

TRIBUNAIS PENAIS INTERNACIONAIS:
“ETAPAS DE UM CAMINHO”
OU “ASTROS EM CONSTELAÇÃO”?
(Uma visão político-jurídica do Estatuto de Roma)*

PEDRO CAEIRO

SUMÁRIO: 1. Introdução: os Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, os Tribunais Penais Internacionais para a Antiga Jugoslávia e para o Ruanda e o Tribunal Penal Internacional (Permanente) – 2. Processo de instituição e de legitimação dos tribunais e pressupostos de jurisdição: análise comparativa: 2.1 Processo de instituição e de legitimação dos tribunais; 2.2 Pressupostos de jurisdição – 3. Conclusões.

Resumo: O presente texto procede a uma análise dos Tribunais Penais Internacionais no plano da sua legitimação e dos pressupostos das respectivas jurisdições, colocando-os no específico contexto histórico que lhes deu origem. Sem esquecer as imperfeições de que padecem, resultantes da cláusula do “politicamente possível”, o autor conclui que cada Tribunal Internacional Penal procura dar resposta às exigências específicas da sua época histórica, constituindo a menos má das alternativas para alcançar o objectivo principal de uma jurisdição penal internacional: o controle jurídico da força na reacção aos crimes mais graves contra o direito internacional.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional – Tribunal de Nuremberga – Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* – Jurisdição internacional penal.

1. Introdução: os Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, os Tribunais Penais Internacionais para a Antiga Jugoslávia e para o Ruanda e o Tribunal Penal Internacional (Permanente)

Em 1998, Benjamin Ferencz proferiu uma palestra que tinha por título “From Nuremberg to Rome”.¹

(*) A Alberto Silva Franco: ao Jurista insigne e ao Fazedor de Amigos.

(1) O texto encontra-se disponível em <<http://www.benferencz.org/bonnlec2.htm>>. B. Ferencz foi o Procurador americano no processo Einsatzgruppen em Nuremberga e é, desde então, um dos mais notórios defensores da criação de um Tribunal Penal Internacional.

Esse título representa paradigmaticamente uma tendência de pensamento muito em voga, segundo a qual os Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, os Tribunais Penais Internacionais para a Antiga Jugoslávia (TPIAJ) e para o Ruanda (TPIR) e o Tribunal Permanente criado em Roma (TPI) seriam *etapas de um caminho*, versões sucessivamente mais perfeitas de um modelo abstracto de jurisdição internacional em matéria penal que teriam culminado com o Estatuto de Roma.

Mas a ideia de “caminho”, ou “jornada”, tem duas consequências que me parecem indesejáveis:

a) Por um lado, leva implícita a tese de que as críticas ao Estatuto de Roma desprezam os sucessos obtidos nas “etapas” precedentes e os esforços que em seguida se fizeram para conseguir o estabelecimento de uma jurisdição penal internacional permanente.

b) Por outro lado, a ideia de que o caminho atingiu a sua “meta” induz um quase-dever de adesão ao Estatuto, porque o modelo proposto seria juridicamente correcto, ou, ao menos, muito aceitável quando comparado com as experiências anteriores.

Nas considerações seguintes, procurarei rebater aquelas duas perspectivas. Do meu ponto de vista, o TPI não deve valer pela herança que supostamente recebe e a conveniência da sua instituição não deve decidir-se apenas em virtude da sua maior ou menor perfeição jurídica.

Para ilustrar estas proposições, prefiro ver nos vários tribunais internacionais que se sucederam, em vez de “etapas de um caminho”, “astros em constelação”. É através dessa representação que tentarei defender duas teses, intimamente ligadas:

a) Tal como os astros, os Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, o TPIAJ e o TPIR e o TPI são *corpos autónomos*, muito diferentes na génese, na estrutura e nos objectivos. As linhas que os unem não integram uma progressão subliminarmente inscrita na perfectibilidade da civilização; bem diversamente, são tão arbitrárias como as linhas com que fabricamos as constelações.

Claro que é legítimo recorrer a *comparações* para avaliar a bondade do Estatuto de Roma – e eu fá-lo-ei aqui. Mas o TPI há-de valer, ou não, por si próprio, e não como putativo herdeiro de instituições que, em dados momentos históricos, realizaram, melhor ou pior, as aspirações da comunidade internacional.

b) Tal como os astros, os tribunais internacionais não têm luz própria. Necessitam, para brilhar, da luz das estrelas.

E as estrelas, na comunidade internacional, são ainda – e é bom que assim seja – os Estados, sejam quais forem as variações modernas do conceito de soberania.²

(2) Sobre a crise actual do conceito de soberania, concluindo pela subsistência da sua operatividade, vd. Michael R. Fowler e Julie M. Bunck, *Law, power and the sovereign state. The evaluation and application of the concept of sovereignty*, 1996.

Os Estados, portanto, que cobram impostos e possuem exércitos, é que são a voz legítima dos povos na cena internacional.

Tentarei mostrar que a irrecusável dependência política dos tribunais internacionais em relação aos Estados não é necessariamente negativa, nem mancha definitivamente o manto púrpura da Justiça. Isso desde que não se tente resolver a quadratura do círculo, espalhando a jurisdição internacional penal no mesmo exacto esquema de princípios e dogmas que regem o direito penal interno. A consciência de que se trata de um fenómeno muito diverso da administração da justiça estadual leva a que o problema se ponha apenas em saber se o politicamente possível é ainda juridicamente admissível.

Para defender estas duas teses, centrar-me-ei nos aspectos que são as pedras angulares de todos os tribunais internacionais: o processo da sua instituição e legitimação e os pressupostos do exercício das suas jurisdições.

Na conclusão, afirmarei que o Estatuto de Roma tem deficiências sérias, dificilmente aceitáveis à luz de uma racionalidade puramente jurídica: todas elas são fruto de arranjos políticos. Mas direi também que é precisamente essa inarredável dimensão política do problema que aconselha à criação de um Tribunal Permanente como *último instrumento de controle do exercício do poder e da força na reacção aos crimes mais graves contra o direito internacional*.³

2. Processo de instituição e de legitimação dos tribunais e pressupostos de jurisdição: análise comparativa

2.1 Processo de instituição e de legitimação dos tribunais

O processo de instituição e a base de legitimação do Estatuto de Roma têm um mérito infinitamente superior aos que deram origem aos Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, ao TPIAJ e ao TPIR.

Pela primeira vez na história, a instituição e o funcionamento efectivo de um tribunal internacional não são fruto da supremacia militar das entidades instituintes.

Na verdade, o exílio de Napoleão em Santa Helena, o refúgio de Guilherme II na Holanda e as penas simbólicas decretadas pelo Tribunal de Leipzig no fim da I Guerra, bem como a farsa do Tribunal de Constantinopla, destinado a julgar os Jovens Turcos responsáveis pelo genocídio do povo arménio, só foram possíveis porque os Estados que quiseram, em cada um desses momentos, a via da justiça penal, não dispunham do poderio militar necessário para executar a tarefa.

Da mesma maneira, na outra face da moeda, os Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, o TPIAJ e o TPIR só foram possíveis, respectivamente, graças à su-

(3) Nesta parte, seguirei de muito perto o raciocínio desenvolvido por Gary J. Bass, *Stay the hand of vengeance*, 2000.

premacia militar das potências aliadas e das forças patrocinadas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas.⁴

A força política do Tribunal de Nuremberga foi também a sua fraqueza jurídica. A escassa legitimidade de que se revestia (criado pelas Nações Aliadas e composto por juízes exclusivamente providos das quatro potências) foi implicitamente reconhecida pelo Procurador americano Justice Robert Jackson ao afirmar: “embora esta lei seja primeiramente aplicada aos agressores alemães, a lei inclui – e, se quiser servir um propósito útil, tem de condenar – a agressão praticada por qualquer outra nação, incluindo as que agora presidem a este julgamento”. Quer dizer: Jackson admitia que sobre a legitimação do tribunal, enquanto *acto revolucionário*, impendia a hipoteca da instauração efectiva, no futuro, de uma jurisdição internacional penal, de vocação universal.

Essa legitimação, infelizmente, não teve lugar: pense-se nos crimes cometidos por elementos das mesmas potências aliadas, depois de 1945, na Argélia, na Hungria, no Viet-Nam, no Camboja, no Afeganistão, no interior da própria União Soviética e no Panamá. A que se somam os crimes cometidos por cidadãos de outros Estados contra tibetanos, palestinianos, curdos e timorenses.

E a história repete-se sempre.

É, no mínimo, vexatório que, meio século depois de Nuremberga, o primeiro Procurador do TPIAJ, Richard Goldstone, ao ser questionado pelo Ministro da Justiça sérvio sobre a razão da não instituição de tribunais internacionais para o Camboja e para o Iraque, tenha respondido que “a comunidade internacional tem de começar por algum lado; mas se não vier a existir um seguimento, e se, no futuro, outras situações equivalentes não vierem a ser tratadas analogamente, então o povo da Jugoslávia poderá alegar justificadamente uma discriminação”.⁵

Daqui tirarei a primeira conclusão.

Basta de agenciar como fundamento das condenações presentes, possíveis graças a certa *entente* política concreta, a *esperança* de que, no futuro, eventuais situações análogas venham a ser tratadas da mesma forma. Uma legitimação assente na cláusula *rebus sic stantibus* é um dos esquemas politicamente possíveis que considero juridicamente inadmissível.

Por outro lado, a instituição de um Tribunal *Permanente* através de uma resolução do Conselho de Segurança não só não era desejável, por fornecer uma base de legitimação muito diminuta, como era também juridicamente inadmissível.

Com efeito, a criação do TPIAJ e do TPIR não teve – não podia ter – como fim principal a administração da justiça internacional penal. Ela foi apenas um meio adequado para que o Conselho de Segurança pudesse cumprir a sua função de fazer cessar os conflitos e restabelecer a paz (e, no caso do Ruanda, propiciar

⁽⁴⁾ Desenvolvidamente, Gary J. Bass, cit., p. 3 *et seq.* e *passim*.

⁽⁵⁾ Richard J. Goldstone, *For humanity. Reflections of a war crimes investigator*, 2000, p. 122 *et seq.*

a “reconciliação nacional”) em *situações concretas*.⁶ Por isso, os Estados presentes na Conferência de Roma tiveram razão ao recusar a instituição do Tribunal Permanente através de uma resolução do Conselho de Segurança, porque as competências desse órgão, de facto, não o permitiriam.

Note-se que o interesse da análise da legitimidade do Conselho de Segurança para criar Tribunais Penais Internacionais não se encontra ultrapassado. Nada impede que o fenómeno se repita até à entrada em vigor do Estatuto de Roma, ou mesmo depois dessa data, se o Conselho de Segurança entender que o Tribunal Permanente não é suficiente, por qualquer motivo, para assegurar a paz em certo caso concreto e preferir, portanto, a criação de um tribunal *ad hoc* em vez de utilizar o mecanismo de impulso que o Estatuto de Roma prevê no seu art. 13.º, alínea b).⁷

Concluindo este ponto: no plano do direito internacional, a legitimação do Tribunal Permanente não sofre contestação, sendo certo todavia que a forma convencional tem por consequência o facto de o Estatuto entrar em vigor apenas para os Estados Partes (excepto no caso de a sua jurisdição ser accionada pelo Conselho de Segurança em situações de ameaça para a paz, violação da paz ou acto de agressão).

Daqui decorre, é claro, uma fraqueza política do tribunal ; mas ela é, seguramente, uma das suas maiores forças jurídicas.

2.2 Pressupostos de jurisdição⁸

No plano dos pressupostos da jurisdição dos tribunais, julgo poder comprovar as duas teses que propus: diversidade estrutural dos fenómenos e profunda determinação política das regras que lhes presidem.

(6) Sobre o problema da legitimidade do Conselho de Segurança para criar tribunais *ad hoc* (em concreto: o TPIAJ), cf., com muito interesse, o acórdão do Tribunal de Segunda Instância (*Appeals Chamber*) do TPIAJ, de 02.10.1995 (processo Tadic), bem como a Declaração de voto do Juiz Sidhwa apenas ao mesmo acórdão (ambos os textos se encontram disponíveis em <<http://www.icty.org>>).

(7) Embora se conceda que, após a entrada em vigor do Estatuto, a situação normal seja que o Conselho de Segurança, ao tomar conhecimento da prática de crimes que caíam sob a jurisdição do Tribunal numa situação de ameaça para a paz, violação da paz ou acto de agressão, utilize o mecanismo de impulso da actividade do Tribunal que o Estatuto lhe confere no art. 13.º, alínea b). Sobre uma eventual “dupla jurisdição internacional” concorrente, cf. Otto Triffterer, In: Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 1999, p. 63 et seq.

(8) Como no presente estudo analiso os tribunais internacionais essencialmente através da sua dimensão *orgânica*, mais do que através da dimensão normativa do complexo de regras que lhes cabe aplicar, utilizo na secção seguinte, por simplificação, o conceito de jurisdição num sentido impróprio e muito amplo, que abrange a jurisdição pro-

A jurisdição do Tribunal de Nuremberga definia-se através de três elementos:

a) Um *elemento real-objectivo*: só caíam sob a jurisdição do tribunal os factos descritos no art. 6.º da Carta (agressão, genocídio etc.); este era o elemento que dava sentido à existência de uma jurisdição internacional, por se tratar de crimes contra o direito internacional.

b) Um *elemento pessoal-subjectivo*: a jurisdição do tribunal restringia-se aos factos praticados no interesse de um País do Eixo Europeu; este elemento permitia excluir liminarmente a análise da responsabilidade das forças aliadas, por factos eventualmente análogos aos que se encontravam em julgamento, nas chacinas de Hiroshima e Nagasaki, na razia de Dresden, no massacre da floresta de Katyn etc.

c) E, enfim, um elemento implícito de *reserva de jurisdição* sobre os "major war criminals" (jurisdição especial), que permitia evitar que uma das potências pudesse julgar sozinha os principais responsáveis do Eixo e colher os inerentes louros perante a comunidade internacional.

O Tribunal de Tóquio apresentava também um exemplo claro de determinação política das regras de jurisdição. O Japão aceitou render-se na condição de o tribunal não vir a ter jurisdição sobre o Imperador Hirohito. Condição que foi aceita pelos aliados, que não estavam dispostos a prolongar o esforço de guerra com o único objectivo de julgar Hirohito.

Por sua vez, a jurisdição do TPIAJ, adaptada aos objectivos que presidiram à sua instituição, assenta nos seguintes pressupostos cumulativos:

a) Um *elemento real-objectivo*: o tribunal só tem jurisdição sobre os crimes incluídos no catálogo dos arts. 2.º e seguintes do Estatuto.

b) Um *elemento temporal*: só caem sob a jurisdição do tribunal os factos praticados a partir de 01.01.1991.

c) Um *elemento territorial*: o tribunal só tem jurisdição sobre os factos cometidos no território da antiga Jugoslávia.

d) A quarta nota importante da jurisdição do TPIAJ é o *princípio da primazia*. Dada a desconfiança política em relação à justiça administrada pelos tribunais estaduais naquele território, o princípio da primazia confere ao TPIAJ o direito de avocar um caso que esteja a ser por eles processado e, além disso, manda que se mantenha a jurisdição do tribunal internacional se os tribunais estaduais tiverem qualificado o crime como comum ou se houver suspeita de fraude judiciária.

A jurisdição do TPIR assenta em pressupostos semelhantes aos do TPIAJ: um *elemento real objectivo* (crimes elencados no Estatuto); um *elemento temporal* (factos praticados entre 01.01.1994 e 31 de dezembro do mesmo ano); um *elemento territorial* (factos praticados em território ruandês, independentemente da nacionalidade do agente); e, ainda, o *princípio da primazia*.

pramente dita, enquanto atributo do Tribunal (o direito de dizer o direito), e as regras de competência do sistema normativo do Estatuto, que cabe ao Tribunal aplicar.

Existe, porém, uma especificidade que, no contexto destas considerações, deve ser realçada: caem também sob a jurisdição do TPIR os factos praticados nos territórios dos países limítrofes, durante aquele período de tempo, *por cidadãos ruandeses*. Essa extensão da competência territorial procura punir os crimes cometidos fora do Ruanda durante a perseguição de que foram vítimas os cidadãos tutsi (e os chamados "hutus moderados") em fuga.

Ora, de um ponto de vista puramente jurídico-penal, nenhuma razão havia para excluir da jurisdição do tribunal os cidadãos nacionais desses países vizinhos que colaboraram com os hutus ruandeses nas perseguições e massacres perpetrados fora do Ruanda. Trata-se de uma opção política, destinada a captar a aceitação do tribunal pelos países implicados, os quais, ao invés do Ruanda, mantiveram a estabilidade da sua estrutura político-institucional durante e após o conflito.

A definição da jurisdição do TPI foi "um dos temas mais controversos, se não o mais controverso"⁹ da Conferência de Roma, por aqui se notando logo a sensibilidade política do assunto.

Evidentemente, o problema não podia desligar-se das outras pedras angulares do Estatuto: a forma de instituição e modo de funcionamento do Tribunal; a(s) forma(s) de activação concreta da jurisdição do Tribunal (*trigger mechanisms*); e o modelo de relacionamento entre o Tribunal e as jurisdições estaduais.

As múltiplas combinações possíveis deram origem a outras tantas propostas. Depois de fatigantes negociações, a definição da jurisdição do Tribunal resultou numa complexa teia de conexões:

a) O Tribunal tem jurisdição universal imediata sobre as infracções contidas no art. 5.º do Estatuto quando a prática das mesmas lhe for comunicada pelo Conselho de Segurança ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, sc., quando o Conselho de Segurança tiver determinado que existe uma ameaça para a paz, uma violação da paz ou um acto de agressão concretos. Nesses casos, a jurisdição do Tribunal não se encontra dependente do facto de o Estado em cujo território os crimes ocorreram, ou o Estado da nacionalidade do agente, serem partes no Estatuto.

b) Todavia, se o impulso processual provier de um Estado Parte ou se o processo for iniciado officiosamente pelo Procurador, o Tribunal só terá jurisdição sobre os factos se eles tiverem sido cometidos no território de um Estado Parte, ou se o agente for nacional de um Estado Parte.

Pode afirmar-se, por isso, que a jurisdição do Tribunal tem dois perfis: o primeiro assenta na *regra da aplicação universal* (jurisdição imediata sobre certas espécies de crimes); o segundo combina a *natureza pactícia* do Estatuto (e a consequente necessidade da sua aceitação por parte dos Estados) com os elementos da *territorialidade* e da *nacionalidade activa*.

⁹ Sharon Williams, In: Otto Triffterer (ed.), cit., p. 329.

Ambos os perfis da jurisdição do Tribunal têm o mesmo *âmbito real* (composto exclusivamente pelos chamados *core crimes*¹⁰) e o mesmo *âmbito temporal* (o Tribunal só tem jurisdição sobre os factos posteriores à entrada em vigor do Estatuto).

Ao invés do que sucede com o TPIAJ e o TPIR, a jurisdição do TPI subordina-se ao *princípio da subsidiariedade*, sc., o Tribunal só tem jurisdição se os tribunais estaduais não puderem ou não quiserem conhecer dos casos.

Estas soluções parecem-me globalmente satisfatórias. Em especial, a cláusula da subsidiariedade lembra aos Estados que são eles, como estrelas da comunidade internacional, os primeiros responsáveis pela punição dos crimes contra o direito internacional.

Em suma: o desenho dos pressupostos da jurisdição internacional do TPI parece aceitável, pecando apenas pela restrição excessiva das conexões relevantes ao não incluir o Estado da custódia do arguido nem o da nacionalidade das vítimas.¹¹

3. Conclusões

Não há, portanto, caminho algum.

Ou, se o há, passou ao lado de tantos crimes inomináveis que se tornou demasiado sinuoso para servir o Direito.

O que há certamente, por força do actual contexto político, é a oportunidade de formação de um novo astro, diverso dos restantes.

Pelo que fui dizendo ao longo desta exposição, julgo que o Tribunal Permanente criado em Roma possui uma legitimidade incontestável e não carece da invocação de “heranças”.

Porém, com isso não se apagam algumas deficiências graves do Estatuto:

a) Os pressupostos de jurisdição são lamentavelmente restritos, nomeadamente por não incluírem o Estado que tem a custódia do arguido, nem o Estado da nacionalidade das vítimas.

(10) À excepção do crime de agressão, relativamente ao qual não foi possível atingir um consenso político suficiente.

(11) A restrição suplementar que os Estados Unidos da América pretenderam ver consagrada – a necessidade de uma autorização do Estado da nacionalidade do agente para o exercício da jurisdição no caso concreto – é absolutamente insustentável, é incongruente com o empenho posto por aquele País na instalação dos Tribunais de Nuremberga e Tóquio, do TPIAJ e do TPIR, e faria certamente ruborescer o Procurador R. Jackson. Aliás, espera-se que os EUA, como nação liberal, revejam rapidamente a sua posição oficial sobre o Estatuto, de forma a que a corrente legalista leve de vencida a corrente realista; tal como sucedeu em 1945, quando o Secretário da Guerra Stimson conseguiu impor a via judicial ao Secretário do Tesouro Morgenthau Jr., que advogava, conjuntamente com Churchill (nos primeiros tempos) e com Estaline, a execução sumária de uns milhares de oficiais alemães.

b) A inclusão da pena de prisão perpétua, negociada como moeda de troca para a exclusão da pena de morte, representa para alguns Estados (onde se contam o Brasil e Portugal) um retrocesso civilizacional.¹²

c) A justiça praticada será certamente muito selectiva, possibilitando largas manchas de impunidade e, assim, uma aplicação muito desigual do direito. É notório que o exercício concreto da jurisdição, nomeadamente no que toca a captura e a entrega de arguidos, dependerá bastas vezes de interesses bem diversos dos que subjazem à administração da justiça penal – como, aliás, já sucedeu com o TPIAJ.

d) É difícil conceber que um Tribunal Permanente funcione efectivamente sem fundos próprios, sem governo, sem exército, sem polícia e sem prisões.

Talvez esses defeitos fossem suficientes para que o Estatuto não satisfizesse os princípios e garantias que regem o direito penal *interno*.

Mas o problema aqui é outro e outros hão-de ser os padrões.

O problema é que as alternativas a uma jurisdição internacional penal que funcione como última possibilidade de julgar os crimes mais graves contra o direito internacional são insustentáveis. A apatia e o desinteresse da comunidade internacional, os tribunais fantoches e a vingança pura e simples não só ferem a consciência da comunidade internacional, como são hoje *globalmente perigosas*.

Nesse ponto, comungo da tese de Gary J. Bass, segundo a qual a jurisdição internacional penal é a menos má das alternativas – e talvez a única capaz de, em último termo, fazer sustar a mão da vingança.

Resta-nos, portanto, prosseguir com a determinação humilde e contida que atravessa as palavras de Samuel Beckett: “Try. / Fail. / Try again. / Fail better”.

(12) Que justificava, no plano do direito português, a mais viva resistência contra a assunção, pelo Estado português, da obrigação de colaborar com o Tribunal em procedimentos de onde pudesse resultar a aplicação de uma pena de prisão perpétua efectiva, como tive ocasião de alegar em outro local (“Ut puras servaret manus”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 11 [2001], p. 39 *et seq.*). Na verdade, de acordo com o que então escrevi, não estava em causa a bondade intrínseca do Estatuto, mas apenas a rejeição desse concreto tipo de colaboração – que deveria, em meu entender, ser levada até à não ratificação do Estatuto por Portugal se tal posição, sob a forma de declaração, não fosse aceita.

Porém, no preciso dia em que teve lugar a palestra que deu origem ao presente texto, a Assembleia da República Portuguesa aprovava uma proposta de Lei Constitucional destinada a permitir a ratificação do Estatuto de Roma, nos seus exactos termos.

Espero agora que se cumpra o optimismo da Desembargadora Dra. Sylvia Steiner, com quem tive a honra e o gosto de dividir o tema “Tribunal Penal Internacional” no VII Seminário de Direito Penal do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, e que a Assembleia de Estados venha, numa futura revisão do Estatuto, a eliminar a prisão perpétua do leque sancionatório aí contido; para que a defesa dos direitos humanos através da jurisdição penal internacional possa ser, também nesse ponto, uma bandeira verdadeira.