nem um liceu existia na que era, na altura, a Província Portuguesa da Guiné. Em 1963, escassos cinco anos após a fundação do único liceu existente até à data da independência, o PAIGC deu início a uma luta armada contra o regime colonial. Mal esta começou, a cultura da violência e da intriga foi-se desenvolvendo dentro do PAIGC, culminando no assassinato de Amílcar Cabral em 1973 e na subsequente chacina de duas centenas de guineenses.

A 7 de julho de 1978, o então Primeiro-Ministro, Francisco Mendes, foi assassinado. Reiniciava-se assim, agora em Bissau, sob a presidência de Luís Cabral, meio-irmão de Amílcar Cabral, a violência política entre camaradas de armas.

A 14 de novembro de 1980, um golpe de Estado, liderado pelo Primeiro-Ministro João Bernardo Vieira, pôs termo à presidência de Luís Cabral.

De caso em caso, o país foi sendo mergulhado na violência, destacando-se a destituição do Primeiro-Ministro Victor Saúde Maria, em 1984, e o julgamento e execução de Paulo Correia, então 1.º Vice-Presidente do Conselho de Estado, e Viriato Pan, ex-Procurador-Geral da República, ambos sob acusação de tentativa de golpe de Estado, um caso de 1986 em que perderam a vida outras nove pessoas.

Em 1993, João da Costa, ex-Ministro da Saúde e líder de uma formação política da oposição, é acusado de encabeçar uma intentona que visava encobrir a autoria da morte do capitão Robalo de Pina, comandante da Força de Intervenção Rápida, ocorrida na Presidência da República.

Na sequência desta morte, ao que se dizia, registada no circuito interno de vídeo da Presidência da República, veio a verificar-se outro assassinio, desta feita, de um português, Jorge Quadros, um conselheiro de imagem que, ao que constou, teria ameaçado usar as imagens, a título de pressão para fazer cumprir um contrato que onerava a Presidência da República.

Em 1994, o país realizou as suas primeiras eleições multipartidárias. Quatro anos mais tarde, registou uma guerra civil que durou 11 meses, até maio de 1999, data em que o Presidente da República, João Bernardo Vieira, abdicou do mandato.

Todavia, o fim do conflito não trouxe a estabilidade. No mesmo ano, a 22 de agosto, Nicandro Barreto, ex-Procurador-Geral da República, ex-Ministro da Administração Interna e ex-Ministro da Justiça, foi seviciado e morto em sua casa. No ano seguinte, Ansumane Mané, o líder da revolta de 1998/1999 e alguns dos seus próximos, foram mortos, alegadamente, em combate. O Presidente Kumba Yala, eleito no final de 1999 é derrubado em setembro de 2003. Em outubro de 2004, regista-se uma nova subversão da ordem que terminou com o assassinio do Chefe de Estado Maior das Forças Armadas, o general Veríssimo Correia Seabra.

A partir de 2009, com o assassinio de Batista Tagmé Na Waie, Chefe de Estado Maior das Forças Armadas e João Bernardo Vieira, Presidente da

República e, três meses depois, de Baciro Dabó candidato às eleições presidenciais e de Hélder Proença, Deputado, e dos seus dois acompanhantes, a situação política deteriorou-se consideravelmente e, com ela, a do respeito pelos direitos humanos, em geral.

Ainda em março de 2009, o advogado Pedro Infanda foi barbaramente espancado, encontrando-se ainda hoje francamente incapacitado, tendo perdido a fala e outras faculdades. No fim do mesmo mês, Francisco Fadul, Primeiro-Ministro do Governo de Transição (1999/2000) foi duramente espancado. A 5 de junho, Faustino Imbali, que também foi Primeiro-Ministro de Kumba Yala, em 2001, é severamente espancado. Em abril de 2010, encontrando-se em funções um presidente eleito, Malam Bacai Sanhá, um novo levantamento militar resumiu-se a desordem e ameaças de morte ao Primeiro-Ministro Carlos Gomes.

Após o falecimento de Malam Bacai Sanhá, em janeiro de 2012, a situação agravou-se com o assassinio de Iaia Dabó, irmão do candidato Baciro Dabó, o desaparecimento de Roberto Cacheu, Deputado eleito pelo PAIGC, acusados de tentativa de golpe de Estado contra o Primeiro-Ministro Carlos Gomes. Nas vésperas da segunda volta das eleições presidenciais, em março de 2012, Samba Djaló, chefe da contra-inteligência militar, foi executado na via pública, seguindo-se o golpe de Estado de 12 de abril e o suposto atentado de 21 de outubro, que se saldou na morte de vários militares, na perseguição, rapto e espancamento de líderes políticos, na morte de um civil suspeito de envolvimento no suposto atentado, com recusa de entrega do cadáver à família, e na morte de civis e militares, em Bolama, durante a captura de Pansau Intchama, o capitão acusado de comandar as forças golpistas.

Dos espancados do dia 22 de outubro, eu era um deles. Fui raptado à porta do meu escritório e acusado de ter desmentido a versão oficial dos acontecimentos ocorridos na véspera. Durante o espancamento, aleguei não ter prestado qualquer declaração nesse sentido. Depois de convidado a reconstituir o meu percurso nesse dia, ainda tive direito a mais uma salva, agora, sob pretexto das afrontas que eu teria protagonizado contra o falecido general Tagmé Na Waie. Na hora da despedida, o chefe do esquadrão, de gravador em punho, intimidou-me a desistir de fazer política e de exercer advocacia e convidou-me ao desterro.

Agredido com mocas e catanas, fiquei com um dente, dois dedos (um da cada mão) e o perónio da perna esquerda partidos, as articulações dos membros inferiores abaladas, contusões na cabeça, feridas pelas costas e nádegas e um golpe na cervical que esteve perto de me deixar numa cadeira de rodas.

Numa entrevista à televisão local, no dia 26, para dar exemplo, sem perder de vista a responsabilidade política e moral, anunciei o meu perdão aos meus agressores, augurando que fosse a última vítima e apelando ao diálogo e entendimento, em nome da paz, da estabilidade e da harmonia. Infelizmente, de nada valeram os meus apelos. Os espancamentos prosseguiram pelo ano 2012, até à presente data.

II. Poder e privilégios sobre os direitos humanos: a motivação da violência

Convém que se diga: a situação é deveras grave. Assiste-se na Guiné-Bissau a uma ampla e flagrante violação dos direitos humanos, por delito de opinião e de oposição política, especialmente dirigida contra figuras da oposição. Até hoje, não foi possível responsabilizar ninguém, quer haja queixa ou não, quer se trate de crimes públicos ou não.

Muita gente está envolvida e é preocupante que pessoas com formação acima da média se prestem a integrar os esquadrões ou a alimentar as animosidades. De entre os meus agressores, um deles, chegou a dizer que entrou para a Faculdade de Direito de Bissau no ano em que deixei de aí exercer funções docentes. Durante a minha recente estada em Bissau, um outro paladino, um alto responsável da CNE, mostrou-se ostensivamente hostil para comigo, ao ponto de desistir de lhe dirigir a palavra, deixando adivinhar o seu papel na intriga política e a sua provável falta de isenção e imparcialidade no desempenho das suas funções.

O que é que justifica essa cruzada contra os fazedores de opinião?

Como aflorámos atrás, a herança de Amílcar Cabral é uma espécie de presente envenenado, dado o carácter precoce da emancipação política da Guiné-Bissau. Com a fundação do Liceu em 1958 (Colégio Liceal, em 1952 e Instituto Liceal, em 1956), o início da Luta Armada de Libertação Nacional em 1963, a independência política em 1973, o drama da falta de quadros e de uma cultura do saber, da competência e do mérito e a sobreposição da cultura da força, por via da nova legitimidade forjada na LALN, estava traçado o destino desse pobre país.

A sentença cabralista do suicídio da pequena burguesia como base teórica de legitimação, atijando o campo contra a cidade, compôs o quadro da subversão de valores e da sujeição das referências da sociedade guineense, daqueles que eram portadores de valores civilizacionais, do saber e da experiência de que a estafeta de poder, em 1974, carecia.

A competência cedeu lugar à legitimidade da luta. A administração pública, enfim, o país no seu todo, foi obrigado a suportar o custo da aprendizagem dos novos chefes, a quem incumbia a sublime e nobre missão de criar o homem novo.

Porque a maioria, de entre eles, não estava preparada para a fase do «programa maior» e porque a aprendizagem, nessas condições, não podia resultar, o poder deixou de implicar responsabilidade. O direito ao descanso do guerreiro e o deslumbramento com a vida da cidade, outrora inacessível, caucionou a visão do poder como meio de acesso ao troféu, ao bem-estar, enfim, o poder como fonte de privilégios.

Importa então defendê-los (o poder e os privilégios), por todos os meios. A instituição passa a estar ao serviço do titular do poder de facto. Não há outro direito que não o dele. Mesmo depois das primeiras eleições multipartidárias,

o poder não se coíbiu de aprovar a lei que isenta os governantes de responsabilidade criminal, enquanto estiverem no exercício de funções.

Na prática, o cidadão desaparece. Resta o indivíduo, ou com poder, ou sem direitos nem prerrogativas. Com o tempo, o pouco de referências morais, escrúpulos e consciência cívica foi-se perdendo. Cada um teve de prestar vassalagem para ter direito a meios para educar os filhos e algum prazer para gozar os dias da sua existência. A razão da força estabeleceu-se. O direito cedeu-lhe o passo. As instituições e sistemas foram feitos reféns. Os funcionários tornam-se serventes do poder. Já não há mais lógica ou ciência. Quem não respeitar os interesses do titular do poder, arrisca-se à sujeição, porque não existe qualquer sistema de garantias.

Do seu lado, os servidores da lei e do Direito deixam-se levar pelas exigências da vida. Também têm de fazer pela vida. Passam a negociar a resolução e a solução dos processos. Vastos são os exemplos. Até chegaram a recomendar a um cliente meu que mudasse para um determinado advogado. Quem se sentir ofendido, pode intentar ação, mas arrisca-se ao arquivamento puro e simples ou à delonga e denegação de justiça, por falta de promoção.

É claro que injustiça existe em toda a parte. A diferença é que a Guiné-Bissau, sendo uma entidade precoce, resultante de uma luta de libertação, não teve oportunidade de forjar alicerces para a edificação do Estado: é um país pobre, com poucas alternativas de vida e tanto menos, porque a ganância instalada não permite a valorização dos recursos disponíveis.

III. Passos para uma solução

Contrariamente ao que seria suposto, toda a ação subsequente à independência, na euforia do fervor revolucionário, senão fruto de um plano convenientemente alinhavado, apenas contribuiu para destruir a herança do aparelho colonial. Hoje, o país precisa de uma nova liderança capaz de conceber e fundar os alicerces de um Estado moderno, esforço que passará pela afirmação de princípios e educação e pela formatação do cidadão guineense, capaz de assegurar uma governação racional e a justa repartição de rendimentos, capaz de, assim, erradicar a ganância, valorizar o trabalho, assegurar os serviços básicos de um Estado moderno, desencorajar a marginalidade, moralizar a sociedade e tirar o poder das mãos dos salteadores que, para tanto, assediaram os militares.

Enquanto isso não ocorre, estaremos à mercê dos salteadores e de todo o género de afronta aos direitos humanos. O homem guineense continuará a preferir ostentar viaturas de luxo ainda que em estradas esburacadas, ainda que os salários dos servidores públicos se acumulem, ainda que as escolas funcionem sem teto, ainda que os hospitais só funcionem graças à caridade internacional, ainda que tenha que vender toda a floresta, ainda que tenha que matar para conservar o poder, ainda que essa ostentação o exponha a riscos de vida, ainda

que tenha que se narcoprostituir. Seguramente, o respeito pelos direitos humanos não passará de uma miragem na Guiné-Bissau, até que resulte, do processo interno, um novo equilíbrio de forças.

Na verdade, a apetência pelo poder é uma tentação bastante partilhada. Resulta da condição humana (no estado da natureza, fase de evolução social em que se considera que o homem só prescinde daquilo que as suas forças não lhe permitem alcançar), elevada ao ritmo e à pressão da inovação tecnológica e do consumismo e, no caso da Guiné-Bissau, condicionada pela visão provinciana e falta de alternativa de vida resultante do seu fraco desenvolvimento económico e da sua condição terceiro-mundista.

Mesmo aqui, maus exemplos não faltam. Seja em Roma, seja em Lisboa. Aliás, ninguém parece querer saber das implicações dos salários milionários do mundo do futebol, apesar dos alertas lançados por João Paulo II e retomados pelo Papa Francisco. Infelizmente, a doutrina dos interesses ainda está a fazer escola e toda a inspiração que aqui nasce, apenas se limita a apresentar-se com outra roupagem e crueza, a jusante deste mundo globalizado.

Conclusão

Tendo-me proposto a dissertar sobre a minha experiência enquanto vítima e, por dever de consciência, a falar das vítimas do meu país, uma amostra das vítimas deste mundo, não cabe no objeto deste texto a discussão da pertinência ou não da solução que se pretende com a criação e jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI), face ao estado de desenvolvimento económico e institucional das sociedades terceiro-mundistas a que pertencem, que se veem privadas de uma «infância institucional», nesta era em que a sorte já não é ditada pelas espadas e baionetas. Creio que outros oradores se apresentam melhor habilitados e melhor colocados para o fazer.

No entanto, enquanto vítima, não posso deixar de interpretar o sentimento doutras vítimas que não deixariam de aspirar à justiça e de ver no TPI a esperança desesperada de uma existência pacífica e tranquila que lhes é negada pelos seus governantes, ciente de que, como reza o lema da nossa Faculdade de Direito de Bissau, adotando o aforismo manjaco (uma da etnias da Guiné-Bissau), «a injustiça destrói o Homem».

E porque não faltará quem defenda que se a vingança não é uma virtude talvez seja um quase direito natural de desforra, forçoso será pedir, em nome dos ofendidos deste mundo, que esta experiência do TPI sirva de estímulo para novas reflexões, com o objetivo de renovar e fortalecer o eixo filosófico da civilização humanista do nosso tempo e erigir um sistema mais eficaz de influência e persuasão que ajude os Estados a amadurecer enquanto instituições ao serviço da Humanidade, para melhor respeitar os direitos humanos.

Porque reputamos desejável o contributo que a civilização europeia poderia oferecer ao terceiro mundo, numa relação quiçá, mais pedagógica,

para obviar o percurso de evolução das sociedades mais novas e consolidar a dimensão humanista da civilização mundial, aqui fica uma questão, talvez um ponto de reflexão: Como se compatibiliza o princípio da imprescritibilidade do Direito Penal Internacional com o instituto da prescrição, no que respeita aos processos tempestivamente intentados nos Estados Membros? De que autoridade/legitimidade poderá o TPI arrogar-se enquanto a relação entre os Estados for definida e dominada por interesses?



**MÓDULO V: JULGAMENTO
NO TPI – ATOS PRELIMINARES
E AUDIÊNCIA DE JULGAMENTO,
ENFOQUE NA JURISPRUDÊNCIA**



MÓDULO V: JULGAMENTO NO TPI – ATOS PRELIMINARES E AUDIÊNCIA DE JULGAMENTO, ENFOQUE NA JURISPRUDÊNCIA

Julgamento no TPI: atos preliminares e audiência de julgamento

HERMENEGILDO MARIA CEPEDA GAMITO*

*[...] Nós esperamos que o Tribunal Penal Internacional
detenha futuros criminosos de praticar os seus crimes,
e que esteja perto, o dia em que nenhuma regras, nenhum Estado,
nenhuma Assembleia, nenhum exército em qualquer local, seja capaz
de abusar dos Direitos Humanos com impunidade*

KOFI ANNAN
ex-Secretário-Geral das Nações Unidas.

Sumário:

Introdução;

I. Generalidades: o Tribunal Penal Internacional;

II. Atos preliminares no Tribunal Penal Internacional;

III. Julgamento.

Introdução

Antes de abordar o tema que faz título do presente texto nos seus aspetos mais específicos, gostaria de deixar algumas palavras muito breves sobre o percurso histórico da jurisdição penal internacional e o seu significado e valor para a presente e para as gerações vindouras.

A consciência humana fica horrorizada com o terrível balanço humano da II Guerra Mundial: 52 milhões de mortos, ou seja, quatro vezes mais do que as vítimas do primeiro conflito mundial.

Muito mais horrorizada fica ainda quando se sabe — e este é um facto novo — que destes 52 milhões, 32 milhões eram civis! Numa lógica de guerra total, faz-se também guerra aos civis. É verdade por parte das potências totalitárias, que os tomam como reféns e que os massacram, mas também por parte dos aliados, que os bombardeiam. A isto acrescenta-se a diminuição sistemática por nazis de certas categorias de populações raciais ou políticas: judeus, comunistas... Do mesmo modo, na China, os japoneses entregam-se a massacres sistemáticos.

* Presidente do Conselho Constitucional de Moçambique.

A confusão moral é igualmente profunda. Está à altura do horror do conflito. A descoberta dos ossários, dos campos de concentração, o fogo nuclear (*Little Boy* — Hiroshima, 6 de agosto de 1945, *Fat Man* — Nagasaki, 9 de agosto de 1945), abalaram as consciências e há que pedir contas de uma das maiores catástrofes da História da Humanidade.

O bom senso humano jamais poderia ter permanecido impávido e sereno perante tamanha barbárie.

É assim que surgem, no rescaldo da II Guerra Mundial, o Tribunal Militar Internacional de Nuremberga — criado pelo Acordo de Londres, de 8 de agosto de 1945, com base no apoio dado pelas quatro potências vencedoras da guerra — e o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (TMIEO) de 19 de janeiro de 1846 — com sede em Tóquio.

Embora acusados de fazer a justiça dos vencedores, por terem sido criados depois do cometimento dos crimes que viriam a julgar, e pela aplicação retroativa da lei penal incriminadora, estes dois Tribunais tiveram o mérito de inculcar na consciência das pessoas de Estado, e não só, a ideia basilar de que os autores dos crimes contra a humanidade não podiam continuar impunes.

Na prossecução deste ideal, seguiram-se os tribunais penais internacionais *ad hoc* instituídos sob os auspícios das Nações Unidas: o Tribunal Internacional para a ex-Jugoslávia, instituído em 17 de novembro de 1993; o Tribunal Internacional para o Ruanda, sediado em Arusha, Tanzânia e o Tribunal Penal Internacional da Serra Leoa, com características de uma jurisdição mista entre a ONU e o Estado da Serra Leoa, instituído pelo Tratado de 16 de janeiro de 2002.

No seu conjunto, os tribunais penais internacionais *ad hoc* assinalam a génese e o florescimento do Direito Penal Internacional, um dos mais relevantes desenvolvimentos do Direito Internacional contemporâneo. Esse novo campo do *jus gentium* constitui mais um passo decisivo no sentido da proteção internacional dos direitos humanos e visa consolidar a responsabilidade individual no plano jurídico internacional, nos seus aspetos subjetivos e processuais. Isto significa a afirmação da personalidade jurídica internacional do indivíduo e corrobora a sua compreensão como unidade primária e sujeito por excelência do Direito Internacional¹.

I. Generalidades: o Tribunal Penal Internacional

A criação do Tribunal Penal Internacional (TPI), através do Estatuto de Roma de 17 de julho de 1988, justifica-se pela necessidade de conter as graves

¹ Machado, J., *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006 (1.ª ed., 2003), p. 402.

violações dos Direitos Humanos². Trata-se de um órgão jurisdicional com a vocação precípua de administrar a justiça penal internacional, distinguindo-se das jurisdições precedentes por se revestir caráter permanente e acarretar certas vantagens, das quais se salientam a estabilidade institucional e a legitimidade acrescida que decorre de uma maior garantia de imparcialidade e uniformidade na aplicação do Direito.

Sem embargo de ser parte integrante do sistema das Nações Unidas, o TPI goza de personalidade jurídica internacional e de independência interna, tem a sua sede em A Haia, na Holanda, e é composto por 18 juízes eleitos, por maioria absoluta, pela Assembleia dos Estados Partes para um mandato de nove anos não renováveis, desempenhando os juízes as respetivas funções em regime de exclusividade. A eleição dos juízes obedece a critérios de rigor e qualidade, e os Estados Partes terão, igualmente, poder de os desqualificar, ou mesmo remover do cargo por razões particulares e ou má conduta. Estes critérios servem também para a designação do Procurador e dos Procuradores-Adjuntos do Tribunal.

A organização do TPI assenta na existência de um juízo de instrução, de um juízo de primeira instância, de uma instância de recurso e de um procurador. A representação do Tribunal fica a cargo da Presidência, ao passo que o trabalho burocrático do TPI é da responsabilidade da respetiva Secretaria.

O Estatuto do TPI (ETPI) entrou em vigor a 1 de junho de 2002, com a ratificação do 66.º Estado, e os primeiros 18 juízes do Tribunal foram eleitos em fevereiro de 2003.

A jurisdição do TPI caracteriza-se pelo seu caráter excecional e complementar ou subsidiário, ou seja, somente é exercida em caso de manifesta incapacidade ou falta de disposição de um sistema jurídico nacional para exercer sua jurisdição primária³.

Com a entrada em funcionamento do TPI, a humanidade viu um dos seus sonhos transformar-se em realidade. A partir daí, vislumbram-se sinais do fim dos refúgios dourados de impunidade e para todos aqueles que cometem crimes internacionais graves. E isto tem o largo mérito de dissuasão, evitando certamente que alguns crimes contra a humanidade e contra os cidadãos sejam cometidos, já que os seus autores morais e materiais ficam sabendo, decerto, que acabou a impunidade.

A competência do Tribunal Penal Internacional é delimitada de acordo com três critérios. Em primeiro lugar, de acordo com o critério *ratione materiae*, tendo por objeto as infrações criminais mais graves: os crimes de genocídio, os

² Lamounier, G. M., Tavares, F. H., «Reflexões sobre o processo no Tribunal Penal Internacional», *Virtuajus – Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, ano 8, n.º 1 (julho de 2009), pp. 1-26.

³ Cf. artigo 1.º do Estatuto de Roma.

crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão⁴, sem prejuízo de poder vir a incluir outros tipos de crimes, se as Partes acordarem nesse sentido. Trata-se, em todos os casos, de crimes diferenciados dos crimes de delito comum do Direito nacional, visto que as condutas específicas em que se consubstanciam manifestam um tipo de macro ou mega-criminalidade caracterizado por atrocidades inimagináveis que nada tem a ver com os crimes de delito comum para os quais o Direito Penal tradicional pretende fornecer uma resposta.

De seguida, é delimitada pelo critério *ratione temporis*, aplicando-se o princípio da irretroatividade das suas normas, quer em geral quer relativamente a cada Estado Parte, o que significa que o TPI só pode investigar e punir os crimes cometidos depois do início da vigência do seu Estatuto⁵. Por fim, pelo critério *ratione personae*, estendendo-se, em princípio, aos Estados Partes do Estatuto, quer se trate de Estados em cujo território, embarcação ou aeronave foram cometidos os crimes e ou de Estado da nacionalidade do agente do crime, fazendo-se aqui uso dos tradicionais princípios da *territorialidade* e da *nacionalidade*. Assinale-se, a este propósito, que a responsabilidade criminal internacional é individual, pelo que os Estados propriamente ditos não respondem criminalmente, e o TPI é competente para julgar apenas pessoas físicas maiores de 18 anos, que ajam ou não em nome do Estado⁶.

A jurisdição penal internacional rege-se quer pelos princípios gerais dos Direitos Penal e Processual Penal quer por princípios específicos, expressos ou implícitos no Estatuto do TPI.

São princípios gerais, entre outros, o princípio da legalidade, na sua dupla dimensão de *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*⁷, o princípio *ne bis in idem*⁸, o princípio da irretroatividade da lei penal incriminadora, exceto se esta for mais favorável ao agente⁹, e o princípio da individualização da responsabilidade penal¹⁰.

Por seu turno, são específicos: (i) o princípio da subsidiariedade ou da complementaridade, já referido¹¹; (ii) o princípio da irrelevância da qualidade oficial, por força do qual não importa se o agente ocupava uma função oficial no momento do crime, pois as imunidades previstas no Estado dizem respeito à responsabilidade Penal do âmbito do Direito interno¹²; (iii) o princípio da responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos, que

⁴ Cf. artigos 5.º e 6.º do ETPI.

⁵ Cf. artigos 11.º e 26.º do ETPI.

⁶ Cf. artigo 26.º ETPI.

⁷ Cf. artigos 22.º e 23.º do ETPI.

⁸ Cf. artigo 20.º do ETPI.

⁹ Cf. artigo 24.º do ETPI.

¹⁰ Cf. artigo 25.º do ETPI.

¹¹ Cf. artigos 1.º e 17.º do ETPI.

¹² Cf. artigo 27.º do ETPI.

permite a responsabilização desses indivíduos em relação às ações das forças sob seu comando, incluindo a responsabilidade por omissão¹³ e (iv) o princípio da imprescritibilidade, segundo o qual os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão não prescrevem¹⁴.

II. Atos preliminares no Tribunal Penal Internacional

Os procedimentos preliminares decorrem no juízo de instrução e visam a apreciação da acusação antes do julgamento. Esses procedimentos iniciam num prazo razoável, após a entrega do acusado ao Tribunal ou a sua comparência voluntária perante o mesmo.

É da competência do juízo de instrução proceder a uma audiência para apreciar os factos constantes da acusação, com base nos quais o Procurador pretende requerer o julgamento. A audiência tem lugar na presença do Procurador, do arguido e seu defensor. Porém, o Estatuto permite que o juízo de instrução, oficiosamente ou a requerimento do Procurador, realize a audiência à revelia do arguido, se este tiver renunciado ao seu direito de estar presente, tiver fugido ou não for possível encontrá-lo, tendo sido tomadas todas as medidas razoáveis para assegurar a sua comparência em tribunal e para o informar dos factos constantes da acusação e da realização de uma audiência para a apreciação dos mesmos, devendo neste caso o arguido ser representado por um defensor, se o juízo de instrução decidir que tal servirá os interesses da justiça.

Encontrando-se o acusado à disposição do Tribunal, é-lhe entregue, num prazo razoável prévio à audiência preliminar, uma cópia dos documentos constantes da acusação e é-lhe dada informação relativa às provas que o Procurador se propõe apresentar em audiência, na qual produzirá provas satisfatórias dos factos constantes da acusação, em que se baseou a sua convicção de que o arguido cometeu o crime que lhe é imputado, podendo basear-se em provas documentais ou no resumo das provas, não sendo obrigado a chamar as testemunhas que irão depor no julgamento. Por seu turno, o arguido poderá contestar a acusação, impugnar as provas apresentadas pelo Procurador e apresentar as suas próprias provas.

No final da audiência preliminar, e com base nos factos nesta apreciados, o juízo de instrução decide se existem provas suficientes de que o arguido cometeu os crimes que lhe são imputados e, de acordo com essa decisão, declara ou não procedente a acusação na parte relativamente à qual considerou terem ou não sido reunidas provas suficientes. Assim, se for caso disso, remete o arguido

¹³ Cf. artigo 28.º do ETPI.

¹⁴ Cf. artigo 29.º do ETPI.

para o juízo de julgamento em primeira instância, a fim de aí ser julgado pelos factos confirmados.

Declarada procedente a acusação nos termos anteriores, a presidência do Tribunal designa um juízo de julgamento em primeira instância que se irá encarregar da fase seguinte do processo, o qual pode exercer as funções do juízo de instrução que se mostrem pertinentes e apropriadas nessa fase do processo.

III. Julgamento

O julgamento em primeira instância obedece aos princípios da celeridade, da equidade e do respeito pelos direitos quer do arguido quer das vítimas e das testemunhas.

Chama-se juízo de equidade àquele em que o juiz resolve o litígio de acordo com um critério de justiça, sem recorrer a uma norma preestabelecida, o que significa dar ao conflito a solução que se afigura mais justa, atendendo apenas às características da situação, sem recurso à lei eventualmente aplicável.

A celeridade na conclusão do processo é do interesse do arguido e, por isso, foi erigida em garantia fundamental, mas é também do interesse do ofendido e da comunidade, condição importantíssima para a realização dos fins do Direito Penal e das penas. A sociedade necessita de justiça pronta. A paz social assenta em grande parte na certeza de que os criminosos são condenados e os inocentes absolvidos, mas se o processo se arrasta por tempo demasiado gera-se frequentemente a ideia da impunidade e o descrédito da justiça.

O julgamento no juízo de primeira instância decorre, salvo decisão em contrário, na sede do Tribunal e na presença do arguido, a não ser que este perturbe persistentemente a audiência, circunstância em que o juízo de julgamento poderá, excepcionalmente e pelo período estritamente necessário, após se terem esgotado outras possibilidades razoáveis, ordenar a sua remoção da sala e providenciar que acompanhe o processo e dê instruções ao seu defensor a partir do exterior da mesma, utilizando, se necessário, meios técnicos de comunicação.

Nesta fase processual impende sobre o tribunal de primeira instância o dever de zelar para que o julgamento seja conduzido de maneira equitativa e célere, com total respeito pelos direitos do arguido e tendo em devida conta a proteção das vítimas e testemunhas. Nestes termos, o Tribunal determinará que língua ou línguas serão utilizadas no julgamento e, salvo disposição em contrário do Estatuto, providenciará pela revelação de qualquer documento que não tenha sido divulgado anteriormente, com suficiente antecedência relativamente ao início do julgamento, a fim de permitir a preparação do arguido e seu defensor para o julgamento.

A audiência de julgamento é pública, sem prejuízo da faculdade de o tribunal de julgamento em primeira instância decidir que determinadas diligências

se efetuem à porta fechada. Tal medida será tomada sempre que se mostre adequada para garantir a segurança, o bem-estar físico e psicológico, a dignidade e a vida privada das vítimas e testemunhas, ou para proteger informação de caráter confidencial que venha a ser apresentada como prova¹⁵.

A publicidade é uma garantia de transparência da justiça e consequentemente um modo de facilitar a fiscalização da legalidade do procedimento; implica a oralidade para que o público possa acompanhar a prática dos atos processuais em que há de assentar a decisão jurisdicional.

A oralidade favorece a descoberta da verdade. Através do diálogo e da reação dos depoentes, das perguntas diretas e das respostas espontâneas, mais facilmente se alcança a verdade dos factos. O princípio da oralidade significa essencialmente que só as provas produzidas ou discutidas oralmente na audiência de julgamento podem servir de fundamento à decisão, como se verificará mais adiante.

No início da audiência de julgamento, o juízo de primeira instância ordena a leitura ao arguido dos factos constantes da acusação previamente confirmada pelo juízo de instrução, devendo certificar-se de que o arguido compreende a natureza dos factos que lhe são imputados e dar-lhe a oportunidade de os confessar ou de se declarar inocente¹⁶. No caso de confissão, o Tribunal tem de apurar se o arguido compreende a natureza e as consequências da sua confissão e se esta foi feita livremente, após a consulta do seu advogado de defesa, e se a confissão é corroborada pelos factos que resultam da acusação deduzida pelo procurador e aceite pelo arguido, de quaisquer meios de prova que confirmam os factos constantes da mesma acusação, e de quaisquer outros meios de prova, tais como depoimentos de testemunhas apresentados pelo procurador ou pelo arguido¹⁷.

Se o juízo de julgamento em primeira instância considerar que estão reunidas as condições acima referidas, julgará que a confissão, juntamente com quaisquer provas adicionais produzidas, constitui um reconhecimento de todos os elementos constitutivos do crime pelo qual o arguido se declarou culpado, podendo condená-lo por esse crime. No caso contrário, julgará a confissão como não tendo tido lugar e, consequentemente, ordenará o prosseguimento do julgamento, podendo transitar o processo a outro juízo de julgamento em primeira instância¹⁸.

O princípio da presunção de inocência impõe-se com a maior acuidade nesta fase do processo, conforme patenteia o artigo 66.º do Estatuto de Roma que, composto por três números, afirma o seguinte: 1. «Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o

¹⁵ Cf. artigos 64.º, n.º 7, e 68.º, n.º 1, do ETPI.

¹⁶ Cf. artigo 64.º, n.º 8, do ETPI.

¹⁷ Cf. artigo 65.º, n.º 1, do ETPI.

¹⁸ Cf. artigo 65.º, n.º 2, do ETPI.

direito aplicável»; 2. «Incumbe ao Procurador o ónus da prova da culpa do arguido» e 3. «Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o arguido é culpado, para além de qualquer dúvida razoável.»

A materialização deste princípio postula que o processo assegure todas as necessárias garantias práticas de defesa do inocente, sendo certo que não há razão para não considerar inocente quem não foi ainda solene e publicamente julgado culpado por sentença transitada em julgado.

É assim que o Estatuto consagra um conjunto de direitos e garantias do arguido enquanto sujeito processual. Durante a apreciação de quaisquer factos ele tem, regra geral, direito a ser ouvido em audiência pública, devendo esta ser conduzida de forma equitativa e imparcial. Tem, igualmente, garantias mínimas, em condições de igualdade, nomeadamente, a: ser informado, sem demora e de forma detalhada, numa língua que compreenda e fale fluentemente, da natureza, motivo e conteúdo dos factos que lhe são imputados; dispor de tempo e de meios adequados para a preparação da sua defesa e comunicar livre e confidencialmente com um defensor da sua escolha; ser julgado sem atrasos indevidos; estar presente na audiência de julgamento e defender-se a si próprio ou ser assistido por um defensor da sua escolha ou, se não o tiver, ser informado do direito de o Tribunal lhe nomear um defensor, sempre que o interesse da justiça o exija, sendo a assistência gratuita se o arguido carecer de meios suficientes para remunerar o defensor nomeado; inquirir ou fazer inquirir as testemunhas de acusação e obter a comparência das testemunhas de defesa e inquirição destas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; apresentar defesa e oferecer qualquer outra prova admissível nos termos do Estatuto; ser assistido gratuitamente por um intérprete competente, bem como a que lhe sejam facultadas as traduções que a equidade exija, se não compreender perfeitamente ou não falar a língua utilizada em qualquer ato processual ou documento produzido em tribunal; não ser obrigado a depor contra si próprio, nem a declarar-se culpado; guardar silêncio, sem que este seja tido em conta na determinação da sua culpa ou inocência; prestar declarações não ajuramentadas, oralmente ou por escrito, em sua defesa e não lhe ser imposta, quer a inversão do ónus da prova quer a impugnação¹⁹.

No domínio da prova o Estatuto impõe que, antes de deporem, as testemunhas se comprometam a fazer o seu depoimento com verdade, devendo em regra a prova testemunhal ser prestada pela própria pessoa no decurso do julgamento. As partes podem apresentar as provas que interessem ao caso e o Tribunal é competente para solicitar oficiosamente a produção de todas as provas que entender necessárias para determinar a veracidade dos factos, bem como para decidir sobre a relevância ou admissibilidade de qualquer prova, mas tem de respeitar os privilégios de confidencialidade estabelecidos no

¹⁹ Cf. artigo 67.º, n.º 1, do ETPI.

Regulamento Processual, sendo-lhe vedado exigir prova dos factos de domínio público sem que constem dos autos. O Estatuto proíbe, outrossim, as provas obtidas com violação de seus preceitos ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas, quando essa violação suscite sérias dúvidas sobre a fiabilidade das provas, ou a sua admissão atente contra a integridade do processo ou resulte em grave prejuízo deste²⁰.

O julgamento decorre, em cada uma das suas fases, na presença de todos os juízes de julgamento, que devem estar também na deliberação, a qual deve fundamentar-se na apreciação das provas e do processo no seu conjunto, não podendo exorbitar dos factos e circunstâncias descritos na acusação ou nas alterações que lhe tenham sido feitas. A fundamentação da decisão basear-se-á, exclusivamente, nas provas produzidas ou examinadas na audiência de julgamento. Os juízes procurarão tomar a decisão por unanimidade e, não sendo isto possível, por maioria, caso em que a decisão conterà as opiniões tanto da maioria como da minoria de juízes²¹.

Não há decisões *non liquet*, ou seja, decisões de não decidir por insuficiência de provas ou de meios; tratando-se da última fase do processo internacional penal, impõe-se um resultado.

A decisão será proferida por escrito e conterà uma exposição completa e fundamentada da apreciação das provas e as conclusões do juízo de julgamento em primeira instância, que profere uma só decisão, e a leitura da decisão ou de uma sua súmula far-se-á em audiência pública²².

Havendo condenação do réu, a pena a aplicar será determinada tendo em conta os elementos de prova e as exposições relevantes produzidos no decurso do julgamento. A sentença é proferida publicamente e sempre que possível na presença do arguido²³.

As penas aplicáveis às pessoas condenadas pelos crimes previstos e punidos pelo Estatuto são a pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos e a pena de prisão perpétua, com um necessário reexame, ao fim de 25 anos de execução pelo Tribunal²⁴. O Tribunal pode também aplicar uma multa nos termos do Regulamento Processual ou determinar a perda dos produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa-fé. Na determinação da medida concreta da pena, o Tribunal atenderá, de harmonia com o Regulamento Processual, a fatores como a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado. Nota importante é que o Tribunal Penal Internacional não aplica a pena de morte.

²⁰ Cf. artigo 69.º do ETPI.

²¹ Cf. artigo 74.º do ETPI.

²² Cf. artigos 74.º e 75.º do ETPI.

²³ Cf. artigos 74.º, n.º 5, e 76.º do ETPI.

²⁴ Cf. artigo 110º do ETPI.

O Estatuto prevê, igualmente, a responsabilidade civil dos condenados, por perdas e danos sofridos pelas vítimas, conferindo ao Tribunal o poder de estabelecer princípios aplicáveis às formas de reparação, tais como a restituição, a indemnização ou a reabilitação²⁵.

Por fim, note-se que da decisão do juízo de julgamento em primeira instância cabe recurso para o competente juízo, nos termos do Estatuto.

²⁵ Cf. artigo 75.º do ETPI.

MÓDULO V: JULGAMENTO NO TPI – ATOS PRELIMINARES E AUDIÊNCIA DE JULGAMENTO, ENFOQUE NA JURISPRUDÊNCIA

Julgamentos no Tribunal Penal Internacional⁺

NATASHA NAIDOO*

Sumário:

Introdução;

I. O processo no TPI;

1. A iniciativa do processo judicial junto do TPI;

2. Juízos de instrução;

a) A função dos juízos de instrução;

b) Procedimentos nos juízos de instrução;

3. Juízos de julgamento em primeira instância;

a) Início do processo junto do juízo de julgamento em primeira instância;

b) Produção de prova;

c) Requisitos da sentença definitiva;

4. Juízos de recursos;

a) Recursos em geral;

b) Recursos de sentenças definitivas;

c) Recursos interlocutórios;

d) Padrão de revisão;

II. Desafios específicos dos julgamentos internacionais;

1. Como levar arguidos a tribunal;

2. Compromisso entre sistemas jurídicos;

3. Desafios ao nível da investigação;

4. Duração dos processos;

5. Preservar os direitos da defesa;

6. O papel das vítimas;

7. Compensações pecuniárias;

8. Proteção de testemunhas;

Conclusão.

⁺ Trad. do original inglês «Adjudication at the International Criminal Court» por André Hölzer e revisão por Alexandra Fonseca.

* Técnica jurista do TPI.

Introdução

Os julgamentos penais internacionais alteraram-se para sempre com a aprovação, em 17 de julho de 1998, do Estatuto de Roma (doravante Estatuto) que criou o Tribunal Penal Internacional (TPI)¹. O Estatuto foi ratificado por 122 Estados que se tornaram Estados Partes do Tribunal, tendo a mais recente adesão sido a da Costa do Marfim². Tal como resulta do preâmbulo do Estatuto, o objetivo do Tribunal é pôr fim à impunidade nos crimes de maior gravidade que afetam a comunidade internacional no seu todo³. Foram instaurados processos em oito países diferentes, a saber: Uganda, República Democrática do Congo (RDC), República Centro-Africana (RCA), Costa do Marfim, Líbia, Quênia, Mali, Darfur/Sudão e mais seguramente virão. Pretendo, com o presente texto, fazer uma breve descrição de alguns dos procedimentos gerais do Tribunal — desde a instrução à fase do julgamento e dos recursos —, passando depois à discussão dos particulares desafios enfrentados nos primeiros processos.

I. O processo no TPI

1. A iniciativa do processo judicial junto do TPI

Preliminarmente abordarei, de forma breve, as formas como os processos podem ser instaurados no TPI. Em primeiro lugar, há que referir que a jurisdição do Tribunal sofre restrições a vários níveis: temporais⁴, territoriais, pessoais⁵ e em razão da matéria⁶. Ainda que todas estas condições estejam reunidas, há que desencadear a jurisdição do Tribunal, o que só é possível se: (i) um Estado Parte denunciar ao procurador uma situação em que haja indício da prática de um crime; (ii) se o Conselho de Segurança das Nações Unidas, agindo nos termos do capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao procurador uma situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários crimes; ou (iii) se o Procurador tiver aberto inquérito sobre esse crime, por sua própria iniciativa⁷. Neste último caso, o juízo de instrução tem

¹ *Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 July 1998, 2187 *United Nations Treaty Series* 3.

² Dos 122 Estados Partes, 34 pertencem a África, 18 à Ásia e Pacífico, 18 à Europa de Leste, 26 à América Latina e às Caraíbas e 25 à Europa Ocidental e América do Norte.

³ Cf. preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

⁴ Cf. «competência *ratione temporis*», n.º 1 do artigo 11.º do Estatuto.

⁵ Cf. n.º 2 do artigo 12.º do Estatuto.

⁶ Cf. artigo 5.º do Estatuto.

⁷ Cf. artigo 13.º do Estatuto.

de autorizar a abertura de inquérito⁸. Daqui resulta que a jurisdição do TPI pode ser desencadeada por várias vias.

Na ainda curta existência do Tribunal, surgiram muitos casos em que foram os próprios Estados a denunciar situações ocorridas dentro dos seus próprios territórios e a requerer que as mesmas fossem investigadas e sujeitas à ação do Tribunal. Exemplos disso foram o Uganda, a RDC e a RCA. Duas situações foram denunciadas pelo Conselho de Segurança, estas ocorridas no Sudão e na Líbia. Nenhum destes dois países é Estado Parte do Estatuto, mas, nos termos do Estatuto, o Conselho de Segurança tem competência para denunciar situações ocorridas num Estado mesmo que ele não seja Parte⁹. Em duas outras situações, no Quénia e na Costa do Marfim, o Gabinete do Procurador apresentou pedido de autorização ao juízo de instrução para abertura de inquérito. Apesar de a Costa do Marfim não ser, à data, um Estado Parte, o Tribunal confirmou que a violência pós-eleitoral registada nesse país cabia na sua jurisdição, uma vez que a Costa do Marfim havia aceite a jurisdição do Tribunal numa base *ad hoc*¹⁰.

2. Juízos de instrução

a) A função dos juízos de instrução

Os juízos de instrução funcionam como guardiães das fases iniciais do processo. A sua criação pelo Estatuto foi, de facto, uma inovação no contexto do Direito Penal Internacional. Nem o Tribunal de Nuremberga, nem os Tribunais Penais Internacionais para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda, dispunham ou dispõem de algo que se assemelhe, em termos de funções, aos juízos de instrução.

Entre estas funções, e conforme decorre dos artigos 53.^o a 61.^o do Estatuto, incluem-se as seguintes¹¹: (i) existindo fundamento razoável, autorizar a abertura de inquérito, caso o Procurador, por sua iniciativa, o solicite; (ii) decidir sobre questões de competência e admissibilidade; (iii) a pedido do Procurador, e existindo fundamento razoável, emitir mandados de detenção ou notificações para comparência; (iv) obter a cooperação dos Estados, nomeadamente no que se refere a mandados de detenção, congelamento e apreensão de bens e ao superior interesse das vítimas; (v) a pedido do Procurador ou de um detido,

⁸ Cf. artigo 15.^o do Estatuto.

⁹ Cf. n.º 2 do artigo 12.^o e alínea b) do artigo 13.^o do Estatuto.

¹⁰ Cf. Pre-Trial Chamber III, *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, «Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire», 3 de outubro de 2011, ICC-02/11-14, pp. 10-15.

¹¹ Cf. artigos 53.^o a 61.^o do Estatuto e, em particular, artigo 57.^o, para maior detalhe.

emitir os mandados e proferir os despachos que se revelem necessários ao inquérito; (vi) sempre que necessário, assegurar a proteção e o respeito pela privacidade de vítimas e testemunhas, a preservação da prova, a proteção de pessoas detidas ou que tenham sido notificadas para comparência, bem como a proteção de informação relativa à segurança nacional; (vii) tomar decisões que regulam a divulgação de provas entre as partes; (viii) tomar decisões em matérias de liberdade provisória; (ix) autorizar a participação de vítimas no processo e (x) realizar audiências para apreciação dos factos constantes da acusação e, caso existam provas suficientes de que o arguido cometeu os crimes que lhe são imputados, confirmar a acusação e remeter o caso para julgamento.

O juízo de instrução faz, assim, uma espécie de triagem dos casos que são levados a Tribunal. O Procurador tem a liberdade de acusar ou não acusar, mas ao juízo de instrução cabe assegurar que as provas apresentadas constituem base suficiente para deduzir acusação e que os casos podem transitar para julgamento.

b) Procedimentos nos juízos de instrução

O processo perante o TPI inicia-se assim que o juízo de instrução emite um mandado de detenção ou uma notificação para comparência, nos termos do artigo 58.º do Estatuto. A pedido do Procurador, o juízo de instrução pode, «[a] todo o momento após a abertura do inquérito»¹², emitir um mandado de detenção. A medida da prova (*standard of proof*), nesta fase do processo, exige que «[e]xistam motivos suficientes para crer que essa pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal»¹³.

Para ser emitido um mandado, a detenção da pessoa terá ainda que se mostrar necessária para: (i) garantir a sua comparência em tribunal; (ii) garantir que não há obstrução nem ameaça ao inquérito ou à ação do Tribunal; ou (iii) impedir a continuação da prática do crime ou de crimes conexos¹⁴. Em alternativa, poderá ser emitida notificação para comparência, desde que o juízo de instrução entenda que a mesma notificação é suficiente para garantir a presença da pessoa em tribunal¹⁵.

Por via de regra, os procedimentos relativos à emissão de um mandado de detenção ou de uma notificação para comparência têm lugar *ex parte*, sendo que apenas o Procurador estará presente¹⁶. Nos termos do artigo 61.º

¹² Cf. n.º 1 do artigo 58.º do Estatuto.

¹³ Cf. n.º 1, alínea a), do artigo 58.º do Estatuto.

¹⁴ Cf. n.º 1, alínea b), do artigo 58.º do Estatuto.

¹⁵ Cf. n.ºs 1 e 7 do artigo 58.º do Estatuto.

¹⁶ Cf. Nerlich, V., «The Confirmation of Charges Procedure at the International Criminal Court: Advance or Failure?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, n.º 5 (2012) (pp. 1339-1356), pp. 1339 e 1341.

e «num prazo razoável» após a entrega da pessoa ao Tribunal ou a sua comparência voluntária perante este, o juízo de instrução terá de realizar «uma audiência para apreciar os factos constantes da acusação com base nos quais o Procurador pretende requerer o julgamento» — isto é, a audiência para confirmação da acusação¹⁷. Trata-se de um processo que assenta no princípio do contraditório¹⁸.

Ao contrário do que acontece na fase de emissão de mandado de detenção ou de notificação para comparência, na audiência para confirmação da acusação, tanto o Procurador como o arguido (acompanhado pelo respetivo defensor) estarão presentes¹⁹. No entanto, a audiência para apreciação da acusação poderá ser realizada na ausência do arguido, se este se encontrar em fuga ou não tiver sido possível encontrá-lo e desde que tenham sido tomadas todas as medidas razoavelmente exigíveis para assegurar a sua comparência e para ser informado dos factos constantes da acusação e da realização da audiência²⁰.

O Estatuto estabelece que «num prazo razoável antes da audiência» (ou seja, 30 dias antes do início da audiência, nos termos do n.º 3 da regra 121 do Regulamento de Processo e Prova do TPI [RPP]), o arguido deverá receber «uma cópia do documento especificando os factos constantes da acusação, com base nos quais o Procurador pretende requerer o julgamento» e ser «informado das provas que o Procurador se propõe apresentar em audiência»²¹. Nos termos da regra 52 do Regulamento do TPI, o documento do qual constam os termos da acusação deverá incluir uma exposição dos factos alegados, bem como a respetiva qualificação jurídica. O Procurador deverá ainda comunicar ao arguido «grande parte das provas que tenha em seu poder ou sob o seu controlo, e que possam revelar a inocência do arguido ou atenuar a sua culpa, antes da audiência de confirmação»²². Estas provas deverão ser comunicadas «logo que possível», antes do começo da audiência²³.

Na audiência de apreciação da acusação, as regras em matéria de prova são menos restritivas do que as das audiências normais de julgamento. O n.º 5 do artigo 61.º permite que o Procurador «se baseie em provas documentais ou num resumo de prova» e estabelece que o mesmo não é «obrigado a chamar as testemunhas que irão depor no julgamento». O arguido também poderá apresentar prova na audiência, tal como poderá contestar as acusações ou

¹⁷ Cf. n.º 1 do artigo 61.º do Estatuto.

¹⁸ Cf. Nerlich, V., «The Confirmation of Charges» (n. 16), p. 1342.

¹⁹ Cf. n.º 1 do artigo 61.º do Estatuto.

²⁰ Cf. n.º 2 do artigo 61.º do Estatuto.

²¹ Cf. n.º 3, alíneas a) e b), do artigo 61.º do Estatuto.

²² *Pre-Trial Chamber I, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Final System of Disclosure and the Establishment of a Time Table*, 15 de maio de 2006, ICC-01/04-01/06-102 (*Lubanga Disclosure Decision*), p. 126.

²³ Cf. n.º 2 do artigo 67.º do Estatuto. V. ainda *Lubanga Disclosure Decision* (n. 22), p. 129.

impugnar as provas apresentadas pelo Procurador²⁴. O nível de prova exigido para a confirmação da acusação é mais elevado do que o exigido para a emissão de um mandado de detenção ou de notificação para comparência, mas inferior ao de que depende uma condenação.

Por força do n.º 7 do artigo 61.º do Estatuto, o juízo de instrução deverá decidir «se existem provas suficientes de que o arguido cometeu os crimes que lhe são imputados». O entendimento veiculado pela jurisprudência do TPI em relação à medida da prova aqui exigida é o de que «deverão existir ‘fortes razões para considerar’, de tal forma que [o Procurador] terá de apresentar provas concretas e tangíveis, com a demonstração de uma linha de raciocínio clara, que sustente [as suas] concretas alegações»²⁵ (notas de rodapé omitidas).

Na sua apreciação, o juízo de instrução poderá «avaliar ambiguidades, inconsistências e contradições nas provas ou dúvidas que se suscitem relativamente à credibilidade das testemunhas»²⁶; não está portanto, à partida, obrigado a aceitar as provas apresentadas pelo Procurador²⁷. Na tomada de decisão, o juízo de instrução poderá: (i) confirmar a acusação, declarando procedente a acusação na parte em relação à qual entenda existirem provas suficientes, (ii) não declarar procedente a acusação na parte em relação à qual entenda não existirem provas suficientes, ou (iii) adiar a audiência e solicitar ao Procurador que considere a possibilidade, ou de apresentar novas provas ou de realizar novas investigações, ou ainda de alterar os termos da acusação quando as provas apresentadas sugerirem a existência de um outro crime²⁸. A declaração de não procedência da acusação por parte do juízo de instrução, não impede, no entanto, o Procurador de posteriormente solicitar nova apreciação, caso surjam novos elementos de prova²⁹. O Procurador poderá ainda alterar alguns dos factos constantes da acusação (na sequência de nova audiência, se aplicável), mas apenas até ao início do julgamento. Após o início do julgamento, o Procu-

²⁴ Cf. n.º 6 do artigo 61.º do Estatuto.

²⁵ *Pre-Trial Chamber I, The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, Decision on the confirmation of charges*, 16 de dezembro de 2011, ICC-01/04-01/10-465-Red (*Mbarushimana Confirmation Decision*), p. 40. V. também Nerlich, V., «The Confirmation of Charges» (n. 16), p. 1343, citando a *Mbarushimana Confirmation Decision*, p. 40, com referência a decisões anteriores sobre a apreciação da acusação, e Miraglia, M., «Admissibility of Evidence, Standard of Proof, and Nature of the Decision in the ICC Confirmation of Charges in Lubanga», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n.º 3 (2008) (pp. 489-503), pp. 494 e segs., a propósito da medida da prova.

²⁶ Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, «Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 16 December 2011 entitled ‘Decision on the confirmation of charges’*», 30 de maio de 2012, ICC-01/04-01/10-514 (OA 4) (*Mbarushimana Confirmation Appeal Judgment*), p. 1.

²⁷ Cf. Nerlich, V., «The Confirmation of Charges» (n. 16), p. 1344, citando *Mbarushimana Confirmation Appeal Judgment*, p. 1.

²⁸ Cf. n.º 7 do artigo 61.º do Estatuto.

²⁹ Cf. n.º 8 do artigo 61.º do Estatuto.

rador apenas terá a possibilidade de retirar a acusação e desde que autorizado pelo juízo de instrução³⁰.

3. Juízos de julgamento em primeira instância

a) Início do processo junto do juízo de julgamento em primeira instância

Dos artigos 62.º a 76.º constam as normas reguladoras da fase de «julgamento». Antes de mais, o artigo 62.º define a sede do Tribunal (salvo decisão em contrário) como o local para a realização do julgamento e o artigo 63.º estabelece como princípio que «[o] arguido terá de estar presente em tribunal»³¹. O artigo 64.º elenca as «funções e os poderes do juízo de julgamento em primeira instância», impondo-lhe que, entre outras coisas, garanta «que o julgamento seja conduzido de maneira equitativa e célere, com total respeito pelos direitos do arguido e tendo em devida conta a proteção das vítimas e testemunhas»³².

O Estatuto, em si, é pouco explícito quanto aos termos em que o julgamento deverá ser conduzido na prática, embora o n.º 8 do artigo 64.º consagre alguns parâmetros básicos. A alínea a) estipula que no início da audiência o juiz de julgamento em primeira instância deverá ter feito «a leitura ao arguido dos factos constantes da acusação previamente confirmados pelo juízo de instrução»³³, tendo depois de «certificar-se que o arguido compreende a natureza dos factos que lhe são imputados» e «dar-lhe a oportunidade de os confessar, de acordo com o disposto no artigo 65.º, ou de se declarar inocente». A alínea b) do n.º 8 do artigo 64.º permite ao juiz presidente «dar instruções sobre a condução da audiência, nomeadamente para assegurar que esta se desenrola de maneira equitativa e imparcial»³⁴. Estabelece ainda que, «[s]alvo qualquer orientação do juiz-presidente, as partes poderão apresentar provas em conformidade com as disposições do presente Estatuto»³⁵.

Por aplicação do n.º 1 do artigo 65.º, se o arguido confessar nos termos da alínea a) do n.º 8 do artigo 64.º, o juízo de julgamento em primeira instância deverá apurar: (i) se o arguido compreendeu a natureza e as consequências da

³⁰ Cf. n.º 9 do artigo 61.º do Estatuto.

³¹ Cf. n.º 1 do artigo 63.º do Estatuto. Esta disposição gerou alguma controvérsia nos casos *The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang* e *The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*, controvérsia essa que levou a Assembleia dos Estados Partes do TPI a aprovar as normas 134 ter e 134 quarter no RPP, em 27 de novembro de 2013, mediante a Resolução ICC-ASP/12/Res. 7. Estas disposições modificaram o requisito previsto pelo n.º 1 do artigo 63.º, de modo que o arguido pode, em circunstâncias excecionais, ser dispensado de estar presente na audiência de julgamento.

³² Cf. n.º 2 do artigo 64.º do Estatuto.

³³ Cf. n.º 8, alínea a), do artigo 64.º do Estatuto.

³⁴ Cf. n.º 8, alínea b), do artigo 64.º do Estatuto.

³⁵ Cf. n.º 8, alínea b), do artigo 64.º do Estatuto.

sua confissão; (ii) se essa confissão foi feita livremente, após consulta feita ao seu advogado de defesa e (iii) se a confissão é corroborada pelos factos que resultam da acusação deduzida pelo Procurador e aceite pelo arguido, por quaisquer meios de prova que confirmam os factos constantes da acusação deduzida pelo Procurador e aceite pelo arguido e por quaisquer outros meios de prova (v.g., depoimentos de testemunhas) apresentados pelo Procurador ou pelo arguido. Em função da avaliação dos elementos referidos no n.º 1 do artigo 65.º, o juízo de julgamento em primeira instância poderá então (i) condenar o arguido pelo crime que lhe é imputado; (ii) reencaminhar o processo para outro juízo de julgamento em primeira instância; ou (iii) solicitar ao Procurador que apresente novas provas ou que ordene que o julgamento prossiga os seus trâmites normais nos termos do Estatuto³⁶. Até à data, porém, nenhum arguido confessou os factos que lhe foram imputados ao abrigo do presente capítulo.

b) Produção de prova

Já foi dito que o julgamento «começa da estaca zero. A culpa tem de ser aferida exclusivamente com base nas provas produzidas em tribunal, não podendo fundar-se ‘em factos que cheguem ao conhecimento do juízo, mas que não foram admitidos e analisados em tribunal’»³⁷. Apesar de, como já acima se referiu, o Estatuto do TPI não delinear, de forma precisa, a sequência a que deve obedecer a apresentação de prova, os julgamentos no Tribunal têm, até agora, seguido a linha adotada pelos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda³⁸, cujos regulamentos preveem que, salvo decisão em contrário por parte do juízo de julgamento e sempre que o interesse da justiça assim o justifique, deverá ser a acusação a apresentar as provas em primeiro lugar³⁹. Tal decorre do princípio geral de que o arguido «deverá ter conhecimento de todos os factos que lhe são imputados» antes de ele próprio apresentar as suas provas⁴⁰. Para além disso, o 1.º Juízo de Julgamento

³⁶ Cf. n.ºs 2 a 4 do artigo 65.º do Estatuto.

³⁷ Cf. Cassese, A. et al., *Cassese's International Criminal Law*, 3.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2013 (1.ª ed., 2003), p. 373, citando Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgment on the appeals of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber III*, intitulado «Decision on the admission into evidence of materials contained in the prosecution's list of evidence», 3 de maio de 2011, ICC-01/05-01/08-1386 (OA5, OA6) (*Bemba Admissibility Appeal Judgment*), § 45; v. também artigo 74.º, n.º 2, do Estatuto.

³⁸ Cf. Cassese, A. et al., *Cassese's International Criminal Law* (n. 37), p. 374.

³⁹ Cf. *Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, 11 de fevereiro de 1994, regra 85 na sua última redação de 19 de novembro de 2012; *Rules and Procedure of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, 29 de junho de 1995, norma 85 na sua última redação de 10 de abril de 2013.

⁴⁰ Cf. Cassese, A. et al., *Cassese's International Criminal Law* (n. 37), p. 374, citando a decisão do Supreme Court of Canada do caso *R. v. P(M.B.)*, de 1994 (1 S.C.R. 555), pp. 579-580.

em Primeira Instância já reconheceu a limitação das exceções a essa regra⁴¹ e considerou que «a admissão de contraprova deverá ser tendencialmente vista como uma situação excepcional»⁴².

Os autores da redação do Estatuto também deixaram em aberto a questão da definição dos elementos que, em particular, podem ou não ser admitidos como prova⁴³. Assim, por exemplo, o n.º 2 do artigo 69.º admite quatro meios de prestação de prova: depoimento de vítima, declarações de vítima gravadas em vídeo ou áudio, documentos e transcrições. O artigo não especifica, no entanto, quais desses elementos são, ou não, admissíveis como prova⁴⁴. Esse juízo de julgamento em primeira instância destacou que «os autores da redação do Estatuto evitaram, clara e deliberadamente, excluir determinadas categorias ou tipos de prova, uma vez que isso teria limitado, à partida, a capacidade do juízo apreciar ‘livremente’ as provas»⁴⁵. Por outro lado, a regra 63, n.º 2, do RPP consagra explicitamente o princípio da livre apreciação da prova por parte do juízo ao estabelecer que «[o] juízo terá o poder [...] de apreciar livremente todas as provas apresentadas a fim de aferir da sua pertinência e admissibilidade nos termos do artigo 69.º». O 1.º Juízo de Julgamento em primeira instância concluiu ainda que «dispõe de uma significativa margem de apreciação relativamente a todos os tipos de prova»⁴⁶. O juízo de recursos considerou, para além disso, que a aferição da relevância ou da admissibilidade, por parte do juízo, deverá ser feita em relação a cada elemento de prova⁴⁷. Resulta do n.º 4 do artigo 69.º do Estatuto que os três princípios gerais que regulam a admissibilidade de prova em Tribunal são: (i) a relevância; (ii) o valor probatório e (iii) o eventual impacto na realização de um julgamento justo e equitativo⁴⁸. Segundo o juízo de recursos, a avaliação destes pressupostos «dependerá da especificidade de cada elemento de prova»⁴⁹.

c) Requisitos da sentença definitiva

O artigo 74.º estabelece os «requisitos para a decisão» — isto é, para efeitos da sentença definitiva. Em primeiro lugar, o n.º 1 determina que todos os

⁴¹ Cf. Cassese, A., et al., *Cassese's International Criminal Law* (n. 37), p. 374.

⁴² *Trial Chamber I, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Prosecutor's Application to Admit Rebuttal Evidence from Witness DRC-OTP-WWWW-0005*, 28 de abril de 2011, ICC-01/04-01/06-2727-Red, § 43.

⁴³ Cf. Farthofer, H., «Evidence», in: C. Safferling (org.), *International Criminal Procedure*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 463.

⁴⁴ Cf. Farthofer, H., «Evidence» (n. 43), p. 463.

⁴⁵ Cf. *Trial Chamber I, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Corrigendum to Decision on the admissibility of four documents*, 20 de janeiro de 2011, ICC-01/04-01/06-1399-Corr (*Lubanga Admissibility Decision*), § 24.

⁴⁶ Cf. *Lubanga Admissibility Decision* (n. 45), § 24.

⁴⁷ Cf. *Bemba Admissibility Appeal Judgment* (n. 37), § 53.

⁴⁸ Cf. Cassese, A. et al., *Cassese's International Criminal Law* (n. 37), p. 380.

⁴⁹ Cf. *Bemba Admissibility Appeal Judgment* (n. 37), § 53.

juizes do juízo de julgamento em primeira instância têm de estar presentes «em cada uma das fases do julgamento e nas deliberações» (não obstante a presidência poder designar, caso a caso, juizes suplentes)⁵⁰. O n.º 3, por seu turno, prevê que as decisões sejam tomadas por unanimidade, mas, não sendo tal possível, a decisão poderá ser tomada por maioria e, nos termos do n.º 5 do artigo 74.º, da decisão do juízo de julgamento deverão constar as opiniões expressas tanto pela maioria como pela minoria dos juizes. Ainda nos termos deste n.º 5, a decisão será sempre proferida por escrito, devendo conter a «exposição completa e fundamentada da apreciação das provas e as conclusões do juízo de julgamento em primeira instância».

O n.º 2 do artigo 74.º aqui em análise define os limites gerais bem como o que deverão ter os juizes em conta para a sua tomada de decisão. Assim, a decisão: (i) deverá ser fundamentada com base na apreciação das provas e do processo no seu conjunto; (ii) não poderá exorbitar dos factos e circunstâncias constantes da acusação ou das alterações que lhe tenham sido introduzidas e (iii) apenas poderá fundar-se nas provas produzidas ou analisadas em sede de audiência de julgamento. Em aplicação do princípio da presunção de inocência, bem como da medida da prova exigida para efeitos do *common law*, o Tribunal deverá mostrar-se convencido da culpa do arguido, para além de qualquer dúvida razoável, para poder proferir sentença condenatória nos termos do n.º 3 do artigo 66.º do Estatuto.

4. Juízos de recursos

a) Recursos em geral

Os procedimentos para efeitos de interposição de recurso no TPI estão definidos nos artigos 81.º a 83.º do Estatuto (o artigo 84.º trata da possibilidade de revisão da sentença condenatória ou da pena). Os procedimentos de recurso, tal como estabelecidos no Estatuto, têm sido considerados tanto demasiado longos como demasiado flexíveis⁵¹. Por força do artigo 81.º do Estatuto, tanto podem ser interpostos recursos de sentenças condenatórias como absolutórias⁵² (esta última opção constitui um desvio significativo face aquilo que é normalmente aceite nos países do *common law*)⁵³ e ainda de penas⁵⁴. O artigo 82.º permite também o recurso de decisões interlocutórias.

⁵⁰ Cf. n.º 1 do artigo 74.º do Estatuto.

⁵¹ Cf. Roth, R., Henzelin, M., «The Appeal Procedure of the ICC», in: A. Cassese, P. Gaeta & J. R. W. D. Jones (org.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. II, Oxford: Oxford University Press, 2002 (pp. 1535-1558), p. 1538 e segs.

⁵² Cf. n.º 1 do artigo 81.º do Estatuto.

⁵³ Cf. Roth, R., Henzelin, M., «The Appeal Procedure of the ICC» (n. 51), pp. 1542 e segs.

⁵⁴ Cf. n.º 2 do artigo 81.º do Estatuto.

Os recursos podem ser interpostos com base em erro de facto ou de direito ou em vício processual e o juízo de recursos poderá admitir o recurso quando entenda «que o processo sujeito a recurso enferma de vícios tais que afetam a regularidade da decisão ou da sentença, ou que a decisão ou a sentença recorridas estão materialmente afetadas por erros de facto ou de direito, ou vício processual»⁵⁵.

Admitido o recurso, o juízo de recursos poderá anular ou alterar a decisão ou a pena recorrida ou ordenar a realização de novo julgamento perante um outro juízo de julgamento em primeira instância⁵⁶. De acordo com o artigo 83.º, o juízo de recursos poderá, para o efeito, «reenviar uma questão de facto para o juízo de julgamento em primeira instância à qual foi submetida originariamente, a fim de que este decida a questão e lhe apresente um relatório», ou «pedir, ela própria, elementos de prova para decidir»⁵⁷. O artigo 83.º prevê ainda que, não obstante o acórdão do juízo de recursos dever conter as opiniões expressas pela maioria e pela minoria dos juízes (caso não tenha havido unanimidade), qualquer juiz «poderá exprimir uma opinião separada ou discordante sobre uma questão de direito» (mas não sobre matéria de facto)⁵⁸. Apesar de, numa primeira fase, muitos delegados terem exigido a unanimidade nas decisões tomadas quer pelo juízo de julgamento em primeira instância quer pelo juízo de recursos (para evitar a ideia de um tribunal dividido), acabou por prevalecer o argumento de que a divergência de pontos de vista «poderá contribuir para a evolução do pensamento jurídico»; em consequência foi parcialmente admitida a existência de opiniões discordantes ou separadas⁵⁹.

b) Recursos de sentenças definitivas

O recurso das decisões definitivas do juízo de julgamento em primeira instância proferidas nos termos do artigo 74.º está previsto no artigo 81.º do Estatuto. Como já acima ficou referido, tanto as sentenças condenatórias como absolutórias são passíveis de recurso. E quer o Procurador quer a pessoa condenada (ou o Procurador atuando em sua representação) poderão interpor recurso com base em vício processual, erro de facto ou de direito⁶⁰. A pessoa condenada poderá interpor recurso com base em «[q]ualquer outro motivo suscetível de afetar a equidade ou a regularidade do processo ou da sentença»⁶¹.

⁵⁵ Cf. n.º 2 do artigo 83.º do Estatuto.

⁵⁶ Cf. n.º 2 do artigo 83.º do Estatuto.

⁵⁷ Cf. n.º 2 do artigo 83.º do Estatuto.

⁵⁸ Cf. n.º 4 do artigo 83.º do Estatuto.

⁵⁹ Cf. Roth, R., Henzelin, M., «The Appeal Procedure of the ICC» (n. 51), p. 1557.

⁶⁰ Cf. n.º 1 do artigo 81.º do Estatuto.

⁶¹ Cf. n.º 1, alínea b) (iv), do artigo 81.º do Estatuto. De acordo com Roth, R., Henzelin, M., «The Appeal Procedure of the ICC» (n. 51), p. 1544, trata-se de um complemento pouco claro e controverso, cuja formulação foi deliberadamente vaga por forma a limitar os fundamentos de recurso.

Qualquer das Partes poderá, de pleno direito, recorrer de uma sentença definitiva ou condenatória. O juízo de recursos tem presentemente em curso os seus dois primeiros recursos de decisões finais: um de uma sentença condenatória (caso de *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*)⁶² e outro de uma sentença absolutória (caso de *The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*)⁶³.

c) Recursos interlocutórios

O recurso de «outras decisões» está previsto no artigo 82.º do Estatuto. O n.º 1 estabelece que qualquer das Partes poderá recorrer, de pleno direito, de qualquer das seguintes decisões: (i) decisão sobre a competência ou sobre a admissibilidade do caso; (ii) decisão que autorize ou recuse a libertação da pessoa alvo de inquérito ou de procedimento criminal ou (iii) decisão do juízo de instrução de agir por iniciativa própria, caso tenha surgido uma «oportunidade única de investigação» nos termos do n.º 3 do artigo 56.^{º64}. Relativamente às outras decisões interlocutórias, a parte que delas pretenda recorrer terá de obter autorização para o efeito por parte do juízo que originariamente proferiu a decisão, tal como decorre da alínea d) do n.º 1 do artigo 82.º do Estatuto; por força deste artigo qualquer parte poderá recorrer de decisão «relativa a uma questão suscetível de afetar significativamente a tramitação equitativa e célere do processo ou o resultado do julgamento, cuja resolução imediata pelo juízo de recursos poderia, no entender do juízo de instrução ou do juízo de julgamento em primeira instância, acelerar a marcha do processo». Tal como referem Robert Roth e Marc Henzelin, durante as negociações do Estatuto, houve muita discussão sobre que decisões interlocutórias deveriam ser passíveis de recurso. Assim sendo, a listagem constante do n.º 1 do artigo 82.º deverá ser entendida como sendo exclusiva, não devendo, por isso, ser passível de interpretação extensiva⁶⁵.

d) Padrão de revisão

O juízo de recursos já teve várias oportunidades de examinar o critério de revisão em recursos interlocutórios. Embora ainda não tenha sido proferido nenhum acórdão sobre o recurso de uma sentença definitiva do juízo de julga-

⁶² Cf. Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de março de 2012, ICC-01/04-01/06-2842 (*Lubanga Trial Judgment*).

⁶³ Cf. Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo, «Judgment pursuant to article 74 of the Statute»*, 18 de dezembro de 2012, ICC-01/04-02/12-3-tENG.

⁶⁴ Cf. n.º 1, alíneas a) a c), do artigo 82.º do Estatuto.

⁶⁵ Cf. Roth, R., Henzelin, M., «The Appeal Procedure of the ICC» (n. 51), p. 1548.

mento, é de esperar que o critério se mantenha sensivelmente o mesmo (não obstante algumas modificações, se necessárias).

No que se refere a erros de direito, o juízo de recursos sustentou o seguinte: «o juízo de recursos não fica vinculado à interpretação feita da lei pelo juízo de julgamento em primeira instância, podendo tirar as suas próprias conclusões quanto à lei adequada e determinar se o juízo de julgamento em primeira instância fez ou não uma interpretação correta da lei. Caso o juízo de julgamento tenha cometido um tal erro, o juízo de recursos só intervirá se esse erro afetar materialmente a decisão recorrida»⁶⁶.

Considera-se que um erro de direito «afetou materialmente» uma decisão quando se conclua que o juízo em questão «teria proferido uma decisão substancialmente diferente daquela que foi afetada pelo erro, se esse erro não tivesse sido cometido»⁶⁷. Quanto aos erros de facto, o juízo de recursos defendeu que apenas interfere com a decisão do juízo de primeira instância, caso se demonstre que este juízo cometeu claramente um erro, nomeadamente por errónea apreciação dos factos, por ter considerado factos que eram irrelevantes ou por ter omitido factos que eram afinal relevantes⁶⁸.

⁶⁶ Cf. Appeals Chamber, *Prosecutor v. Banda and Jerbo, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber IV of 12 September 2011*, intitulado «Reasons for the Order on translation of witness statements (ICC-02/05-03/09-199) and additional instructions on translation», 17 de fevereiro de 2012, ICC-02/05-03/09-295 (OA 2), § 20.

⁶⁷ Cf. Appeals Chamber, *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I*, intitulado «Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58», 13 de julho de 2006, ICC-01/04-169 (OA), § 84.

⁶⁸ Cf. Appeals Chamber, *Prosecutor v. William Samoei Ruto, et al., Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011*, intitulado «Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute», 30 de agosto de 2011, ICC-01/09-01/11-307 (OA), § 56; Appeals Chamber, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, et al., Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011* entitled «Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute», 30 de agosto de 2011, ICC-01/09-02/11-274 (OA), § 55; Appeals Chamber, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre-Trial Chambers* «Decision on the Interim Release of Jean-Pierre Bemba Gombo and Convening Hearings with the Kingdom of Belgium, the Republic of Portugal, the Republic of France, the Federal Republic of Germany, the Italian Republic, and the Republic of South Africa», 2 de dezembro de 2009, ICC-01/05-01/08-631-Red (OA 2), § 61, citando Appeals Chamber, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment In the Appeal by Mathieu Ngudjolo Chui of 27 March 2008 against the Decision of Pre-Trial Chamber I on the Application of the Appellant for Interim Release*, 9 de junho de 2008, ICC-01/04-01/07-572 (OA 4), § 25; v. também Appeals Chamber, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgment on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Pre-Trial Chamber III*, intitulado «Decision on application for interim release», 16 de dezembro de 2008, ICC-01/05-01/08-323 (OA), § 52.

No que respeita à errónea apreciação dos factos, o juízo de recursos «não interferirá com a avaliação dos factos feita pelo juízo de instrução ou pelo juízo de julgamento em primeira instância, já que o juízo de recursos poderá ter simplesmente chegado a uma diferente conclusão. Apenas intervirá caso não consiga razoavelmente entender como chegou o juízo à conclusão a que chegou a partir das provas obtidas»⁶⁹.

II. Desafios específicos dos julgamentos internacionais

Apresentados os trâmites gerais dos julgamentos internacionais no âmbito do TPI, passarei a partilhar algumas das particularidades do trabalho desenvolvido no seio do Tribunal, destacando em particular as dificuldades relacionadas com a correta implementação prática dos procedimentos (já acima mencionadas em parte).

1. Como levar arguidos a tribunal

O principal obstáculo que o TPI tem vindo até agora a enfrentar, mesmo com mandados de detenção, é a dificuldade de levar arguidos a Tribunal. Presentemente, encontram-se pendentes 10 mandados de detenção. Enquanto nuns casos nem a oportunidade surgiu para se proceder à detenção de algumas das pessoas visadas pelo Tribunal, noutros — sendo o caso do presidente sudanês Omar al-Bashir o mais notável — a detenção não se deu, pese embora vários países tenham tido a oportunidade de o fazer. Não dispendo o TPI de uma força policial própria para executar os mandados de detenção, depende inteiramente da cooperação dos Estados para o efeito. Se essa cooperação não existir, resta-lhe, como única alternativa, submeter a questão à Assembleia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança das Nações Unidas⁷⁰. Infeliz-

⁶⁹ Cf. Appeals Chamber, *Prosecutor v. William Samoei Ruto, et al.*, *Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011*, intitulado «*Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute*», 30 de agosto de 2011, ICC-01/09-01/11-307 (OA), § 56; Appeals Chamber, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, et al.*, *Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011*, intitulado «*Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute*», 30 de agosto de 2011, ICC-01/09-02/11-274 (OA), § 55; v. ainda Appeals Chamber, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, *Judgment on the appeal of Mr. Callixte Mbarushimana against the decision of Pre-Trial Chamber I of 19 May 2011 entitled «Decision on the Defence Request for Interim Release»*, 14 de julho de 2011, ICC-01/04-01/10-283 (OA), §§ 1, 17.

⁷⁰ Cf. n.º 7 do artigo 87.º do Estatuto.

mente, os juízos já se viram, por várias vezes, obrigados a submeter situações de não cooperação⁷¹.

2. Compromisso entre sistemas jurídicos

O julgamento num tribunal internacional exige um elevado grau de compromisso entre as abordagens jurídicas de muitos e diferentes países. O sistema do TPI assenta maioritariamente no princípio do contraditório, mas conjuga muitas das características dos sistemas de raiz romano-germânica. É compreensível que a combinação de elementos dos princípios do contraditório e do inquisitório gere alguma tensão. Compete, por exemplo, ao Gabinete do Procurador, à luz do princípio do contraditório, investigar e recolher prova por iniciativa própria. No entanto, o Estatuto de Roma também exige que o procurador investigue tanto circunstâncias agravantes como atenuantes⁷². Estas normas comportam uma tensão latente, já que o Procurador está obrigado a realizar diligências de investigação que podem comprometer os seus próprios casos.

Outro exemplo da incorporação de conceitos do Direito romano-germânico no sistema do TPI é a obrigação de o juízo de instrução declarar a procedência ou improcedência da acusação. Este é um procedimento que difere dos sistemas assentes no princípio do contraditório, nos quais os julgamentos têm por base a acusação apresentada no início do processo. O juízo de instrução intervém para fazer uma triagem dos casos, salvaguardando que apenas aqueles que apresentam provas suficientes é que serão levados a julgamento. Como já se referiu antes, a medida da prova que, nesta fase, se exige ao juízo de instrução é o da existência de «fortes razões para considerar» que o arguido cometeu o crime que lhe é imputado⁷³. Este é um nível de prova superior ao que é aplicado pelo juízo de instrução aquando da decisão de emissão de um mandado de detenção ou de uma notificação para comparência, onde apenas se exige a existência de «motivos suficientes para crer [...]»⁷⁴. A questão de como exatamente deverá ser aplicado o critério de «fortes razões» é presente-

⁷¹ Cf. *Pre-Trial Chamber I, Prosecutor v. Omar Al Bashir, Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 13 de dezembro de 2011, ICC-02/05-01/09-139-Corr; *Pre-Trial Chamber I, Prosecutor v. Omar Al Bashir, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant le refus de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 13 de dezembro de 2011, ICC-02/05-01/09-140.

⁷² Cf. alínea *α*) do n.º 1 do artigo 54.º do Estatuto.

⁷³ Cf. n.º 7 do artigo 61.º do Estatuto.

⁷⁴ Cf. n.º 1 do artigo 58.º do Estatuto.

mente alvo de discussão, relacionando-se diretamente com a questão de saber qual deverá ser o papel do juízo de instrução. Muito recentemente, o juízo de instrução considerou que as provas apresentadas pelo Procurador eram insuficientes para confirmar a acusação deduzida contra Gbagbo. No entanto, em vez de recusar a confirmação da acusação, o juízo de instrução optou por adiar a audiência, solicitando ao procurador que abrisse novo inquérito sobre todos os factos constantes da acusação⁷⁵.

3. Desafios ao nível da investigação

As provas apresentadas em processos penais internacionais podem, por vezes, parecer bastante diferentes daquelas que são recolhidas em processos nacionais, em países com sistemas jurídicos estabelecidos. No TPI, durante a fase de instrução, são admissíveis depoimentos de testemunhas anónimas, resumos das provas e, muitas vezes, chega-se a conclusões sem que tenha sido ouvida uma única testemunha⁷⁶. O critério de admissibilidade torna-se mais rigoroso na fase de julgamento, no entanto, todas estas medidas refletem, a par da necessidade de proteção de testemunhas, o imperativo de respeitar os limites que se colocam à investigação em crimes internacionais.

Frequentemente, o Procurador tem de investigar crimes que ocorreram há muito tempo. As provas desses crimes podem ter sido perdidas ou deliberadamente escondidas pelo Estado ou organização responsável pela violência. A capacidade de as testemunhas recordarem factos importantes pode ter diminuído consideravelmente. Contrariamente à maioria das investigações realizadas no âmbito dos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Jugoslávia e o Ruanda, as investigações do TPI não se focaram, numa fase inicial, em situações pós-conflito. As investigações decorrem, muitas vezes, enquanto a situação de violência persiste, comprometendo tanto a quantidade como a qualidade das provas recolhidas.

Estas dificuldades ao nível da investigação não servem, porém, como desculpa para uma má investigação e assim os desafios do Procurador tornam-se também nos desafios dos juízes, quando casos insuficientemente investigados são submetidos ao juízo de instrução. Na decisão de confirmação do caso Mbarushimana, o juízo criticou os investigadores do Gabinete do Procurador

⁷⁵ Cf. Pre-Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo, Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute*, 3 de junho de 2013, ICC-02/11-01/11-432.

⁷⁶ Cf. n.º 5 do artigo 61.º do Estatuto; v. também Appeals Chamber, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I*, intitulado «*First Decision on the Prosecution Requests and Amended Requests for Redactions under Rule 81*», 14 de dezembro de 2006, ICC-01/04-01/06-774 (OA 6) (*Lubanga OA 6 Judgment*), §§ 43-48.

por terem conduzido os interrogatórios de tal forma agressiva que poderiam ter distorcido o sentido das respostas das testemunhas⁷⁷. Considerando que a alínea *a*) do n.º 1 do artigo 54.º do Estatuto impõe ao Procurador o dever de investigar tanto circunstâncias incriminatórias como exculpantes, a preocupação manifestada pelo juízo em relação à conduta dos investigadores assenta no facto de esta não ser de todo conforme com o espírito desta norma⁷⁸.

As dificuldades ao nível da investigação manifestaram-se também no primeiro caso levado ao Tribunal, tendo-se colocado problemas significativos na obtenção de uma decisão. No caso *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, o Procurador recorreu a intermediários para o ajudarem a contactar testemunhas relevantes para as suas investigações na província Ituri na RDC⁷⁹. O juízo considerou que tais intermediários agiram sem supervisão adequada e que muitas das testemunhas apresentadas ao Procurador haviam prestado declarações, pelo menos, em parte, imprecisas e falsas sobre o que lhes havia acontecido⁸⁰. O juízo sustentou que o Procurador agira de forma negligente no uso dos intermediários, tendo rejeitado o depoimento de várias testemunhas, e censurou-o pelas despesas em que fez o Tribunal incorrer com a resolução dos problemas que haviam sido causados pelos intermediários⁸¹. Os casos Mbarushimana e Lubanga demonstram quão difícil, mas relevante, é a condução de uma investigação de forma adequada no contexto de processos penais internacionais.

4. Duração dos processos

Uma crítica de que o Tribunal é recorrentemente alvo (e com justificação) relaciona-se com a duração dos processos. Os processos são complexos, com um sem número de questões que têm de ser resolvidas nos bastidores de um caso, mas a agilização dos processos constitui um denominador comum das preocupações de todos os envolvidos. De facto, «conseguir que os processos penais internacionais decorram num período aceitável é indiscutivelmente um dos maiores desafios da justiça penal internacional — não só do ponto de vista do direito a um julgamento célere, mas da sua perceção junto do público e da defesa dos interesses das testemunhas e das comunidades afetadas»⁸².

O objetivo da celeridade processual tem, no entanto, de ser também visto na perspetiva do arguido e dos seus direitos, já que só fará sentido reduzir a

⁷⁷ Cf. *Mbarushimana Confirmation Decision* (n. 25), § 51.

⁷⁸ Cf. *Mbarushimana Confirmation Decision* (n. 25), § 51.

⁷⁹ Cf. *Lubanga Trial Judgment* (n. 62), § 181.

⁸⁰ *Lubanga Trial Judgment* (n. 62), § 482.

⁸¹ *Lubanga Trial Judgment* (n. 62), § 482.

⁸² Cf. Nerlich, V., «The Confirmation of Charges» (n. 16), p. 1340.

duração do processo se a equidade processual não for posta em causa. O juízo de julgamento no caso Lubanga decidiu, por exemplo, suspender por duas vezes o processo por ter considerado injustos os moldes em que decorria⁸³. Estas suspensões deram origem a atrasos, mas também tiveram um impacto positivo, já que permitiram garantir que o julgamento seguisse o bom caminho e que a equidade ficasse salvaguardada. É de esperar que as lições retiradas do caso Lubanga permitam evitar que os mesmos problemas se repitam em futuros julgamentos e que os processos se venham a tornar, assim, mais céleres.

5. Preservar os direitos da defesa

Uma das questões fulcrais dos julgamentos internacionais é garantir aos arguidos um processo equitativo. Muitas questões se levantaram no Tribunal que potencialmente afetavam os direitos do arguido, relacionadas designadamente com: (i) a divulgação de informação⁸⁴; (ii) a tradução de idiomas⁸⁵; (iii) a redação de informação sensível visando a proteção de testemunhas⁸⁶; (iv) a disponibilização de recursos adequados⁸⁷ e (v) a alteração da qualificação jurídica dos factos constantes da acusação⁸⁸.

⁸³ Cf. Trial Chamber I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Redacted Decision on the Prosecution's Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU*, 8 de julho de 2010, ICC-01/04-01/06-2517-Red; Trial Chamber I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008*, ICC-01/04-01/06-1401.

⁸⁴ Cf. Appeals Chamber, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I*, intitulado «*Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81 (2) and (4) of the Rules of Procedure and Evidence*», 13 de outubro de 2006, ICC-01/04-01/06-568 (OA 3).

⁸⁵ Cf. Appeals Chamber, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment on the appeal of Mr. Germain Katanga against the decision of Pre-Trial Chamber I*, intitulado «*Decision on the Defence Request Concerning Languages*», 27 de maio de 2008, ICC-01/04-01/07-522 (OA 3).

⁸⁶ Cf. Lubanga OA 6 Judgment (n. 76).

⁸⁷ Cf. Trial Chamber I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision reviewing the Registry's decision on legal assistance for Mr. Thomas Lubanga Dyilo pursuant to Regulation 135 of the Regulations of the Registry*, 30 de agosto de 2011, ICC-01/04-01/06-2800.

⁸⁸ Cf. Appeals Chamber, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeals of Mr. Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009*, intitulado «*Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court*», 8 de dezembro de 2009, ICC-01/04-01/06-2205 (OA 15 OA 16).

Há, com frequência, falta de uniformidade nas decisões quanto ao rumo certo a seguir com vista a garantir equidade processual. Assim, por exemplo, no julgamento do caso Lubanga, as opiniões separadas de ambos os juízes incidiram sobre aspetos relativos aos direitos do arguido. Um dos juízes fez uma interpretação mais restritiva dos termos da responsabilidade do que aquela que ele pessoalmente considerava adequada para não prejudicar Lubanga⁸⁹. Outro juiz discordou da decisão maioritária de não considerar atos de violência sexual aqueles que fossem para além dos factos e circunstâncias do crime imputado⁹⁰. A decisão da maioria havia sido motivada pela necessidade de salvaguardar o direito do arguido a um processo equitativo. Este tipo de divergências é inevitável, já que questões difíceis relativas aos direitos dos arguidos continuam a surgir constantemente perante o Tribunal.

6. O papel das vítimas

As vítimas têm hoje uma posição mais forte junto do TPI do que a que tinham no passado junto de outros tribunais internacionais. A vítima pode apresentar provas, interrogar testemunhas, impugnar a admissibilidade de provas apresentadas pelas partes, e fazer intervir os seus representantes legais, em algumas fases processuais, sempre que os seus interesses pessoais estejam em causa⁹¹.

Ao permitir-se a efetiva participação das vítimas no processo, o julgamento responde, por um lado, de forma mais direcionada às suas necessidades, mas torna-se, por outro, também mais complicado. Os contornos da participação das vítimas no processo têm sido até hoje objeto de larga discussão, abrangendo questões como a participação ou não de vítimas que apenas sofreram danos indiretos⁹², as obrigações de divulgação de informação que podem ser impostas às vítimas⁹³ e as provas de que o juízo necessita para que se lhes atribua o estatuto de vítima⁹⁴. Mas seguramente que outras surgirão envolvendo a vítima e a sua participação no processo.

⁸⁹ *Lubanga Trial Judgment* (n. 62), *Separate Opinion of J. Adrian Fulford*, § 2.

⁹⁰ Cf. *Lubanga Trial Judgment* (n. 62), § 630; «*Lubanga Trial Judgment*» (n. 62), *Separate Opinion of J. O. Benito*, §§ 15-21.

⁹¹ Cf. n.º 3 do artigo 68.º do Estatuto; *Appeals Chamber, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008*, 11 de julho de 2008, ICC-01/04-01/06-1432 (OA 9 OA 10) (*Lubanga OA 9 OA 10 Judgment*).

⁹² Cf. *Lubanga OA 9 OA 10 Judgment* (n. 91), § 38.

⁹³ Cf. *Appeals Chamber, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment on the Appeal of Mr. Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 22 January 2010*, intitulado «*Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial*», 16 de julho de 2010, ICC-01/04-01/07-2288 (OA 11).

⁹⁴ Cf. *Appeals Chamber, Prosecutor v. Joseph Kony, et al., Judgment on the appeals of the Defence against the decisions entitled «Decision on victims' applications for*

7. Compensações pecuniárias

Um dos aspetos relacionados com o papel das vítimas no Tribunal, e que em breve será assinalado pela primeira vez, é o relativo a compensações. O TPI é o primeiro tribunal internacional a permitir a fixação de compensações pecuniárias a favor das vítimas no contexto de processos penais internacionais. O Tribunal pode determinar que a compensação seja paga diretamente pela pessoa condenada, ou através de um fundo especial (*Trust Fund*) criado ao abrigo do Estatuto⁹⁵.

As compensações revestem-se, por um lado, de uma enorme importância na medida em que proporcionam às vítimas um resultado tangível da sua participação no processo. Por outro lado, o número de vítimas envolvidas nos processos do Tribunal é de tal maneira elevado que se revela praticamente impossível dar, a cada caso, a atenção necessária para determinar o valor adequado para compensar cada participante. O juízo de recursos está atualmente a examinar esta questão, no contexto do caso Lubanga, pelo que se espera ter, dentro de breve, uma noção mais clara (possivelmente) do seu enquadramento.

8. Proteção de testemunhas

É absolutamente crucial que uma pessoa que testemunhe no Tribunal não corra nenhum risco em consequência da sua colaboração. A adoção de medidas de proteção adequada que reduzam o risco de ameaça ou ato intimidatório contra a testemunha afigura-se, conseqüentemente, como uma preocupação central. O juízo autoriza frequentemente omissões das identidades em trechos de provas, de forma a proteger a identidade de uma pessoa mais vulnerável. Tais medidas podem ser estendidas a vítimas ou outras pessoas em risco em virtude da ação do Tribunal⁹⁶.

As medidas de proteção são essenciais para o funcionamento do Tribunal, mas devem ser contrabalançadas com o direito do arguido compreender todos os factos que lhe são imputados. Vários juízos do TPI têm-se reservado o direito de atenuar o valor atribuído a certos elementos de prova, uma vez que algumas medidas de proteção tornaram impossível à defesa qualquer tentativa de

participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06, a/0082/06, a/0084/06 to a/0089/06, a/0091/06 to a/0097/06, a/0099/06, a/0100/06, a/0102/06 to a/0104/06, a/0111/06, a/0113/06 to a/0117/06, a/0120/06, a/0121/06 and a/0123/06 to a/0127/06» of Pre-Trial Chamber II, 23 de fevereiro de 2009, ICC-02/04-179 (OA).

⁹⁵ Cf. n.º 2 do artigo 75.º do Estatuto.

⁹⁶ Cf. Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I, intitulado «First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements», 13 de maio de 2008, ICC-01/04-01/07-475, § 56.*

contestação da sua fiabilidade⁹⁷. Este tipo de questões também se levanta nos sistemas nacionais, pese embora o número necessário de medidas de proteção e o que está em causa neste tipo de litígios ganhem particular importância quando em contexto de processos internacionais.

Conclusão

Decorreram mais de 10 anos desde que os primeiros 18 juízes tomaram posse no TPI, na sessão inaugural do Tribunal, em 11 de março de 2003. Ao longo deste tempo, e apesar de apenas ter proferido duas decisões em sede de audiência de julgamento, o Tribunal tem criado uma jurisprudência promissora. Muito se aprendeu — e muito mais há ainda para aprender — com as várias questões processuais que se vão suscitando ao longo das várias fases do processo judicial. A análise destas questões, em curso no Tribunal, contribuirá para agilizar os processos bem como para enfrentar os restantes desafios que aqui foram sendo referidos, permitindo assim alcançar um sistema de justiça penal internacional que seja simultaneamente eficiente e justo.

⁹⁷ Cf. *Mbarushimana Confirmation Decision* (n. 25), § 49; *Pre-Trial Chamber II, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, 15 de junho de 2009, ICC-01/05-01/08-424, § 49.



ENCERRAMENTO E CONCLUSÕES



ENCERRAMENTO E CONCLUSÕES

Conclusões

PAULO DE SOUSA MENDES*,
RUI SOARES PEREIRA[†]
E VÂNIA COSTA RAMOS[‡]

Da presente obra, e da própria Conferência Internacional sobre «Direito Penal Internacional, TPI e a perspetiva da África de Língua Oficial Portuguesa», que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa nos dias 31 de outubro e 1 de novembro de 2013, da qual este livro resultou, podem ser retiradas diversas conclusões:

1. Desde logo, a importância de abraçar a conceção de um Direito cosmopolita (no sentido kantiano) contrasta com a realidade atual de um Direito Internacional humanista, mas não cosmopolita: têm sido dados passos tímidos no sentido de um Direito cosmopolita, mas que não permitem inverter aquela que é a realidade atual.

2. Por outro lado, os propósitos do TPI são universalmente aceites como positivos e comuns à comunidade internacional. Um aspeto expressivo de tal conclusão é a subscrição do Estatuto de Roma por grande parte dos países, incluindo todos os países de expressão portuguesa.

3. Todavia, o projeto do TPI enfrenta dificuldades, tais como:

- a) A definição do conceito de justiça (com influência no reconhecimento do valor de formas de justiça de transição);
- b) A seleção dos casos a sujeitar à jurisdição do TPI;
- c) A falta de universalidade do TPI (nem todos os Estados são parte do Estatuto de Roma) e a circunstância de intervir um órgão político (o Conselho de Segurança) do qual fazem parte Estados que não

* Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro da direção do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais e 2.º vice-diretor do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

† Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador não integrado do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais e investigador do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

‡ Advogada. Investigadora não integrada do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais e investigadora do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

ratificaram o Estatuto de Roma, o que tem consequências sobre a identificação das situações e dos casos submetidos, ou não, à apreciação do TPI;

d) A circunstância de o TPI ter 11 anos de experiência e ser ainda uma instituição em formação que, por seu turno, leva a que:

i) Se aguarde a evolução da opinião pública sobre a atuação e a legitimidade do TPI e a consolidação de uma visão acerca do TPI que permita afirmá-lo como uma jurisdição internacional com vocação universal;

ii) Falte a concretização jurisdicional do princípio da complementaridade (subsidiariedade, *ultima ratio*, respeito pela soberania) e impõe-se a criação de incentivos e apoios à prossecução penal efetiva dos crimes para os quais o TPI é competente a nível nacional (casos que estão sob investigação preliminar: p. e., Colômbia e Afeganistão);

iii) Persistam atualmente dúvidas sobre a autossuficiência do Estatuto de Roma, que é de difícil compatibilização com as normas constitucionais e torna necessária a criação de leis internas de transposição do Direito substantivo (crimes e penas) e das normas de cooperação internacional;

e) Na Conferência discutiu-se, e é uma discussão que ainda hoje persiste, a relação entre o Estatuto de Roma e outros instrumentos de Direito Internacional, bi ou multilaterais (acordos de não entrega e imunidades de direito internacional), a respetiva compatibilidade e as suas consequências jurídicas.

4. De todo o modo, e apesar de existirem dificuldades e diversos aspetos a melhorar no que respeita ao projeto do TPI, constata-se um reconhecimento geral da imparcialidade e independência no processamento e julgamento dos casos por parte do TPI (situações em que o cidadão de um Estado aceita a jurisdição do TPI pelas garantias de julgamento justo).

5. Mas subsistem nos dias de hoje desafios concretos que importa enfrentar, nomeadamente:

i) O aperfeiçoamento das estratégias de investigação utilizadas pelo TPI, com diversificação dos meios de prova e corroboração, sem prejuízo das garantias de defesa;

ii) A atribuição de maior celeridade aos processos em apreciação pelo TPI;

iii) O repensar da situação processual do arguido (presumido inocente) na pendência do processo e da proteção do arguido absolvido no âmbito da jurisdição do TPI;

- iv)* A melhoria da situação das testemunhas;
- v)* A mudança de perceção da justiça penal internacional no sentido de que se trata de responsabilização de indivíduos por condutas contra outros indivíduos e não de responsabilização política ou sobre Estados;
- vi)* A remoção dos constrangimentos políticos à jurisdição do TPI;
- vii)* A integração de diferentes perspetivas e culturas no exercício da jurisdição do TPI (traduções, barreiras linguísticas e culturais);
- viii)* O investimento nas ciências auxiliares do Direito Penal Internacional e o reconhecimento do seu papel no desenvolvimento da dogmática penal internacional;
- ix)* A compatibilização entre o exercício da justiça internacional pelos tribunais internos/nacionais e pelo TPI (p. e., caso Gbagbo da Costa do Marfim).

Para além destes desafios concretos, existe um outro desafio de natureza mais global e que pode ser desde já enfrentado: a criação de plataformas e fóruns de discussão construtiva, como aquele do qual resultou a presente obra, que contem com a participação de todos os Estados (independentemente de terem ou não ratificado o Estatuto de Roma) e que assumam o objetivo comum de tornar realidade a concretização de uma justiça penal internacional não só de vocação, mas que seja efetivamente universal.



NOTAS ALTERAÇÕES



Design

Henrique Cayatte Design com Susana Cruz

Fontes tipográficas

Trajan | Carol Twombly | 1989 © Adobe Systems Incorporated

Rongel | Mário Feliciano | 2001 © Feliciano Type Foundry

Neutraface | Richard Neutra/Christian Schwartz | 2007 © House Industries

Coordenação da obra

Kai Ambos, Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes

Revisão e paginação de texto

Imprensa Nacional-Casa da Moeda

Impressão e acabamento

Imprensa Nacional-Casa da Moeda