

Coordenação Científica
Wladimir Brito
Pedro Miguel Freitas



ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL Comentários

EDIÇÃO
DII-CH Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional Comentários

Coordenação Científica

Wladimir Brito | Pedro Miguel Freitas

Edição

DH-CII Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar

2018

FICHA TÉCNICA

TÍTULO

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: Comentários

DATA

Dezembro 2018

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Wladimir Brito

Pedro Miguel Freitas

AUTORES

Flávia Loureiro | Margarida Santos | Maria de Assunção do Vale Pereira | Mário Ferreira Monte
Pedro Miguel Freitas | Wladimir Brito

EDIÇÃO

DH-CII Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar

APOIO

OLDHUM Observatório Lusófono dos Direitos Humanos

DH-CII Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar

JUSGOV Centro de Investigação em Justiça e Governação

EDUM Escola de Direito Universidade do Minho

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia

PAGINAÇÃO E DESIGN DE CAPA

Pedro Rito

FOTO DE CAPA

Josef F. Stuefer (<http://bit.ly/2TR9cqW>)

This file is licensed under the Creative Commons Attribution-Share Alike 3.0 Unported license.

ISSN

978-989-54032-5-7

ÍNDICE

NOTA PRÉVIA

ix

UMA HISTÓRIA CONCISA DO TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL
WLADIMIR BRITO

1

PROCESSO INTERNACIONAL PENAL E RECURSOS

WLADIMIR BRITO

19

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO INDIVÍDUO

MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA

35

PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

MÁRIO FERREIRA MONTE

47

CONCEITO DE CRIME NO ESTATUTO DE ROMA: SUBSÍDIOS PARA A SUA
COMPREENSÃO

PEDRO MIGUEL FREITAS

97

CRIME DE GENOCÍDIO

MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA

111

CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

MÁRIO FERREIRA MONTE

135

CRIMES DE GUERRA

MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA

161

CRIME DE AGRESSÃO

FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO

189

DIREITO APLICÁVEL PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL
MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA

203

PROCESSO CRIMINAL: INQUÉRITO; JULGAMENTO.
MARGARIDA SANTOS

225

SANÇÕES APLICÁVEIS E SUA DETERMINAÇÃO
PEDRO MIGUEL FREITAS

249

ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL
265

AUTORES

Flávia Novera Loureiro

Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho

Margarida Santos

Professora Convidada equiparada a Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho

Maria de Assunção do Vale Pereira

Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho

Mário Ferreira Monte

Professor Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho

Pedro Miguel Freitas

Professor Auxiliar Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto

Wladimir Brito

Professor Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho (jubilado)

NOTA PRÉVIA

A importância do Tribunal Internacional Penal, vulgarmente conhecido por TPI, tem dado origem a muitas conferências e debates sobre a sua estrutura e funcionamento, sobre a natureza e os elementos dos crimes que, por força do seu Estatuto, lhe cabe julgar e ainda sobre o seu papel no próprio combate à prática desses crimes pelos responsáveis máximos – políticos e militares – dos Estados, bem como por aqueles que por ordens ou instruções destes ou por iniciativa própria no âmbito de políticas violadoras das leis dos conflitos armados, promotoras de “*mass murders*” ou de causação de sofrimento desumano de populações inteiras.

Destas conferências e debates resultaram artigos e actas importantes para o estudo do TPI, mas, apesar disso, pela sua dispersão por vários volumes ou várias revistas científicas, não oferecem aos estudiosos, em especial aos alunos de Direito Internacional e de Relações Internacionais, um texto com uma articulada análise de conjunto do Estatuto do TPI ou, como é vulgarmente conhecido, Estatuto de Roma, que possa ser consultado com facilidade.

Assim, continua a faltar na literatura jurídico-internacional um texto dessa natureza que ofereça uma visão de conjunto, mesmo que sintética, dos temas tratados no Estatuto de Roma e que constituem a sua ossatura material. Numa palavra, falta ainda um livro de consulta com vocação didáctica que preencha essa lacuna na literatura jurídico-internacional, oferecendo aos estudiosos do Direito Internacional Penal e do Processo Internacional Penal, em especial aos alunos do Direito Internacional e das Relações Internacionais, um conjunto articulado de comentários sobre uma ou várias matérias objecto desse Estatuto.

Consciente desse facto e com o objectivo de contribuir para a sua superação, bem como de promover o interesse pelo estudo da jurisdição internacional penal e, em especial, do TPI, o *Observatório Lusófono dos Direitos Humanos (OLDHUM)* e o *Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (DH-CII)*, da Escola de Direito da Universidade do Minho, decidiram conceber um projecto de investigação sobre alguns temas estruturantes do Estatuto de Roma que, para o efeito, elegeram para serem comentados pelos investigadores,

que aqui figuram como autores dos diferentes capítulos deste livro, que agora se oferece à publicidade crítica.

Decidiu-se ainda que os comentários deveriam oferecer uma explicação sucinta e objectiva das questões nucleares das matérias neles tratadas e, sempre que necessário, deveriam chamar a atenção para a relação entre os temas escolhidos, que são os seguintes: os crimes sob jurisdição do TIP – crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão –, os princípios gerais do Processo Internacional Penal, a responsabilidade internacional do indivíduo, o conceito de crime no Estatuto de Roma, o Processo Internacional Penal e os Recursos, o Inquérito, o Julgamento e, ainda, como tema introdutório, a História Concisa do Tribunal Internacional Penal.

Os comentários agora feitos deixam suficiente abertura para serem aprofundados numa próxima edição desta obra.

Agradecemos o apoio concedido pela Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT) e pela Escola de Direito da Universidade do Minho, sem o qual não seria possível realizar o projecto de investigação e de edição deste livro. Agradecemos ao Senhor Dr. Pedro Rito pelo trabalho de paginação e à Senhora Dr.^a Célia Rocha, coordenadora administrativa do DH-CII, pelo constante acompanhamento administrativo deste trabalho com vista à sua publicação.

Braga, 12 de Dezembro de 2018

Os Coordenadores,

Wladimir Brito
Pedro Miguel Freitas

UMA HISTÓRIA CONCISA DO TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL

Wladimir Brito

I. Notas sobre a História do TIP

1. A História do Tribunal Internacional Penal¹ (a partir de agora TIP) é tributária essencialmente de três decisivos factores, a saber: a construção do

¹ A correcta designação do Tribunal Internacional criado pelo Estatuto de Roma é *Tribunal Internacional Penal* que aqui utilizaremos, e não Tribunal Penal Internacional como é designado pela versão portuguesa, francesa e espanhola desse Estatuto. Com efeito, um Tribunal Penal Internacional é um Tribunal interno que julga crimes comuns previstos e punidos nos códigos penais dos Estados com conexão internacional, no sentido de crimes que são objeto de acordo internacional entre dois ou mais Estados com base no qual consagram regras de atribuição de competência aos respectivos Tribunais nacionais para os julgarem. Já assim não acontece com um Tribunal Internacional Penal, pois este é um Tribunal cuja origem e natureza jurídica é internacional e cuja função é a de julgar crimes de natureza exclusivamente internacional previstos em instrumentos internacionais, como se explica na nota seguinte. Por essa razão neste texto utilizaremos a expressão Tribunal Internacional Penal, que é a utilizada na versão inglesa que, em nossa opinião, é a correcta.

Direito Internacional Penal², a responsabilização internacional jurídico-penal do indivíduo e a criação e a experiência de Tribunais Internacionais, em especial dos Tribunais Penais *ad hoc* que o antecederam. Todos esses factores são concretizações da tomada de consciência jurídica e político-internacional da necessidade de reprimir crimes hediondos praticados no decurso dos conflitos armados.

Ninguém, certamente, achará estranho que se defenda que a emergência do TIP tenha beneficiado não só do processo histórico da ideação e da criação de Tribunais Internacionais, mesmo de natureza não penal, e da experiência dos Tribunais Penais que foram criados na última década do século XX, mas, talvez seja mais difícil aceitar a ideia de que existe uma relação historicamente construída e justificada entre a afirmação de uma dogmática jurídico-criminal fundadora e legitimadora do Direito Internacional Penal e a emergência de Tribunais Penais Internacionais. Mas existe, como veremos de seguida.

Podemos assim dizer que a emergência dos Tribunais Internacionais Penais é seguramente produto dos acima referidos três grandes factos internacionais, a saber: *a criação de um Direito Internacional Penal e a responsabilização internacional jurídico-penal do indivíduo e a criação e a experiência dos Tribunais Penais ad hoc que o antecederam.*

² Interessa dizer que falamos em *Direito Internacional Penal* e não em *Direito Penal Internacional*, o que não acontece por acaso. Com efeito, *Direito Internacional Penal* é aquele ramo do *Direito Penal* que trata dos crimes essencialmente internacionais ou, se se quiser, dos crimes com natureza internacional. Já assim não acontece com o *Direito Penal Internacional* que trata dos crimes com conexões internacionais, dito de outra forma, de crimes previstos nas leis penais internas mas que assumem dimensão transnacional, como por exemplo crimes de terrorismo, corrupção e branqueamento de capitais, crimes fiscais transnacionais, e os *crimina iura gentium* etc. que os Estados, por acordos internacionais, combatem em conjunto. Neste direito, o tipo de crime contém descrição de facto(s) – acção ou omissão – que se proíbe(m) no território dos Estados, mas que, pela sua natureza, podem ocorrer nos territórios de dois ou mais Estados. A origem e a natureza do crime é nacional, mas internacionaliza-se através de acordos de cooperação judiciária entre os Estados destinados a combatê-los transnacionalmente que permitem que os Tribunais do Estado em cujo território o crime foi praticado seja o competente para julgar o autor do prática do crime. Ali, naquele *Direito Internacional Penal*, o crime tem originariamente uma natureza internacional, é originariamente previsto em Tratados por recobrir prática de factos que que ofendem valores da comunidade internacional no seu todo, têm de ocorrer na sociedade internacional e devem ser julgados e punidos por Tribunais internacionais. Poderíamos dizer com William Schabas e Nadia Bernaz que o que distingue esses dois direitos é o tipo de crime que preveem e punem e, acrescentaríamos nós, o Tribunal competente para os julgar e punir. Cfr. William Schabas and Nadia Bernaz, eds., *Routledge Handbook of International Criminal Law* (Abingdon, Oxon ; New York: Routledge, 2011), p.^a 1. Antonio Cassese define o *Direito Internacional Penal* dizendo que “*International Criminal Law is a body of international rules designed both to prescribe certain categories of conduct (war crime, crimes against humanity, genocide, torture, aggression, terrorism) and to make those persons who engage in such conduct criminal liable*” in Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2nd ed (Oxford ; New York: Oxford University Press, 2008), p.^a 3.

2. Pese embora desde o século XVII, com Jeremy Bentham³, se tenha começado a defender a ideia da criação de Tribunais Internacionais, o ponto é que, muito antes desse momento, já vinha sendo elaborada dogmática jurídico-internacional para o reconhecimento da existência de crimes internacionais cuja criminalização era reclamada pela consciência (jurídica e humanitária) dos povos e, por isso mesmo, se impunha, como por exemplo, os crimes de guerra, de pirataria e de escravatura e de tráfico de escravos. Contudo, como teremos a oportunidade de ver, pese embora desde muito cedo tenham sido internacionalmente criminalizadas certas condutas, nomeadamente as acima descritas, não foram consagradas instituições internacionais capazes de fazer cumprir e de punir a violação das normas que estabeleciam esses crimes. Poderíamos dizer que ao Direito Internacional Penal então consagrado não correspondia qualquer instituição jurisdicional internacional ou de outra natureza capaz de o aplicar, impondo o seu respeito.

3. Sumariamente, poderemos dizer que o mais antigo crime internacional é o crime de guerra⁴. Na verdade, desde a mais remota antiguidade, a humanidade sempre entendeu como crime de guerra um conjunto de condutas praticadas no decurso de um conflito armado considerado crime pela lei interna de cada comunidade e punidos pelas suas instituições judiciárias. Basta lembrar que os povos antigos, como por exemplo os indianos, chineses e gregos, para atenuar os horrores da guerra não só tinham grande preocupação com o tratamento dos prisioneiros de guerra, como proibiam e puniam certas condutas, por as considerarem crimes de guerra, como por exemplo, usar certos instrumentos ou meios (armas) nas guerras, exercer violência sobre mulheres, crianças e velhos ou matá-los, envenenar fontes e poços de água, destruir as plantações, as

³ Jeremy Bentham, 'Principles of International Law', in *The Works of Jeremy Bentham*, 1.ª ed., vol. II (London: William Tait, 107, Princes Street; Simtkin, Marshall, & Co., 1843), p. 552.

Na verdade, este filósofo inglês do século XVIII defendia, na Proposition XIII do Essay IV, A Plan for an Universal and Perpetual Peace, que "that the maintenance of such a pacification might be considerably facilitated, by the establishment of a common court of judicature, for the decision of differences between the several nations, although such court were not to be armed with any coercive powers". Cfr. Jeremy Bentham, 'Essay IV, A Plan for an Universal and Perpetual Peace', in *The Works of Jeremy Bentham*, (William Tait, 107, Princes Street; Simtkin, Marshall, & Co., 1843). Veja-se ainda a evolução histórica do crime de Guerra feita por Remigiusz Bierzanck em 'War Crime: History and Definition', in *International Criminal Law*, 1.ª ed., vol. III (Ardley, New York: Transnational Publishers, 1999), p.ª 87 e segs. Veja-se ainda Gerhard Werle and Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (The Hague: T. M. C. Asser Press, 2005), 267 e segs. e Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2nd ed (Oxford ; New York: Oxford University Press, 2008), 81 e segs.

⁴ Sobre o conceito de Guerra, veja-se Wladimir Brito, 'A Guerra e a Seurança Humana', *Scientia Iuridica*, tomo LIX, no. 323 (2010): p.ª 414.

habitações e camponeses, violar os locais de culto em certas épocas. A violação dessas proibições era punida internamente.

Por seu lado, os Romanos, pese embora a extrema violência que utilizavam no decurso das guerras, introduziram o conceito de guerra justa, que veio a ser retomada pela medieva doutrina cristã⁵. Para os romanos a guerra justa teria de ser aquela formalmente declarada em conformidade com as *leges fetiales*.

No Antigo Testamento, encontramos no Pentateuco⁶ ou, mais especificamente, no Deuterónimo⁷ as “Leis da Guerra”⁸ que, apesar de admitirem uma enorme violência na guerra, consagram a protecção das “mulheres, as crianças, os animais e tudo o mais que houver na cidade”, protecção esta que reencontramos no Livro Histórico dos Reis II, mas agora em relação aos prisioneiros de guerra⁹.

Também na Idade Média era considerado crime de guerra atacar ou violentar certas categorias de pessoas, como os clérigos, os estudantes ou os camponeses pacíficos, as mulheres, os velhos e as crianças. Contudo, pese embora a natureza internacional desses crimes – que recobrem actos praticados predominantemente por uma potestade contra outra –, a sua punição era decretada pelos tribunais “nacionais”¹⁰.

⁵ Teorizada por de Santo Agostinho e, mais tarde, por S. Tomás de Aquino.

⁶ Também conhecido pelos cinco livros de Moisés – Génesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuterónimo.

⁷ De acordo com Arthur Nussbaum, “Deteronomy contains what are probably the oldest written canons on warfare”. Cfr. Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations* (New York: The Macmillan Company, 1950), p.^a 9.

⁸ Deteronómio, 20: 10-20, in *Bíblia Sagrada* (S.Paulo: Edições Paulinas, 1989), p.^a 202. Neste texto diz-se “13. E quando o Senhor teu Deus ta [refere-se a cidade] houver entregado nas mãos, passarás a fio da espada todos os varões que nela há, poupando *mulheres, as crianças, os animais e tudo o mais que houver na cidade*”.

⁹ ‘Reis II’ in *Bíblia Sagrada, cit.*, p.^a 327 (S. Paulo: Paulina, n.d.), p.^a 372, onde se diz no 6: 21 -22 “O rei de Israel, tendo-os [os inimigos] visto, disse a Eliseu: Matá-los-eis, meu pai? Mas ele respondeu: Não os matarás, porque não os fizeste prisioneiros com a tua espada nem com o teu arco, para os matar, mas manda-lhes pôr diante pão e água, para que comam e bebam e voltem para o seu senhor”. Pese embora a justificação para poupar os prisioneiros se ancore no facto de Eliseu não os ter aprisionado com a sua “espada e arco”, pois foi Deus que permitiu a Eliseu que os fizesse prisioneiro, ponto é que, apesar de serem considerados inimigos que tinham cercado a cidade exatamente para prender Eliseu a mando do rei da Síria, não deixaram de ser poupados e tratados com humanidade.

¹⁰ Para maior desenvolvimento, veja-se, entre outros, Gary D. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War* (Cambridge, [Eng] ; New York: Cambridge University Press, 2010), p.^a 4 e segs.

4. No que se refere à pirataria e ao tráfico de escravos, como se sabe, depois dos crimes de guerra, são os mais antigos crimes internacionais, mas agora praticados por particulares quer no alto mar, quer em solo firme.

a) No caso da pirataria, que se expande a partir do séculos XVII e sempre praticada no alto mar, desde sempre foi admitida a existência de regras costumeiras internacionais que a proibiam. A partir do século XII, entre Veneza e Génova, entre estas repúblicas e o Império Bizantino e entre este conjunto de potências e os príncipes orientais, cristãos e muçulmanos, diz-nos Arthur Nussbaum¹¹, foram celebrados tratados que, entre outras coisas, consagravam protecção mútua contra a pirataria.

Mais tarde, no século XIX, foi proibida formalmente pela Declaração de Paris de 16 de Abril 1856¹² e os seus autores podiam ser perseguidos e presos por qualquer Estado e levados ao Tribunal do Estado captor para aí serem julgados e punidos. À época, inexistiam instituições judiciais para fazer cumprir a lei internacional que proibia essa actividade. De acordo com Ronald C. Slye e Beth Van Schaack, “[t]he prohibition against piracy thus gave rise to the notion of universal jurisdiction, now central feature of modern ICL”.¹³

b) Já no que se refere ao tráfico de escravos, a sua abolição, bem como as sanções penais consagradas para o punir, são factores importantes na evolução do direito criminal internacional e, poderíamos até dizer, dos direitos humanos. Na verdade, já no Congresso de Viena de 1815 – na Declaração anexa ao Acto final – o tráfico de escravo era descrito como “*repugnant to the principles of humanity and universal morality*”. Com base nesse entendimento, os participantes no Congresso de Bruxelas de 1890 e signatários da “Brussel Act”¹⁴ apelavam não só para a abolição voluntária como para criminalização dessa prática e para a perseguição dos infractores.

Também a punição deste crime não estava confiada a nenhum Tribunal Internacional, cabendo aos Tribunais nacionais dos Estados captores o julgamento e a punição dos infractores. Isto mesmo depois de terem sido celebradas

¹¹ Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nation* (New York: The Macmillan Company, 1950), p. 37.

¹² Veja-se Declaration respecting maritime law. Signed by the plenipotentiaries of Great Britain, Austria, France, Prussia, Russia, Sardinia, and Turkey, assembled in Congress at Paris, April 16, 1856, que veio esclarecer alguns aspectos que os Estados Partes entendiam necessário clarificar para evitar os conflitos de interpretação do Tratado de Paris de 1856 que pôs fim à guerra da Crimeia.

¹³ Ronald Slye and Beth Van Schaack, *International Criminal Law: Essentials* (Austin: New York, NY: Wolters Kluwer Law & Business ; Aspen Publishers, 2009), p.^o 10.

¹⁴ Veja-se ‘General Act for the Repression of the African Slave Trade’, 2 July 1890, que ficou conhecido por Brussels Act. Nos artigos V e LXVII desta Convenção apela-se às partes contratantes para criarem legislação penal interna para a punição dos actos de tráfico.

diversas Convenções sobre a escravatura, como por exemplo, Slavery Conventions of 1926, Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade and Institutions and the Practices Similar to Slavery, de 1956, exigindo-se nesta última a criminalização nacional da escravatura e a perseguição dos infractores para serem julgados pelos Tribunais nacionais.

5. Na época do Iluminismo assiste-se à humanização da guerra com as teorias de Rousseau, nomeadamente a que defende que “*a guerra não é, pois, de modo algum, uma relação de homem para homem, mas sim uma relação de Estado a Estado, na qual os particulares só acidentalmente são inimigos, não como homens, nem sequer como cidadãos, mas como soldados; não como membros da pátria, mas como seus defensores*”¹⁵ de que irá resultar no século, XIX, a ideiação da necessidade de impor aos soldados um comportamento ético e mais humano no decurso de uma guerra, consagrando-se para tanto um conjunto de fortes restrições aos meios e aos modos de guerra. Assim acontece, por exemplo, com codificação das leis da guerra, nomeadamente no Liber Code de 1863 e as Convenções que ficaram conhecidas por Direito de Haia de 1907, de entre elas, a Convenção de Haia IV sobre as Leis e os Costumes da Guerra Terrestre e o seu Anexo denominado Regulamento das Leis e Costumes da Guerra Terrestre, a V Convenção de Haia sobre os Direitos e Deveres das Potências Neutras e Pessoas em Caso de Guerra Terrestre, a Convenção de Haia VI sobre o Estatuto dos Navios Mercantes Inimigos na Ecloração das Hostilidades e a Convenção de Haia VII sobre a Conversão em Navios de Guerra dos Navios Mercantes Inimigos¹⁶.

Não vamos aqui analisar estas e outras convenções que criminalizam certas condutas no decurso dos conflitos armados, por não ser este o lugar próprio para essa análise, mas sempre se dirá que, de uma maneira geral, até à Primeira Guerra Mundial, a regra era a de que cabia ao Estado cujo exército violasse as leis – costumeiras ou pactícias – da guerra, cometendo crime de guerra, perseguir os soldados infractores e puni-los e proceder à reparação dos danos, nomeadamente, pagando indemnizações pelos prejuízos causados. Com efeito, como diz Remiguiuz Bierzanek, “[i]ndividual offenders ran the risk of being punished by the enemy in the event they were captured. It was generally accepted that international law permitted the trial of persons charged with breaches the costumes of war if

¹⁵ Jean-Jacques Rousseau, *Do Contrato Social* (Lisboa: Portugalíia Editora, 1968), p.^a 82.

¹⁶ Sobre estas Convenções e as de Genebra de 1949, veja-se Wladimir Brito, ‘A Protecção dos Prisioneiros de Guerra no Direito Internacional’, in *Temas de Investigação em Direitos Humanos para o Século XXI*, 1.^a ed. (Braga: Direitos Humanos-Cento de Investigação Interdisciplinar Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016), p.^a 381.

they fell into the hands of the country whose citizens had been the victims of their offenses^{17/18}.

6. Podemos assim dizer que até ao final da Primeira Grande Guerra, pese embora pela via do costume e depois pela da celebração de alguns Tratados se tivesse formado o Direito Internacional Penal, o ponto é que, por um lado, durante séculos a responsabilidade internacional pela violação das normas e princípios desse Direito era imputada aos “Estados” que ficavam obrigados a pagar a reparação dos danos causados à comunidade política lesada; por outro lado, nenhum Tribunal Internacional tinha sido criado para punir a prática de infracções ao Direito Internacional Penal. Deste modo, a sociedade internacional construiu durante séculos um corpo normativo de natureza penal – um Direito Internacional Penal – que reclamava a criação de instituições para o aplicar, mas não conseguiu criar essas instituições, pelo que foi forçada a atribuir ao direito interno das comunidades políticas organizadas a tarefa de aplicar esse direito para punir os infractores.

Contudo, não deixou de fazer esforços com vista a conceber e a instituir Tribunais Internacionais com competência para aplicar o Direito Internacional Penal. Para tanto, foi necessária a tomada de consciência da necessidade de perseguir e de punir o indivíduo autor dos crimes já existentes e, de seguida, da necessidade de tal punição dever ser feita por instituição judiciária internacional. Longo foi o caminho que se teve de percorrer para atingir esse objectivo.

Pelo exposto, podemos concluir dizendo que o Direito Internacional Penal precedeu em muitos séculos a criação de instituição judiciária internacional para o aplicar e para o tornar internacionalmente efectivo.

7. Não estaremos muito longe da verdade se afirmarmos que a responsabilização internacional jurídico-penal do indivíduo começa efectivamente com a tomada de consciência da necessidade de convencionar regras de humanização da guerra, com vista a condicionar juridicamente os meios e os modos de guerra. É a partir dessa tomada de consciência que, no século XIX, surge o primeiro *corpus iuris* de Direito Internacional Humanitário com a “The Hague Law” de 1899¹⁹ que mais tarde é completado com as Convenções de Haia de 1907. Esse

¹⁷ Remigius Bierzaneck, ‘War Crime: History and Definition’, in *International Criminal Law*, 2.^a ed., vol. III (Ardley, New York: Transnational Publisher, Inc., 1999), p.^a 88/89.

¹⁸ Sobre a evolução história do Direito Internacional Penal veja-se, entre outros, Cassese, *International Criminal Law*, 2008, p.^a 27 e segs.

¹⁹ Este corpus iuris foi antecedido da *Declaração de S. Petersburgo* de 1868, que é a primeira manifestação da tomada de consciência da necessidade de interditar o uso de algumas armas, nomeadamente as que projectam balas explosivas.

conjunto articulado de Convenções de Haia de 1899 e de 1907²⁰ ficou conhecido por leis de Haia.

É certo, não desconhecemos e já o dissemos, que havia muitas regras costumeiras e vários “Códigos” na antiguidade e os de Cavalaria na Idade Média que consagravam regras humanitárias e que, nos anos 60 do século XIX, surgiu o Liber Code para regular a Guerra Civil norte-americana. É certo que, em 1305, Sir Wallace foi acusado, julgado e condenado por um Tribunal escocês por, na bárbara guerra contra os Ingleses, não ter poupado ninguém e que, em 1474, Sir Peter von Hagenbach foi julgado e condenado na Áustria por ter violado as leis da guerra, sendo estas as primeiras perseguições de indivíduos pela prática de crimes de guerra. Contudo, nessa época estávamos perante casos isolados de responsabilidade individual.

Só a partir da primeira Convenção de Genebra de 1864, promovida por Henri Dunant²¹ e do Protocolo Final da Conferência de Bruxelas de 1874 (que não foi ratificado) é que verdadeiramente o indivíduo começa a ser internacionalmente responsabilizado pelos crimes de guerra. Contudo, como tivemos a oportunidade de dizer, a responsabilização jurídico-penal do indivíduo não encontrava no Direito Internacional instituições judiciárias para efectivar, julgando e punindo, essa responsabilidade, cabendo exclusivamente aos Tribunais nacionais essa tarefa. Assim foi até ao final da Primeira Grande Guerra Mundial, momento a partir do qual, com o Tratado de Versailles de 1919, pela primeira vez também se responsabiliza o Chefe de Estado e altos responsáveis civis e militares pela violação das leis da guerra.²²

8. Já no que se refere à criação e experiência de Tribunais Internacionais Penais, começaremos por lembrar antes de mais que, aceite a necessidade de responsabilizar jurídico-penalmente o indivíduo, a primeira tentativa inter-

²⁰ As Leis de Haia de 1899 são compostas pelas seguintes Convenções: Hague I – Pacific Settlement of International Disputes; Hague II – The Law of War on Land; Hague III – Maritime Warfare; Hague IV – Respecting the Laws and Customs of War on Land – e as Declarations Hague IV (1) – The Launch of Projectiles and Explosives from Balloons; Hague IV (2) – Asphyxiating Gases; e Hague IV (3) – Expanding Bullets.

Para além das novas versões das leis de 1899, as Leis de Haia de 1907 são compostas, entre outras, pelas seguintes Convenções: Hague V – The Rights and the Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land; Hague VI – The Status of Enemy Merchant Ships at the Outbreak of Hostilities.

²¹ Que por visto e tomado consciência em Soliverino dos horrores da Guerra – entre a Áustria e o reino de Sardenha – propôs a criação de uma organização neutral para assistir e tratar os feridos de guerra, organização que veio a ser denominada por Cruz Vermelha Internacional.

²² Cfr. Artigo 227.º e 228.º do Tratado de Versailles de 1919, também conhecido por Tratado de Paris de 1919.

nacionalmente feita para a concretização dessa responsabilidade foi a criação do Tribunal Internacional das Presas, na sequência da II Convenção de Haia de 1907 (conhecida por Convenção Drago-Porter). Os Estados que participaram nessa Convenção, sob proposta da Alemanha e do Reino Unido, decidiram criar um Tribunal Internacional permanente de jurisdição obrigatória para dirimir os litígios resultantes do aprisionamento de barcos e das respectivas cargas. O objectivo desta proposta era o de dar mais garantias de imparcialidade aos interessados, visto que, até à data, o julgamento dessas questões resultantes da guerra marítima eram da competência dos Tribunais do Almirantado dos Países beligerantes, que não eram considerados imparciais em especial pelos países neutros ou fracos.

Assim, em 1907, nessa Segunda Conferência de Haia, e a partir da experiência dos Tribunais Arbitrais, é adoptada a Convenção XII, de 18 de Outubro, relativa à criação de Um Tribunal Internacional das Presas. Criava-se o primeiro Tribunal Internacional – o International Prize Court – com sede em Haia e com jurisdição obrigatória, constituído por quinze Juízes (artigo 14) com poderes para julgar penalmente indivíduos envolvidos em capturas de barcos e das cargas por estes transportadas (artigo 1). Este Tribunal, reconhecido como um órgão superestatal, foi considerado como um Tribunal de toda a comunidade internacional com jurisdição obrigatória e com competência para revogar e substituir as decisões dos Tribunais nacionais.

Por outro lado, é a primeira vez que se cria um Tribunal Internacional aberto ao indivíduo, isto é, a que o indivíduo pode aceder, desde que não seja para requerer o julgamento do governo do Estado de que é nacional.

Contudo, por não ter sido ratificada, essa Convenção não entrou em vigor, mas abriu um decisivo precedente, que levou a que doutrina que estava na base da sua criação passasse a influenciar fortemente o pensamento internacionalista sobre a necessidade e de um Tribunal Internacional Penal.

No final da Primeira Guerra Mundial, o Tratado de Versailles, que põe fim a esse conflito, cria o primeiro Tribunal Internacional Penal para julgar um Chefe de Estado pela violação das leis da guerra, julgamento que não se consegue fazer, por os Países Baixos (Holanda) se terem recusado a entregá-lo aos “Allied and Associated Powers”, apesar do pedido feito a esse país no próprio Tratado²³.

Mas, essas duas experiências mal sucedidas deixaram “sementes” que, com o decorrer do tempo, haviam de frutificar positivamente. Na verdade, a partir do século XIX, a tomada de consciência da necessidade de garantir a paz pela via do Direito e da sua concreta aplicação, levou a doutrina a defender que só a

²³ De facto, no artigo 227 §§4 desse Tratado consagra-se que “*The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for surrender to them of the ex-Emperor in order that he may be put on trial*”.

institucionalização de uma justiça penal internacional de natureza permanente era capaz de assegurar a realização desse objectivo. Mas, é no primeiro quartel do Século XX que o Professor Vespasiano Pella lança a ideia da criação de um Tribunal Internacional Penal com competência para julgar a responsabilidade criminal dos Estados e dos indivíduos, ideia que é mais tarde retomada pelo Professor belga Deschamps com a sua proposta de criação de um Tribunal Penal com competência para julgar as violações da ordem pública internacional.

A partir de 1924, ainda sob o impulso do Professor Pella (1919), a doutrina começa a debater essa questão e a manifestar-se maioritariamente a favor da criação do Tribunal Internacional Penal. Acontece, contudo, que uma corrente doutrinária, em que assume especial relevância a Associação Internacional de Direito Penal e Nicolas-Socrates Politis (1927), defendia que esse Tribunal deveria ser criado no seio do Tribunal Permanente de Justiça Internacional (TPJI)²⁴, enquanto outra, em que militava Antoine Sottile, defendia a criação de um Tribunal autónomo e totalmente independente do TPJI²⁵. Desse amplo debate doutrinário sobre a necessidade e a oportunidade de criação de um Tribunal Internacional Penal permanente nasce o primeiro projecto de um Tribunal Internacional Penal.

9. Foi preciso esperar pelo fim da Segunda Grande Guerra para que frutificasse o esforço da doutrina jusinternacionalista relativamente à questão da necessidade de se criar uma instituição capaz de efectivar, pelo julgamento e punição, a aplicação do Direito Internacional Penal. De facto, entre as duas grandes guerras²⁶ não ocorreu nenhuma evolução significativa sob o ponto de vista institucional, pese embora a recomendação de uma Comissão consultiva que, em articulação com a Sociedade Liga das Nações, propôs a criação de um

²⁴ Os mais eminentes defensores desta posição são Vespasiano Pella, Nicolas-Socrates Politis e Donnedieu de Vabres (1924). Cfr. Vespasiano Pella, *La Répression des Crimes contre la Personnalité de l'États*, in *Récueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1930 e Nicolas-Socrates Politis, *La Justice Internationale*, Ed. Librairie Hachette, Paris 1924 e Donnedieu de Vabres, *La Cour Permanente de Justice Internationale et sa vocation en matière criminelle*, in *Récueil de Droit International Pénal*.

²⁵ Posição adoptada pela Conferência intergovernamental que, na esteira de Antoine Sottile, entendeu que "*la création d'une Chambre criminelle au sein de la Cour permanente de Justice internationale nécessitait des modifications au Statut actuel de cette Cour, ce qui u semble guère facile à l'époque actuel. D'autre part, la compétence de la Cour pénale internationale est spéciale et très différente de celle de la Cour permanente de Justice internationale*". Cfr. Antoine Sottile, *Terrorisme International*, in *Récueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1938, p.^a 144.

²⁶ Importa relembrar que é nesse período, ou mais concretamente em 27 de Agosto de 1938, que foi assinado o Pacto Briand-Kellogg ou Tratado de Paris de renúncia à guerra como meio de resolução dos conflitos, que contribuiu significativamente para a evolução do Direito Internacional.

Tribunal Internacional Penal permanente para julgar crimes que constituíssem a violação da ordem pública internacional ou que das leis internacionais universais, tribunal que nunca chegou a ser criado.

Terminada a Segunda Guerra Mundial, foi criado o International Military Tribunal – conhecido por Tribunal de Nuremberga. Faz-se notar que este Tribunal *ad hoc* foi criado por pressão dos Estados Unidos da América e contra a tese defendida por Winston Churchill e pela URSS que defendiam a execução sumária pura e simples dos “leaders” nazis. Os Estados Unidos da América, que após a Primeira Grande Guerra se tinha oposto à criação de Tribunais internacionais por considerarem que poderiam abrir um precedente potencialmente perigoso, mudaram de posição e passaram a ser defensores acérrimos do julgamento dos nazis, quer pelos Tribunais nacionais, quer por um Tribunal Internacional²⁷. Esta nova posição dos Estados Unidos da América ficou a dever-se Henry Stimson, então Secretário da Guerra. Assim, acabaram por impor aos Aliados a instituição do Tribunal de Nuremberga, pelo Acordo de Londres de Agosto de 1945 (e que funcionou de 20 de Novembro de 1945 até 1 de Outubro de 1946); e mais tarde, por acção do General Douglas MacArthur, foi criado International Military Tribunal for the Far East – conhecido por Tribunal de Tóquio.

Estes são os primeiros Tribunais Penais Internacionais modernos, embora com uma natureza de Tribunais *ad hoc*, instituídos pelos vencedores da Guerra. Pese embora a sua origem e natureza, podemos dizer que funcionaram com enorme seriedade e dignidade, julgando com imparcialidade os Nazis. Para o que aqui nos interessa liitar-nos-emos a realçar alguns aspectos da actividade do Tribunal de Nuremberga pelos efeitos que teve no desenvolvimento e na afirmação de novos crimes internacionais e da ideia da necessidade da criação de um Tribunal Penal Permanente. Assim, sumariamente, alguns dos mais decisivos efeitos produzidos pela criação e o funcionamento do Tribunal de Nuremberga, foram os denominados Princípios de Nuremberga consagrados na Carta desse Tribunal e que são reconhecidamente considerados como os pilares fundadores da Justiça Penal Internacional. Para além desses princípios e também como decorrências deles, podemos dizer com Ronald C. Slye e Beth van Schaack²⁸, que, por esse Tribunal, foi ainda consagrado:

1.º Dois novos crimes internacionais, o crime contra paz e o crime contra a humanidade.

²⁷ Sobre essa alteração da posição dos EUA entre a Primeira e a Segunda Grande Guerra e para maior desenvolvimento, veja-se, entre outros, Slye and Van Schaack, *International Criminal Law*, p.º 29.

²⁸ Aqui seguimos de perto a indicação e descrição desses efeitos feita por Ronald C. Slye e Beth van Schaack. Cfr. *Ibid.*, p.º 33 e segs.

2.º A distinção entre o exercício da jurisdição penal nacional e o da jurisdição internacional penal.

3.º A responsabilidade penal individual e o julgamento não só dos mais altos responsáveis dos Estados, como de entidades privadas (como por exemplo, como pessoas do mundo industrial e financeiro), pela prática de crimes no decurso de um conflito armado, como decorre da afirmação que “*the very essence of the [Nuremberg] Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligation of obedience imposed by the individual State*”²⁹.

4.º Uma jurisprudência que defende a primazia do Direito internacional relativamente ao direito interno.

São esses princípios jurídico-penais consagrados pelo Tribunal de Nuremberga que vão servir de modelo estrutural de/a toda a moderna justiça penal internacional e que irão constituir a estrutura nuclear do Estatuto dos Tribunais Penais criados após a Segunda Guerra Mundial. Certamente, aqui não iremos falar de cada um desses Tribunais, inicialmente todos Tribunais *ad hoc*, mas, seguramente, que a irradiante presença e influência da experiência resultante do seu funcionamento pairará sobre a arquitectura orgânica e funcional do Tribunal Internacional Penal criado em 1998, que é objecto desta anotação.

Contudo teremos de reconhecer que é a necessidade de criminalizar condutas e de perseguir os infractores que legitima e justifica a criação dos Tribunais Penais Internacionais, sendo assim possível afirmar que a criminalização internacional de condutas e a progressiva formação de um Direito Internacional Criminal precede e reclama a necessidade da criação desses Tribunais para julgar e punir práticas internacionalmente consideradas criminosas.

Podemos assim dizer que, no quadro do clássico debate introduzido na teoria das relações internacionais pelos construtivistas sobre a antecedência ontológica entre o agente e a estrutura (quem veio antes e quem veio depois; quem, no quadro das relações internacionais, determina quem, o agente ou a estrutura?), nessa relação³⁰ Direito Internacional Penal / Tribunais Internacionais Penais, aquele como agentes, com as suas práticas censuráveis e as suas sanções e estes como estrutura orgânico-funcional de aplicação, há uma antecedência ontológica dos agentes relativamente às estruturas.

²⁹ Ibid., p.ª 37.

³⁰ Não ignoramos que os construtivistas rejeitam a antecedências ontológica dos agentes relativamente às estruturas e vice-versa, por entenderem que, no quadro das relações internacionais, agentes e estruturas são co-construídos. Sobre o construtivismo veja-se por todos, João Pontes Nogueira e Nizar Messari, *Teoria das relações internacionais*, 1. ed. 7a. reimpr (Rio de Janeiro: Elsevier [u.a.], 2005), p.ª 162 e segs.

10. Sumariamente demonstrada que foi a necessidade de aplicar, pela via judicial, o direito internacional penal com vista a julgar e punir indivíduos pela prática de crimes internacionais que gerou a consciência da necessidade da criação de instituições judiciárias – Tribunais internacionais. Pese embora a resistência dos Estados, fundada na ideia da soberania, em aceitar a perseguição jurisdicional dos seus nacionais pela prática de crimes internacionais, o ponto é que a necessidade de aplicação judicial das leis internacionais penais acabou por progressivamente erodir a soberania judicial dos Estados, abrindo assim caminho à criação dos Tribunais Internacionais Penais.

Não é aqui o local indicado para descrever a criação, bem como a organização e o funcionamento dos Tribunais Internacionais Penais que antecederam e influenciaram decisivamente a arquitectura organizacional e a mecânica funcional do Tribunal Internacional Penal³¹, mas sempre se dirá que a experiência do Tribunal de Nuremberga, bem como a dos Tribunal Internacional Penal para a ex-Jugoslávia e para o de Ruanda teve um decisivo papel na criação daquele Tribunal Internacional e na configuração do seu Estatuto, quer sob o ponto de vista da organização, quer sob o do seu funcionamento e competência. Contudo, aqui trataremos exclusivamente da estrutura orgânica desse Tribunal criado em Roma em 1998, por Tratado multilateral que entrou em vigor em 2001 de Julho de 2002 após a sua ratificação por sessenta Estados.

11. Começaremos por lembrar que o Tribunal Internacional Penal (a partir de agora TIP) foi criado por um Tratado internacional multilateral, nos termos do qual se estabelece que o Tribunal tem personalidade e capacidade jurídicas internacionais necessárias ao desempenho das suas funções e à prossecução dos seus objectivos e que poderá exercer os seus poderes e funções nos termos do seu Estatuto, no território de qualquer Estado Parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado³².

Ao optar por instituir um Tribunal com *personalidade e capacidade jurídicas* e com *órgãos próprios, permanentes e autónomos* encarregados de prosseguir os seus objectivos, os Estados fundadores do TIP criaram, por associação voluntária e por um acto jurídico internacional, *uma Organização*

³¹ Sobre estes Tribunais e para maior desenvolvimento veja-se, entre outros, Cassese, *International Criminal Law*, 2008, p.ª 317 e segs. e Wladimir Brito, *Direito internacional público*, 2014, p.ª 539 e segs.

³² Estamos já a transcrever o artigo 4º do Estatuto do TIP onde concretamente se estabelece que:

“1. O Tribunal terá personalidade jurídica internacional. Possuirá, igualmente, capacidade jurídica necessária ao desempenho das suas funções e à prossecução dos seus objectivos”.

“2. O Tribunal poderá exercer os seus poderes e funções nos termos do presente Estatuto, no território de qualquer Estado Parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado”.

Internacional, cujo o *pacto constitutivo* é a Convenção de Roma de 1998³³, o que lhe confere uma completa autonomia face a outras Organizações Internacionais, nomeadamente a ONU, pese embora o papel que esta organização teve na sua criação.

Este Tribunal tem a sua sede em Haia e é composto por dezoito Juízes de várias nacionalidades.

II. Estrutura Orgânica do TIP

Sob o ponto de vista da organização, o TIP nos termos do artigo 34.º do seu Estatuto é constituído por quatro órgãos principais, a saber:

- A A Presidência;
- B As Secções Judiciais: de instrução, de julgamento e de recurso
- C O Gabinete do Procurador
- D A Secretaria.

Esses órgãos integram a estrutura orgânica comum do Tribunal e gozam de relativa autonomia entre si. Importa agora ver sumariamente a estrutura interna de cada um desses órgãos.

A) A Presidência

A Presidência é composta por um Presidente e dois Vice-Presidente eleitos por maioria absoluta dos Juízes do TIP, que são em número de 18, por um período de três anos, podendo ser reeleitos por uma única vez por igual período de tempo. O Presidente, em caso de impossibilidade – que se traduz essencialmente nas suas faltas, ausências, impedimentos – ou em caso de “disqualified” que consiste em destituição do cargo (cfr. artigo 34.º das Rules of Procedure and Evidence) é substituído pelo 1.º Vice-Presidente.

A Presidência tem competência para administrar de forma adequada o Tribunal, com excepção do Gabinete do Procurador, e exercer as funções que lhe forem conferidas pelo Estatuto do Tribunal. De entre essas funções é de salienta pela sua importância,

³³ No mesmo sentido, veja-se Wiebke Ruckert, Article 4. Legal Status and Powers of the Court, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article*. Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

- representar o Tribunal, nomeadamente em sede de celebração de acordos com outras entidades – artigo 2;
- propor à Assembleia dos Estados membros o aumento ou a diminuição do número de Juízes – artigo 36.º, n.º 2;
- no âmbito de uma gestão eficiente do trabalho do Tribunal, afectar os Juízes da primeira instância à Secção de instrução ou de julgamento – artigo 36.º, n.º 4 –, nomear os Juízes suplentes dos Juízes da 1.ª instância – artigo 74.º, n.º 1;
- conceder ao Juiz, a pedido deste, escusa do exercício de algumas das suas funções – artigo 41.º, n.º 1 – e levantar a imunidade ao Secretário do Tribunal – artigo 48.º n.º 5, al. b).

B) Secções jurisdicionais e os Juízes

1. Nos termos do artigo 34.º do Estatuto de Roma, o Tribunal é composto por 18 Juízes divididos por três grandes instâncias, a saber: a *de Recurso* – *Secção de Recursos* ou *Appels Division* –, a de Julgamento – *Secção de Julgamento* ou *Trial Division* – e a de Instrução – *Secção de Instrução* ou *Pre-Trial Division* – Julgamento.

A Secção de Recurso – *Appels Division* – é composta pelo Presidente do Tribunal e por mais quatro Juízes; a Secção de Julgamento – *Trial Division* – que é verdadeiramente a 1.ª Instância, é composta por, pelo menos, seis Juízes; a *Pre-Trial Division* (Secção ou Juízo de Instrução) – é composta por, pelo menos, seis Juízes – cfr. n.º 1 do artigo 39.º do Estatuto do Tribunal.

III. Os Juízes: Recrutamento e o Modo de designação dos Juízes

1. Candidatura: Requisitos e Apresentação

Integram o Tribunal dezoito Juízes eleitos pela Assembleia dos Estados Partes, sendo o processo de selecção dos candidatos e de eleição regulado no artigo 36º do Estatuto com a epígrafe *Qualificações, Candidatura e Eleição dos Juízes*. Os candidatos deverão ser propostos pelos Estados Partes no Tratado – alínea a) do nº 4 do artigo 36º – podendo cada Estado Parte propor candidato que não seja seu nacional, sendo, contudo, obrigatório que todos os candidatos sejam nacionais dos Estados Partes no Tratado de Roma. A proposta deverá ser acompanhada “*de uma exposição detalhada comprovativa de que o candidato possui os requisitos enunciados no nº 3*” do citado artigo e que são os seguintes:

elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade³⁴ que implica uma dimensão ético-funcional e, ainda, elevada *competência técnica*, que aponta para uma dimensão técnico-profissional e *competência linguística* numa das línguas de trabalho do Tribunal em especial francês e inglês, línguas veiculares ou de trabalho no Tribunal – artigo 50º do Estatuto – que tem como objectivo facilitar a comunicação quer no âmbito das relações funcionais no Tribunal quer antes da prática dos actos judiciais.

2. Selecção

Para efeitos de eleição dos candidatos serão estabelecidas duas listas de candidatos, a saber: a lista A com os candidatos que foram escolhidos pelos Estados proponentes de acordo com os critérios de selecção dos seus Juízes para os mais altos cargos da judicatura nacional e que contém os nomes dos candidatos especialistas em direito criminal e em direito processual; a lista B) com os candidatos escolhidos pelos Estados proponentes de acordo com as regras de escolha de Juízes adoptada internacionalmente para o Tribunal Internacional de Justiça³⁵, e que deverão ser especialistas em direito internacional - ver artigos 4º a 7º e o nº 5 do artigo 36 do Estatuto do Estatuto deste Tribunal. Deverão ser eleitos nove Juízes da lista A e cinco da lista B devendo manter-se essa proporção em todas as eleições subsequentes à primeira.

Para além dessa regra, importa realçar que, nos termos do do nº 8 do artigo 36º do Estatuto, o Tribunal não poder ter mais do que um Juiz nacional de cada Estado e que na composição do Tribunal deve ser assegurada a representação dos principais sistemas jurídicos do mundo, uma equitativa representação geográfica e a representação de Juízes de cada um dos sexos.

3. Mandato dos Juízes

O mandato dos Juízes é de nove anos, não sendo possível a reeleição. Para assegurar a rotatividade dos Juízes, o Estatuto determina que um terço dos Juízes eleitos na primeira eleição exercerá o cargo por um período de três anos, o outro terço por um período de seis anos e o último terço por um período de nove anos. A escolha dos Juízes que integrarão cada um desses terços será feita por sorteio. Apesar de não ser permitida a reeleição, o Estatuto admite que os Juízes que tenham sido sorteados para exercer um mandato inicial de três anos poderão ser reeleitos para um mandato completo.

³⁴ No mesmo sentido, veja-se, Zu Wen-Qi, Comentário ao Artigo 36º, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, citº, pª 603 e segs.

³⁵ Cfr. nº 5 do artigo 36º do Estatuto.

É claro que se à data da cessação do mandato o Juiz estiver integrado numa formação de julgamento e/ou a participar em qualquer julgamento, o seu mandato só cessará depois de estar concluído o julgamento³⁶.

4. Procuradoria e o Procuradores

1. Procuradoria

É constituída por um Procurador (Prosecutor) e seus Adjuntos (Deputy Prosecutor) - n.º 2 do artigo 42º dos Estatuto e artigo 38º das Rules of Procedure – responsável pela investigação dos crimes e perseguição dos presumíveis criminosos – artigo 15º do Estatuto e 46.º e segs da Rules of Procedure.

2. O Procurador

O Procurador, que deverá ser um jurista de “*elevada idoneidade moral, elevado nível de competência e vasta experiência prática em matéria de processo penal*” – n.º 3 do artigo 42.º – e é eleito “*por escrutínio secreto e por maioria de votos dos membros da Assembleia de Estados*” – n.º 4 do artigo 42º do Estatuto.

Importa realçar a importante inovação introduzida pelo Estatuto do TIP que é a da autonomia do Procurador, nomeadamente em relação ao Conselho de Segurança. Essa autonomia assume uma decisiva relevância jurídico-processual dado que em matéria de abertura de inquérito, investigação e acusação penal o Procurador deixa de estar dependente de qualquer instituição internacional, não necessitando de autorização dessas instâncias para iniciar uma investigação com o objectivo de decidir se deve ou não abrir inquérito, pois agora pode fazer tudo isso *ex officio*, o que representa um grande avanço do processo penal internacional³⁷ e ³⁸.

Finalmente importa dizer que cabe ao Procurador propor aos Estados-Partes uma lista de três candidatos para cada cargo de Procurador-Adjunto (Deputy Prosecutor) – cfr. n.º 4 do artigo 42.º do Estatuto.

³⁶ Cfr. n.º 10 do artigo 36º do Estatuto.

³⁷ No mesmo sentido Isabel Lirola Delgado e Magdalena M. Martín Martínez, *La Corte penal Internacional, Justicia versus Impunidad*, Ed. Ariel Barcelona, 2001, p^a 180. Para maior desenvolvimento, veja-se a anotação a esse artigo por Morten Bergsomo e Pieter Kruger, in *Commentary on the Rome Statute of International Criminal Court, Observers' Notes, Articles by Article*, cit^o, p^a 703 e segs..

³⁸ Sobre as funções do Procurador na fase de investigação e de inquérito, veja-se Christoph Safferling, *Toward an International Criminal Procedure*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2001, p^a 54 e segs.

O Procurador tem um Gabinete que dirige com total autonomia e que é um órgão unipessoal, Gabinete que tem por função “*recolher comunicações e qualquer outro tipo de informação devidamente fundamentada sobre crimes da competência do Tribunal*” – n.º 2 do artigo 42.º do Estatuto.

3. O Secretário

O Secretário (Registry), é o responsável pelos aspectos não judiciais da administração e do funcionamento do Tribunal - (artigos 43.º do Estatuto) é designado por eleição pelos Juízes, tendo em atenção as recomendações da Assembleia dos Estados-Partes - n.º 4 do artigo 43.º do Estatuto.

O adjunto do secretário é nomeado pelos Juízes por proposta do Secretário – cfr. artigo 43.º do Estatuto. O pessoal da Secretaria é nomeado pelo Secretário cfr. n.º 1 do artigo 44.º do Estatuto.

4. O Mandato

O mandato do Procurador e seus Adjuntos, é de nove anos não renovável, bem como do Escrivão é de quatro anos renovável – cfr. respectivamente, o n.º 4 do artigo 42.º.

O mandato do Secretário é de cinco anos renovável por uma única vez – cfr. n.º 5 do artigo 43.º.

PROCESSO INTERNACIONAL PENAL E RECURSOS

Wladimir Brito

1. Introdução: Adopção das Regras de Processo pelos Estados

Começaremos por dizer que tradicionalmente o processo internacional penal era construído pelos Juízes dos Tribunais Internacionais Penais que assim estabeleciam as regras disciplinadoras da marcha do processo. Assim aconteceu com o Tribunal Militar Internacional criado pelo Acordo de Londres de 8 de Agosto de 1945 e que ficou conhecido por Tribunal de Nuremberga, que criou as suas próprias regras de processo; mais tarde com o Tribunal Internacional para a ex-Jugoslávia, criado pela Resolução do Conselho de Segurança n.º 808, de 22 de Fevereiro de 1993, que, em 11 de Fevereiro de 1994, com fundamento no artigo 15.º do seu Estatuto¹; criou as suas próprias regras de processo (Rules of Procedures and Evidences); e ainda com o Tribunal para o Ruanda criado por Resolução do Conselho de Segurança n.º 977, de 8 de Fevereiro de 1994 e pelo Tribunal Especial para a Serra Leoa, criado pelo Acordo entre Organização das Nações Unidas e Governo serra leonês, de 16 de janeiro de 2002, em ambos os casos com fundamento no artigo 14.º dos respectivos Estatutos, anexo ao referido Acordo.

Faz-se notar que nestes Tribunais, criados depois do Tribunal de Nuremberga, algumas regras de processo já constavam dos seus Estatutos, nomea-

¹ Este artigo estabelece que “Os Juízes do Tribunal Internacional adoptarão regras de procedimento e de recolha de prova para a condução da fase prévia ao julgamento, do julgamento e dos recursos, de admissibilidade de provas, de proteção das vítimas e das testemunhas e de outra questões apropriadas”

damente as relativas à investigação e acusação, direitos dos arguidos, sentença e recursos, mas a maior parte dessas regras de processo foram criadas pelos Tribunais. Podemos assim dizer que entre Nuremberga e o Tribunal para a ex-Jugoslávia, pese embora todos fossem Tribunais *ad hoc*, houve uma pequena evolução em matéria da lei processual Internacional, visto que, quanto a estes últimos Tribunais, algumas questões de grande relevância jurídico-processual – as acima indicadas – estavam já consagradas nos seus Estatutos.

A criação de um Tribunal Internacional permanente, como é o caso do Tribunal Internacional Penal, impunha que as regras de processo ou, se quisermos, que o Direito Internacional Processual aplicável nesse Tribunal, quer para disciplinar a abertura de inquérito e a realização da investigação quer o julgamento de processos, fosse criado, não pelos Juízes, mas sim por um legislador externo ao Tribunal.

Com a criação em Roma do Tribunal Internacional Penal esta foi a doutrina acolhida pelos Estados membros do Estatuto do TIP que assim decidiram criar na Assembleia de Estados as Rules of Procedure, autorizando aos Juízes somente a que, em casos urgentes, possam adoptar, por maioria de dois terços, normas provisórias de processo para a resolução de uma situação concreta suscitada, perante o Tribunal, normas essas que terão necessariamente de ser ratificadas na primeira Assembleia Geral dos Estados Partes².

Na verdade, o artigo 51º do Estatuto, segundo a qual “*the Rules of Procedure and Evidence shall enter in force upon adoption by a two-thirds majority of the member of the Assembly of State Parties*”, consagra este novo método de criação de regras processuais para este Tribunal, o que é a originalidade fundante de um verdadeiro código internacional de processo penal, que a natureza permanente do Tribunal impunha e que permite estabilizar as regras de processo, credibilizando o Tribunal³.

Importa finalmente dizer que, com o Tribunal Internacional Penal, o processo internacional penal assegura inequivocamente a promoção e a defesa dos direitos fundamentais de todos os intervenientes processuais, consagra um modelo processual humanamente concebido, justo e célere, que, por isso mesmo, é capaz de contribuir para a credibilização e a aceitação pela comunidade internacional – a *totus orbis* de Francisco Vitória – da Justiça Internacional Penal.

² Cfr. Artigo 51º, nº 3 do Estatuto. Para maior desenvolvimento, veja-se, a Anotação feita a este artigo por Bruce Broomhall, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, citº, pº 679 e segs..

³ Cfr. artigo 53º do Estatuto. Sobre as regras do artigo 51º e para maior desenvolvimento, veja-se, a sua anotação por Bruce Broomhall, in *Commentary on the Rome Statute of International Criminal Court, Observers’ Notes, Articles by Article*, citº pº 679 e segs.

2. Princípios fundamentais do Processo Internacional Penal

Podemos agora referir que o processo internacional penal atribui ao Procurador a titularidade da acção penal sob controlo do Juiz de Instrução – Pre Trial Chamber – e consagra um conjunto de princípios fundamentais conformadoras não só da disciplina da acção penal, como da jurisdição e do próprio processo. Vejamos sucintamente cada uma destas questões.

a) O princípio da complementaridade

Trata-se de um princípio de processual consagrado no Estatuto – artigo 17.º – que constitui o principal pressuposto processual de admissibilidade já não do processo mas sim da acção criminal, sendo considerado como a pedra angular da construção do Tribunal Internacional Penal. Significa isso, que com base nesse princípio este Tribunal é reconhecido como um tribunal complementar das jurisdições penais nacionais, o que foi declarado pela Comissão do Direito Internacional logo no Preâmbulo do projecto de artigos^{4 e 5}.

Assim, só uma acção penal no Tribunal Internacional Penal só deverá ser admitida se e quando estiverem preenchidos os pressupostos ínsitos nesse princípio, que são definidos pela negativa. Na verdade, a competência é devolvida ao Tribunal Internacional Penal sempre que:

Os tribunais penais nacionais não podem funcionar, ou, como diria o Comité *ad hoc*, revelam incapacidade de agir (“inability”);

Os Estados decidam não julgar, sem qualquer fundamento jurídico válido e aceitável, por falta de vontade de agir (“unwillingness”),

Com o reconhecimento desse princípio como base da articulação entre os Tribunais nacionais e o Tribunal Internacional Penal, foi possível resolver, na prática, essa articulação que é de natureza político-funcional que convoca a questão da soberania jurisdicional dos Estados, por um lado, e, por outro, a da

⁴ Efectivamente o parágrafo terceiro do Preâmbulo do projecto de estatuto proposto pela CDI dizia: “intended to be complementary to national criminal justice systems in cases where such trial procedures may not be available or may be ineffective”. (ver ILC, Draft Statute for an International Criminal Court, 1994).

⁵ No mesmo sentido John T. Holmes, quando afirma que “States made clear that the most effective and viable system to bring perpetrators of serious crimes to justice was one which must be based on national procedures complemented by an international court”. Cfr. John T. Holmes, *The Principle of Complementarity, in The International Criminal Court. The Making of Rome Statute. Issue, Negotiations, Results*, Ed. Kluwer Law International, The Hague, 1999, p.º 73.

articulação funcional dos tribunais nacionais e deste tribunal internacional, que é de grande complexidade jurídica.

Resolvidas estas questões no decurso das negociações em Roma e consagrado pelo artigo 17.º do Estatuto ⁶ o princípio da complementaridade, ficou garantida, podemos assim dizer, a eficácia funcional do Tribunal Internacional Penal, o que impede os Estados de, por omissão voluntária, impedirem o julgamento dos criminosos no for internacional.

Assim, o Tribunal Internacional Penal, com base no princípio da complementaridade, só tem competência para julgar se e quando se verificarem as excepções estabelecidas nas alíneas a) e b) do nº 1 do artigo 17º, ou seja, se se comprovar que o Estado não pretende efectiva e seriamente fazer o inquérito e/ou a instrução judicial, levar a julgamento e julgar o suspeito (aqui surge o conceito de “unwillingness”) ou não tenha capacidade efectiva de contra este proceder criminalmente (aqui é a questão da “inability” que está em causa).

⁶ Artigo 17 (“Issues of Admissibility”):

1. Having regard to paragraph 10 of the Preamble and article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where:
 - (a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution;
 - (b) The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute;
 - (c) The person concerned has already been tried for conduct which is the subject of the complaint, and a trial by the Court is not permitted under article 20, paragraph 3;
 - (d) The case is not of sufficient gravity to justify further action by the Court.
2. In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of the following exist, as applicable:
 - (a) The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5;
 - (b) There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice;
 - (c) The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.
3. In order to determine inability in a particular case, the Court shall consider whether, due to a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, the State is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings.

b) Princípios Jurídico-Penais universalmente reconhecidos e aceites

O Estatuto do Tribunal Internacional Penal consagra o respeito pelos princípios fundamentais do direito penal universalmente reconhecidos. De entre esses princípios destacamos o princípio de:

1. *Ne bis in idem*, já acolhido na Declaração Universal dos Direitos do Homem e em várias convenções multilaterais relativas aos direitos do Homem, é consagrado no artigo 20º do Estatuto. Trata-se, como se sabe, um princípio jurídico-internacionalmente fundamental para a defesa do indivíduo contra perseguições, julgamento e punições múltiplas pela prática do mesmo crime, sendo considerado uma garantia judicial⁷ que permite assegurar um procedimento judicial conforme com o “*standart minimum of due process*” e o respeito pelos direitos e garantias individuais. Este princípio é um decisivo instrumento de resolução de conflitos positivos entre a jurisdição nacional e a jurisdição internacional e também de preservação da integridade das decisões judiciais, na medida em que com fundamento nele, uma decisão já proferida não será contrariada por outra do mesmo ou de diferente tribunal.

Para além disso, nos termos do nº 2 do artigo 17º do Estatuto, o Tribunal *ex officio* tem de verificar se estão preenchidos os pressupostos da aplicação desse princípio, assegurando a todos que ninguém é julgado duas vezes pela prática do mesmo crime e, em consequência, que, após o julgamento, ninguém será incomodado por esses mesmos factos (*nemo debet bis vexari*)⁸.

Sob o ponto de vista do direito internacional e no caso concreto do Tribunal Internacional Penal, o respeito pela aplicação deste princípio é também assegurado pelo princípio da complementaridade este princípio.

Importa finalmente assinalar que o princípio *ne bis in idem* só é aplicável de forma absoluta no caso de o suspeito ter sido julgado pelo próprio Tribunal Internacional Penal pela prática do mesmo crime, visto que o nº 3 do artigo 20º do Estatuto consagra exceções a esse princípio, todas elas fundadas na comprovada suspeita de improbidade do Tribunal nacional, isto é, na sua séria e comprovada parcialidade e falta de independência, logo, na falta de credibilidade e de qualidade da justiça nacional.

Por outro lado, essas mesmas exceções levantam alguns dos mais delicados problemas nas relações entre a justiça penal nacional e a justiça penal

⁷ Julio Barboza, *International Criminal Law*, in *Recueil de Cours*, Tomo 278, 1999, p.ª 52.

⁸ Sobre este princípio e para um estudo mais profundo, veja-se entre outros Immi Talgren, *Ne bis in Idem*, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p.ª 429.

internacional⁹, na exacta medida em que, com base nelas, se afasta o princípio da complementaridade, legitimando a intervenção do Tribunal Internacional Penal, e também deram origem (e irão dar causa) a grandes e sérias controvérsias, nomeadamente, como assinala Immi Talgren, sobre: quem avalia e tem competência para decidir sobre a qualidade e a credibilidade da justiça nacional? quem define os critérios objectivos de avaliação?¹⁰

2. *Nullum crimen sine lege*, integra o princípio da legalidade e foi consagrado no artigo 22º do Estatuto. Embora tenha sido importado do direito interno dos Estados onde é consagrado, é hoje amplamente aceite e reconhecido como um princípio fundamental Direito Internacional ¹¹ com base no qual se limita decisivamente a intervenção do Tribunal (ou o julgamento) Internacional exclusivamente aos casos em que a conduta do agente tenha sido qualificada como crime por lei anterior à sua prática, proibindo-se assim também no âmbito do Direito Internacional a aplicação retroactiva da lei penal.

Geneticamente limitadora da acção judicial em matéria penal, o princípio impõe, portanto, ao legislador internacional o dever de tipificar legalmente os factos que integram uma conduta que pretende qualificar como crime, criando assim o tipo de crime antes de atribuir competência ao Tribunal para julgar e punir os agentes dessa conduta. O princípio protege assim o indivíduo da perseguição criminal por conduta que à data da sua prática não era considerada crimes, ao mesmo tempo que impõe aos Estados aquele dever de legislar com clareza e de publicitar a legislação penal ¹².

Em sede de jurisdição penal internacional, a sua expressa consagração desse princípio nos Estatutos do Tribunal Internacional Penal e nas Rules of

⁹ No mesmo sentido e para mais desenvolvimento, veja-se Immi Talgren, *Ne bis in Idem*, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p.º 429.

¹⁰ Immi Talgren, *Ne bis in Idem*, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p.º 429.

¹¹ Faz-se notar que também é um princípio consagrado por várias Convenções Internacionais que tratam dos Direitos do Homem, nomeadamente as que acima foram referenciadas .

¹² Nesse sentido, veja-se Bruce Broomhall, *Articles 22.º Nullum Crimen sine Lege*, in *The International Criminal Court. The Making of Rome Statute. Issue, Negotiations, Results*, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999ª, p.º 451.

Procedures e o seu o respeito por esse Tribunal¹³ representa um enorme avanço do direito internacional penal. De facto, para além de garantir o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais do indivíduo e de potenciar a cooperação inter-estatal em matéria penal, este princípio, ao assegurar, a não retroactividade da lei penal, garante também a liberdade individual, protegendo-a de inadmissíveis interferências do poder judicial.

Interessa, contudo, esclarecer que a questão da definição dos crimes - crimes segundo o Direito Internacional Geral e “treaty-crimes”- que deveriam ser submetidos à jurisdição do Tribunal, por um lado, e da inclusão ou não desses crimes no Estatuto e a expressão que se deveria usar para se referir a tais crimes, por outro, tornou muito problemática a redacção do artigo 22º do Estatuto. Mas, com a proposta de Per Saland, que veio a ser adoptada¹⁴, nos termos da qual nos Estatutos, em vez de se falar de crime, deveria ser usada a expressão *conduta* para se referir a qualquer acção ou omissão tornou-se possível a elaboração do texto daquele artigo nos termos hoje consagrados no Estatuto.

3. O princípio da não retroactividade da aplicação das penas consagrado no artigo 11º - competência *ratione temporis* - e no artigo 24º - não retroactividade *ratione personae* - do Estatuto recobre quer a retroactividade *ratione tempore* (artigo 11º), quer a retroactividade *ratione personae* (artigo 24º)¹⁵ e a sua consagração foi pacífica, tanto mais que já figurava num importante conjunto de Tratados internacionais relativo aos Direitos do Homem.

De acordo com o artigo 11, a competência e a jurisdição do Tribunal não são retroactivas. Assim, no que diz respeito à competência, o Tribunal só a pode exercer para julgar os crimes praticados após a entrada em vigor do

¹³ Sobre o respeito por esse princípio pelos Tribunais *ad hoc* de Nuremberga e de Tóquio foi reclamado por vários autores logo após a Segunda Grande Guerra, veja-se, entre outros, Kenneth S. Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Ed. Cambridge University Press, 2009, R. John Pritchard, *The International Military Tribunal for the Far East and the Allied National War Crims Trials International Criminal Law. Enforcement*, in Transnational Publishers, Inc. Ardsle, New York, 1999, p.ª 141 e seg, Silva Cunha e Maria da Assunção do Vale Pereira, *Manual de Direito Internacional Público*, 2ª edição Ed. Almedina, Coimbra, 2000, p.ª 460 e, ainda, um resumo dessas críticas feitas por Cherif Bassiouni, “The Nuremberg” Legacy, in *International Criminal Law. Enforcement*, in Transnational Publishers, Inc. Ardsle, New York, (2.th Edition) 1998, p.ª 202).

¹⁴ Per Saland, *International Criminal Law Principles*, in *The International Criminal Court. The Making of Rome Statute. Issue, Negotitation, Results*, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, 195.

¹⁵ Para uma visão resumida dos problemas decorrentes da negociação deste artigo, veja-se Per Saland, *International Criminal Law Principles*, in *The International Criminal Court. The Making of Rome Statute. Issue, Negotitations, Results*, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p.ª 196.

seu Estatuto consagrado pela Convenção de Roma de 1998. Assinale-se que essa não retroactividade *ratione temporis* tem de ser articulada quer com o princípio *nullum crimen sine lege*, quer com a não retroactividade *ratione personae* de que falámos acima.

No que diz respeito à proibição da retroactividade da jurisdição do Tribunal, o nº 2 do artigo 11º consagra a regra segundo a qual, mesmo relativamente aos Estados que venham a aderir à Convenção após a sua entrada em vigor, não é admitida a jurisdição retroactiva do Tribunal, salvo se declararem expressamente que a aceitam relativamente a crimes cometidos antes da sua adesão.

4. O Princípio *nulla poena sine lege* está incindivelmente ligado com o princípio *nullum crimen sine lege*, tanto mais quanto ambos integram o princípio da estrita legalidade em matéria penal. Por outro lado, o princípio *nulla poena sine lege*, tal como todos os demais princípios aqui referidos, encontra pleno e amplo acolhimento em diversos instrumentos internacionais relativos aos direitos do Homem e, pode dizer-se que nesses instrumentos, tem uma natureza inderrogável.

De qualquer forma, como diria V. Pella, esse princípio, por razões de equidade, deve ser aplicado pelo direito internacional tal como no direito interno¹⁶, o que implica a ideia da necessidade de se definir com clareza a concreta medida da pena, estabelecendo-se, portanto, os seus limites mínimo e máximo. A este propósito, acontece que no decurso da negociação desta disposição, quer no seio dos Comitês quer da Conferência de Plenipotenciários, foram defendidas e debatidas duas distintas posições, a saber: uma, que perfilhava a acima referida tese de V. Pella e, de acordo com ela, o Estatuto deveria estabelecer as penas mínimas e máximas, acontecendo até que certos apoiantes desta tese advogavam mesmo a concreta consagração de normas sobre as agravantes e atenuantes; outra, perfilhada pela Comissão de Direito Internacional, entendia que não era necessário consagrar no Estatuto a concreta doseometria das penas e, na esteira dos princípios firmados em Nuremberga, caberia ao Tribunal a competência para fixar a pena de acordo com a natureza e a gravidade do crime. Do confronto dessas duas teses resultou a opção pelo Estatuto de uma posição intermédia com predominância da clássica tese internacionalista, ou seja a fixação da pena máxima com a consagração da liberdade do Tribunal de fixar as penas dentro do limite pré-estabelecido. É esta a solução consagrada nos artigos 77º

¹⁶ Vespasian Pella, La Répression des Crimes contre la Personnalité de l'État, in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1930, p.^a 337.

e 78º do Estatuto. Poder-se-á, assim, dizer com William Schabas¹⁷ que o artigo 23º acaba por constituir um limite à discricionariedade do poder do Tribunal em matéria da fixação da concreta medida da pena¹⁸.

3. A titularidade da acção penal no Processo Internacional Penal

1. O Procurador, nos termos do artigo 15.º do Estatuto, é o titular da acção penal, tendo para o efeito competência para, *ex officio*, iniciar um processo, abrindo inquérito com base em informações sobre a prática de um crime internacional da competência do Tribunal.

Se essa titularidade não causou grandes perturbações no processo de discussão e de elaboração do Estatuto, já assim não aconteceu com a competência para *motu próprio* iniciar, através da abertura de um inquérito, um processo crime, competência que gerou uma viva controvérsia político-doutrinal por se entender que a atribuição ou não ao Procurador do poder de *motu próprio* iniciar uma investigação teria consequências na estrutura e no funcionamento do Tribunal. Essa discussão onde pontuaram as diferentes posições da Comissão de Direito Internacional e do Comité ad Hoc, que acabaram por ser conciliadas pelo Preparatory Committee.

¹⁷ William Shabbas, Article 23.º, Nulla Poena sine Lege, in The International Criminal Court .The Mking of the Rome Statute. Issue, Nogotiations, Results. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p.ª 466.

¹⁸ A consagração no Direito Internacional dos princípios *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* e da *irretroactivade da lei penal*, que, como se sabe, são corolários do princípio da legalidade, revela que a sociedade internacional, ao aceitar esses princípios, começa a admitir que o seu poder de legislar em matéria penal, ou, mais correctamente, o seu poder de mandar aplicar a lei penal e o seu poder de julgar passam a estar limitados por esses princípios ou mais amplamente pelo princípio da legalidade. Para um estudo mais desenvolvido desses princípios, veja-se, Eduardo Correia, Direito Criminal, Vol. I, Ed. Almedina, Coimbra, 1971, p.ª 129 e segs. e Cavaleiro Ferreira, Direito Penal Português, Ed. Verbo, Lisboa, 198, p.ª 90 e segs..

No quadro desse debate¹⁹, o que, em última análise, ressalta é a ideia de que se torna necessário algum controlo do poder discricionário do Procurador, controlo esse que deveria ser feito através do poder judicial, *rectius*, através de uma *judicial review*, e exercida pela Secção de Instrução (Pre Trial Chamber).

Encurtando razões, poderemos dizer que a vitória da tese consagrada no artigo 15.º do Estatuto também se deve à proposta conjunta da Argentina e da Alemanha feita em Março de 1998, que conciliou as duas posições propondo um controlo pela Secção de Instrução (Pre-Trial Chamber) do exercício do poder de iniciativa do Procurador, que em última análise consistira na obrigação a este imposta de obter prévia autorização dessa Secção (Chamber) para dar início a uma investigação criminal²⁰.

Aceite essa proposta, ficou consagrado no n.º 1.º do artigo 15.º que:

“1 - O procurador poderá, por sua própria iniciativa, abrir um inquérito com base em informações sobre a prática de crimes da competência do Tribunal”.

¹⁹ A propósito desse debate, dizem-nos Morten Bergsmol e Jelena Pejic, Article 15, in Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes Article by Article, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Badden-Banden, 1999, p.ª 360, que “[T]he 1996 Preparatory Committee debates continued to mirror, and further elaborate, the two basically different positions with respect to *proprio motu* powers. The March-April 1996 Preparatory Committee session was, however, important, because it was at this meeting that the idea of judicial review of *proprio motu* proceedings was traced. It was suggested that a case initiated by the Prosecutor be submitted to a chamber of the Court which would, upon a hearing, decide whether it should be pursued or discontinued. The proceedings would be *in camera* and confidential in order to prevent publicity and to protect the “interest of the States”. Interestingly enough, the proposal on judicial review as a mechanism that would prevent abuse of prosecutorial discretion was not inserted in the compilation of specific drafting proposals issued after the completion of the Preparatory Committee’s work”.

Para maior desenvolvimento, veja-se Morten Bergsmo and Jelena Pedic, Article 15, in Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes Article by Article, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Badden-Banden, 1999, p.ª 359 e segs..

²⁰ Na verdade, explicam-nos Morten Bergsmo e Jelena Pejic, Article 15, in Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes Article by Article, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Badden-Banden, 1999, p.ª 362) que “Given the depth of opposition to an independent Prosecut or it became clear that fears of Sates belonging to the second group would have to be addressed by means additional checks on prosecutorial power if the proposition of a *proprio motu* Prosecutor was to stand any chance of success. A compromise solution, that provided the basis for what eventually became article 15 of the Rome Statute, was introduced by Argentina and Germany in March 1998. The proposal laid out some sources that could submit information on the commission of a crime to the Prosecutor and the Prosecutor’s right to seek additional information from other sources. Most importantly, it obliged the Prosecutor to seek authorisation from the Pre-Trial Chamber before proceeding with a *proprio motu* investigation, thus introducing early judicial review of proceedings initiated on the Prosecutor’s own motion. The text also specified the criteria which would guide the Pre-Trial Chamber in authorising the commencement of an investigation (...)”.

Contudo, com vista a introduzir o mecanismo de controlo judicial desse poder do Procurador a que nos referimos acima, o n.º 3 do aqui referido artigo 15.º estabelece que “*se concluir que existe fundamento suficiente para abrir um inquérito, o procurador apresentará um pedido de autorização nesse sentido ao juízo de instrução, acompanhado da documentação de apoio que tiver reunido*”, cabendo a esse Juízo, caso entenda haver fundamento suficiente, autorizar a abertura do inquérito – n.º 4 do artigo 15.º.

2. Poderes Processuais e Instrumentais

Como titular da acção penal, o artigo 54.º confere ao Procurador um complexo conjunto de poderes em matéria de inquérito, ou seja, de natureza processual, cujo exercício é decisivo para se requerer a prisão preventiva, deduzir acusação e levar a julgamento o (alegado) agente do crime. Não vamos aqui tratar destas matérias sob o ponto de vista processual, mas sim e exclusivamente dos poderes do Procurador.

Neste artigo 54.º, os poderes do Procurador estão organizados em duas grandes categorias, embora todas orientadas para o inquérito processual, a saber:

– Poderes processuais de investigação e de procedimento criminal – alíneas a) b) e c) do n.º 1, n.º 2 e a) e b) do n.º 3. Estes poderes constituem os parâmetros dentro dos quais o Procurador processualmente poderá agir, em sede de inquérito, exercendo as suas competências jurídico-processuais pormenorizadas nas Regras de Processo e de Prova²¹.

– Poderes instrumentais extraprocessuais de cooperação com Estados – alíneas c) e d) do n.º 3. Esses poderes devem ser exercidos de acordo com as normas estatutárias – artigos 86.º e 87.º – e processuais – Capítulo 11, artigos 176.º e segs. – de cooperação judiciária e nos estritos limites das necessidades da investigação e do inquérito. Faz-se notar que os convénios a que se refere a alínea d) do n.º 2 do artigo 54.º do Estatuto não são tratados internacionais, mas simples protocolos de cooperação em matéria judiciária, que têm necessariamente como “chapéu” acordos de cooperação celebrados entre o Tribunal, enquanto Organização Internacional, e os Estados cujo objecto não pode ir além das matérias relativas a essa cooperação. Assim sendo e tendo em conta que a prisão preventiva, a detenção e entrega de pessoas só pode ser ordenada pelo Juiz de Instrução (da Pre-Trial Chamber)²², esses acordos ou convénios de coope-

²¹ Ver Secção II Initiation of Investigations under Article 15.º, Regras 46.º a 50.º

²² Cfr. artigos 57.º a 59.º do Estatuto e as Regras 117 e segs. das Rules of Procedure and Evidence. A este propósito, importa dizer que em Portugal existe uma lei da cooperação judiciária que é a Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto.

ração, por terem de ser compatíveis com os Estatutos, só podem ter por objecto as matérias constantes do Capítulo IX do Estatuto, com especial relevância para (ou talvez só) as do artigo 93.º. Esclareça-se que é nesse capítulo que se impõe aos Estados parte a obrigação de cooperar (artigo 86.º) e que podem ser celebrados acordos de cooperação com Estados que não sejam partes no Tratado de Roma²³.

3. Deveres

Ao Procurador são impostos deveres em matéria de investigação. Salientamos os mais importantes, que são o dever de:

a) Perseguir a verdade dos factos, que o obriga a alargar o inquérito a todos os factos e provas pertinentes;

b) Imparcialidade e de integridade que o obriga a “investigar de igual modo as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa”

c) Sigilo, que o obriga a não divulgar “em qualquer fase do processo, documentos e informações que tiver obtido, com a condição de preservar o seu carácter confidencial e com o objectivo de obter novas provas”

d) Adopção das “medidas necessárias para assegurar o carácter confidencial das informações, a protecção das pessoas ou a preservação das provas”²⁴.

e) Completo respeito pelos direitos das pessoas, que o obriga a ter extremo cuidado para, no decurso da investigação, não violar os direitos fundamentais da pessoa – mesmo que seja suspeita – que são internacionalmente reconhecidos e garantidos e cujo núcleo fundamental é constituído pelos direitos indicados nas alíneas a) a d) do n.º 1 e nas alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo 55.º do Estatuto²⁵.

Como explicam Morten Bergsmo e Pieter Kruger, “*this provision requires that the Prosecutor be cautious in his or her investigations in order not to violate in any manner of the rights of any person that are guaranteed by the Statute. The persons referred to would include victims, witnesses, suspects and accused*”²⁶.

Como pode ver-se, trata-se de deveres que, como dizem Morten Bergsmo e Pieter Kruger, impõem ao Procurador a obrigação servir com impar-

²³ Cfr. artigo 87.º, n.º 5, do Estatuto.

²⁴ Cfr. artigo 54.º n.ºs 1 a) e n.º 3 e) e f)

²⁵ Sobre estes direitos e o seu núcleo fundamental veja-se, entre outros, Lirola Delgado e Martín Martínez, *La Corte Penal Internacional, Justicia versus Impunidad*, Ed Areil, Barcelona, 2001, p.^a 194/195.

²⁶ Bergsmo e Kruger, Article 54, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers’ Notes Article by Article*, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p.^a 719.

cialidade os interesses da justiça internacional²⁷ e de respeitar os direitos fundamentais, necessariamente reconhecidos e garantidos pelo Estatuto.

Mas a estes deveres acresce um outro que de certo modo está implícito no Estatuto, que é o de respeitar a soberania e com ela a legislação interna dos Estados em cujo território esteja a realizar investigações. Na verdade, o exercício do poder de conduzir investigações no território do Estado – seja ou não parte no tratado que institui o Tribunal Penal Internacional – impõe-lhe a obrigação de realizar essa actividade com a estrita observância das disposições contidas no Capítulo IX, em especial no artigo 99.º e das normas do artigo 57.º d), todos do Estatuto²⁸.

4. Juízo de Instrução – Pre-Trial Chamber

O artigo 56º do Estatuto cria o Juízo de Instrução conferindo-lhe poderes específicos que permitem os Juizes dessa Pre-trial Chamber como verdadeiros Juiz da liberdade, como aliás, se reconhece na parte final da alínea b) do artigo 56º do Estatuto, onde é-lhes atribuída a função de “*protege[r] os direitos de defesa*”, cabendo-lhes, entres outros e para o efeito a competência para, nos termos do artigo 61º, julgar ou não procedente a acusação, autorizando deste modo a abertura da fase de Julgamento²⁹. Mas, ao Juiz de Instrução é também conferida competência de proteger os direitos da vítima – quer o de participação no processo, quer o de ser indemnizada³⁰ – e de assegurar a protecção das testemunhas³¹, protecções essas que são, como bem se entende, de grande relevância para o apuramento da verdade e para a realização de um julgamento justo.

²⁷ Bergsmo e Kruger, Article 54, in Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers’ Notes Article by Article, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999. p.º718.

²⁸ Cfr. n.º 2, alíneas e b) do artigo 54.º do Estatuto.

²⁹ Sobre o Juízo de Instrução e os poderes dos Juizes nesta fase instrutória, veja-se as anotações ao artigo 56, feita por Fabrício Guarigilia, ao artigo 57º, feita por Fabrício Guarigilia e Kenneth Harris, ao artigo 58º e 59º, feita por Angelika Schlunck, ao artigo 60º, feita por Karim A. A. Khan, e, finalmente, ao artigo 61º, feita por Kuniji Shibahara, in Commentary on the Rome Statute of International Criminal Court, Observers’ Notes, Articles by Article, pº 765 e segs.. Para maior desenvolvimento, veja-se, ainda, Isabel Lirola Delgado e Magdalena M. Martín Martínez, La Corte Penal Internacional, Justicia versus Impunidad, citº, pº 182 e segs..

³⁰ Sobre esses direitos das vítimas, veja-se Gilbert Bitti, As Vítimas Perante o Tribunal Penal Internacional. Participação no Processo, in Actas da Conferência Internacional de Processo Penal. Os Desafios do Século XXI, Ed. Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 2007, pº 329 e segs..

³¹ William Schabas, The Place of Victims in International Criminal Law, International Criminal Law, Ed. Éres, 2004 pº 511.

Com a instituição deste Juízo cria-se pela primeira vez nos Tribunais Internacionais Penais uma nova fase processual que é a Instrutória ou da Instrução, em que ao Juiz tem competência para controlar a actividade do Procurador em sede de investigação e de inquérito – cfr. artigo 56º - e autorizar a praticar actos que contendam com a liberdade e a privacidade das pessoas, tais como o de emitir mandados de busca e de detenção, assegurar o respeito pela privacidade das vítimas e testemunhas, verificar a legalidade da detenção.

A criação deste Juízo tem também como objectivo assegurar alguns direitos fundamentais, nomeadamente o de um julgamento justo e célebre, na exacta medida em que o controlo judicial da acusação pode evitar acusações infundadas e julgamentos injustos³², e o de garantir o exercício do direito de defesa desde o primeiro momento da investigação e, também, a liberdade do acusado, a segurança e a salvaguarda dos direitos das vítimas e das testemunhas.

5. Recursos

Isabel Lirola Delgado e Magdalena M. Martín Martínez³³, explicam que, reconhecida pelo direito processual penal do Tribunal Internacional Penal para a ex-Jugoslávia a necessidade de respeitar o princípio processual de dupla instância ou de duplo grau de jurisdição, o Estatuto acabou por consagrar o recurso de apelação e o da revisão da sentença condenatória ou da pena, este último destinado àqueles casos em que, após a prolação da sentença, surjam novos factos até então desconhecidos ou se descubram falsidades que justificaram a condenação.

Com a consagração desses dois tipos de recursos, no processo penal no Tribunal Internacional Penal passam a ser admitidos como fundamento do recurso para além do erro sobre a matéria de facto e de direito, o vício processual e qualquer outro motivo susceptível de afectar de facto a equidade ou a regularidade do processo ou da sentença – cfr. artigo 81º nº 1 a) e b) do Estatuto – ou ainda, nos termos do nº 2 alínea a) do mesmo artigo, a desproporção entre a pena e o crime.

Podemos assim dizer que com esta nova tipologia de recursos passamos a ter dois tipos de recursos ordinários, o da apelação, em que se julga a matéria de facto que dá como provada ou não provada a acusação ou a sentença final e o da revisão com os fundamentos que a seguir indicaremos. Assim:

³² No mesmo sentido, Christoph Safferling, quando defende que “There are two main human rights provisions which govern the assessment of this review procedure. First, the procedure may not be prejudicial as to the outcome of the actual trial, that is, may not render the main hearing unfair, and secondly, due respect must be given to the provision of a ‘trial within reasonable time’”, in *Toward an International Criminal Procedure*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2001, pº 183.

³³ Isabel Lirola Delgado e Magdalena M. Martín Martínez, *La Corte Penal Internacional, Justicia versus Impunidad*, citº, pº 242 a 246.

1. No recurso de Apelação para reexame da:

a) matéria de facto, na opinião de Christoph Safferling, o que está em causa é um “appeal against ‘conviction or acquittal’. Also, the requirement in article 74º para. 2 that “[t]he Trial Chamber’s decision shall be based on its evaluation of the evidence and the entire proceedings’ would confirm that the reference in article 74 to ‘the Trial Chamber’s decision’ are confined to the Trial Chamber’s final judgement”³⁴, isto é, o julgamento da matéria de facto.

Este recurso pode ser interposto pelo Procurador no exclusivo interesse da comunidade internacional, e, neste caso, só pode ter como fundamento um vício processual, erros de facto ou de direito; quando interposto também no interesse do réu, para além desses fundamentos pode ainda ser invocado “qualquer outro motivo susceptível de afectar a equidade ou a regularidade do processo ou da sentença” – cfr. artigo 81º nº 1 do Estatuto.

b) sentença final, nos termos do nº 2 do 2º Parágrafo do artigo 83º, admite-se o reenvio para a primeira instância – Trial Chamber – de questão de facto cuja reapreciação seja condição prévia do julgamento do recurso e também a realização, por decisão da Appeal Chamber, de um novo julgamento noutra Juízo (Chamber) de 1ª Instância. Esse recurso pode ser interposto pelo Procurador no interesse do réu, para sindicar, exclusivamente, a pena aplicada com fundamento na desproporção entre esta e o crime, não sendo permitida a *reformatio in pejus* – cfr. o nº 2 do 2º Parágrafo do artigo 83º.

Acresce ainda que nos termos do citado artigo 82º são ainda recorríveis várias decisões interlocutórias, nomeadamente sobre a competência do Tribunal, sobre a admissibilidade do caso, sobre a prisão preventiva, sobre o exercício pelo Juiz de instrução da sua competência para agir *motu próprio* e sobre a decisão que afecte a tramitação equitativa e célere do processo ou o resultado do julgamento.

2. No Recurso de revisão

Nesse recurso, o que há de novo é o alargamento e a pormenorização do conceito de “nova prova”. De facto, nas alíneas a) a c) do artigo 84º faz-se um recorte mais pormenorizado do que se entende por novos elementos de prova e aceita-se ainda como fundamento desse recurso a conduta reprovável – “*serious misconduct*” – de um ou vários Juízes ou o incumprimento por estes, de tal forma grave, dos seus deveres – “*serious breach of duty*” – que justifique a cessação das suas funções – cfr. artigo 84º, alínea c) do Estatuto.

³⁴ Christopher Staker, Article 81º, in Commentary on the Rome Statute of International Criminal Court, Observers’ Notes, Articles by Article, pº 1018.

Como pode ver-se é significativo o alargamento dos fundamentos do recurso de revisão, por constituir um importante instrumento do exercício do direito de defesa do arguido e por ser também factor de protecção dos seus direitos fundamentais e de efectivação do “*due process of law*” e, conseqüentemente, de um “*fair trial*”³⁵.

Concluindo, podemos dizer que com o Tribunal Internacional Penal o processo penal internacional, herdado do Tribunal Penal para a ex-Jugoslávia, sofreu uma importante evolução toda ela no sentido da sua humanização e, conseqüentemente, da promoção e da defesa não só dos direitos fundamentais de todos os intervenientes processuais, mas também consagração de um processo humanamente concebido, justo e célere, e, por isso mesmo, capaz de contribuir para a credibilização e a aceitação pela comunidade internacional – a *totus orbis* de Francisco Vitória – da Justiça Penal Internacional.

³⁵ Sobre a “*fair trial*” e a sua relação com os direitos humanos, veja-se Christoph Safferling, *Toward an International Criminal Procedure*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2001, p.^a 24 e segs..

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO INDIVÍDUO

Maria de Assunção do Vale Pereira

Em termos sumários, pode dizer-se que a responsabilidade se traduz no facto de “[s]empre que um sujeito de Direito viola uma norma ou um dever a que está adstrito em relação com outro sujeito ou sempre que, por qualquer forma, lhe causa um prejuízo, incorre em responsabilidade; fica constituído em dever específico para com o lesado”¹. Assim, a afirmação da responsabilidade internacional surge como “corolário do direito internacional, a melhor prova da sua existência e a medida mais credível da sua efetividade”².

No que concerne à responsabilidade internacional dos indivíduos por violação grave de normas de direito internacional, que é aquela que nos interessa no contexto da presente obra, deve diz-se que a sua afirmação é relativamente tardia, uma vez que o próprio direito internacional foi, até finais do séc. XIX, constituído por normas dirigidas exclusivamente aos Estados³, surgindo, a partir de então – e, numa fase inicial, bastante timidamente – outras pessoas coletivas

¹ Jorge Miranda, “Sobre a Responsabilidade Internacional”, *Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.*, Ano 10, Volume 20, 2002, p. 305. Para uma análise mais aprofundada do conceito de responsabilidade internacional e sua evolução, veja-se Alain Pellet, “The Definition of Responsibility in International Law”, *The Law of International Responsibility*, James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 3 a 16.

² Alain Pellet, “The Definition of Responsibility in International Law”, *cit.*, p. 3.

³ Exceção feita à Igreja Católica, unanimemente reconhecida como sujeito originário do Direito Internacional. Recorde-se, no entanto, que a Igreja Católica, até à década de 70 do séc. XIX, também detinha possessões territoriais importantes – os Estados pontifícios (também chamados Património de São Pedro) – que ocupavam uma parte da zona central da península itálica e que tinham sido doados à Igreja no século VIII por Pepino, o Breve.

dotadas de personalidade jurídica internacional, nomeadamente as organizações internacionais; e, no que aos indivíduos se refere, só podemos falar deles enquanto sujeitos de Direito Internacional *grosso modo* a partir do final da Segunda Guerra Mundial.

Como decorre do afirmado *supra*⁴, as primeiras tentativas de julgar alguém por violação de normas de direito internacional surgem associadas a violações graves dessas normas perpetradas em períodos de guerras.

O fim da Segunda Guerra Mundial traz, por uma lado, a afirmação do Direito Internacional dos Direitos Humanos (em consequência da consciencialização de que as violações mais graves dos mesmos são, muitas vezes, imputáveis ao próprio Estado, a quem cabia defendê-los) e, por outro, a responsabilidade dos indivíduos por violações graves do Direito Internacional⁵, nomeadamente do Direito Internacional Humanitário – portanto, do direito aplicável no decurso de conflitos armados⁶. A concretização dessa responsabilização começou por ocorrer, em termos práticos, nos julgamentos de Nuremberga e de Tóquio⁷. No entanto, tal responsabilização passa também a ter um suporte normativo, com a adoção de normas internacionais que estabelecem obrigações a cargo dos indivíduos e preveem a responsabilização daqueles que as violem gravemente⁸.

⁴ Wladimir Brito, "Uma História Concisa do Tribunal Internacional Penal", *supra*, pp. 9 ss.

⁵ Por esta via, torna-se incontestada a personalidade jurídica internacional do indivíduo, uma vez que esta é condição fundamental para a sua responsabilização. Como afirmou Gaja, "a responsabilidade, nos termos do direito internacional, só pode existir para um sujeito de direito internacional" (Giorgio Gaja, "First Report on Responsibility of International Organizations", UN Document A/CN.4/532, 2003, p. 110, par. 15).

⁶ No pós Segunda Guerra Mundial, passou a falar-se preferentemente de conflitos armados e não tanto de guerra. Antes deste conflito, o Direito Internacional Humanitário era aplicável ao "estado de guerra" que era necessariamente interestadual e se "iniciava com uma declaração de guerra e [se] concluía com a celebração de um tratado de paz". Depois daquele conflito mundial, predominam os conflitos armados internos e desaparece a declaração de guerra (que face à proibição do uso da força estabelecida na CNU, se tornaria, nas palavras de Scelle, "uma confissão cínica da vontade de perpetuar o crime de guerra"), e a celebração da paz passa a revestir contornos diferentes. Sobre esta questão, veja-se Maria de Assunção do Vale Pereira, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, em particular pp. 56 a 62.

⁷ Ou seja, nos julgamentos realizados pelo International Militar Tribunal e pelo International Militar Tribunal for the Far East, em Nuremberga e Tóquio, respetivamente, e já referidos *supra* em Wladimir Brito, "Uma História Concisa do Tribunal Internacional Penal", *supra*, pp. 10-12.

⁸ Recorde-se que uma das principais censuras feitas à atuação dos referidos tribunais foi a de que não respeitariam o princípio fundamental *nullum crimen sine lege* ao julgarem pessoas pela adoção de comportamentos não definidos previamente como crimes. Sendo uma crítica certa não deve cair-se na tentação, que por vezes parece decorrer de alguns escritos, de que se tratava de comportamentos que não estavam juridicamente definidos como ilícitos. Na verdade, os comportamentos em causa substanciavam violações das normas que integravam o Direito Internacional Humanitário então em vigor, de que as principais potências beligerantes eram parte.

Nesse sentido, atente-se em que, logo em 1948, foi adotada a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, cujo art. 4.º determina: “As pessoas que tenham cometido genocídio ou qualquer dos outros atos enumerados no artigo 3.º serão punidas, quer sejam governantes, funcionários ou particulares”.

E, no ano seguinte, em 1949, foram adotadas, em Genebra, quatro Convenções em matéria de Direito Internacional Humanitário, ainda hoje pilares fundamentais desse ramo do Direito Internacional⁹. Como afirmamos em estudo anterior, estas Convenções “gera[m] obrigações, não só para a entidade *Estado*, mas também para os indivíduos, o que é manifesto nas Convenções de Genebra e particularmente no Protocolo Adicional I¹⁰ (...), cabendo a repressão dos crimes decorrentes da sua violação, em princípio, aos tribunais nacionais de cada Estado, mas sendo também reconhecido, pelos arts. 49.º, 50.º, 129.º e 146.º das diferentes Convenções de Genebra¹¹, a existência de uma *jurisdição universal* sobre as infrações que, nos termos desses documentos, são consideradas infrações graves¹². Apesar destas disposições, a implementação da jurisdição universal vem-se deparando com muitos obstáculos¹³.

⁹ Essas Convenções são: I Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha; II Convenção de Genebra para melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos das Forças Armadas no Mar; III Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra; IV Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra.

¹⁰ Em 1977, foram adotados dois Protocolos Adicionais às supra referidas Convenções de Genebra, dos quais o primeiro é dirigido à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais e o segundo desenvolve a Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais. O facto de, no primeiro deles, se definirem *inter alia* obrigações específicas a cargo dos comandantes (necessariamente pessoas singulares) torna manifesto que as suas normas se dirigem também a indivíduos. Nesse sentido, veja-se o art. 87.º do documento referido no texto.

¹¹ Tais artigos dispõem: “Cada Parte contratante terá a obrigação de procurar as pessoas acusadas de terem praticado ou mandado praticar qualquer destas infrações graves, devendo remetê-las aos seus próprios tribunais, qualquer que seja a sua nacionalidade. Poderá também, se o preferir, e segundo as condições previstas pela sua própria legislação, enviá-las para julgamento a uma outra Parte contratante interessada na causa, desde que esta Parte contratante possua elementos de acusação suficientes contra as referidas pessoas”. E, nos artigos que se seguem àqueles em que se contém este texto, são identificadas as infrações consideradas “infrações graves”.

¹² A afirmação deste princípio “gera para os Estados, basicamente, um duplo tipo de obrigações, de carácter legislativo e coercitivo, capazes de procurar, face a qualquer resultado de impunidade, uma eficaz repressão dos crimes de guerra” (JORGE PUEYO LOSA, «El fortalecimiento de los mecanismos de represión de crímenes de guerra. Responsabilidad internacional del individuo, tribunales internos e Corte Penal Internacional», in *El Derecho Internacional Humanitario en una Sociedad en Transición*, cit., p. 140).

¹³ Maria de Assunção do Vale Pereira, *Noções Fundamentais do Direito Internacional Humanitário*, cit., p. 69.

A verdade é que, apesar de os Estados terem assumido, pela via de subscrição de tratados – não só no caso destas Convenções como também de outros acordos –, a obrigação de implementar a jurisdição universal, como via de superar a não atuação das jurisdições nacionais competentes, não têm adequado a sua legislação penal e processual penal à efetivação dessa jurisdição. Assim, aquilo que poderia funcionar como um óbice à impunidade dos responsáveis por violações graves de normas fundamentais do direito internacional não tem cumprido esse seu papel¹⁴.

Ora, o Tribunal Penal Internacional (TPI) surge como via para se conseguir a efetiva responsabilização dos autores dos mais graves crimes de direito internacional (que o são porque resultam de violações graves de normas de direito internacional que protegem bens jurídicos fundamentais da comunidade internacional¹⁵), o que se revela fundamental na afirmação da efetividade do direito internacional, uma vez que a não verificação dessa responsabilização tem sido encarada como um convite a que a comissão de tais crimes se perpetue pela convicção de impunidade que transmite aos seus autores.

E garantir o fim da impunidade de quem comete graves violações do Direito Internacional foi seguramente uma das motivações determinantes da criação do Tribunal Penal Internacional. Nesse sentido, os Estados subscritores do Estatuto que criou este Tribunal afirmam, no preâmbulo do mesmo, que estão “[d]ecididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes”¹⁶. Nesta afirmação revelam-se as duas

¹⁴ Mesmo aqueles Estados que tradicionalmente efetivavam a jurisdição universal têm vindo a alterar a sua legislação, limitando as hipóteses de a concretizar. A propósito do caso de Espanha, veja-se Angel Sánchez Legido, “El fin del modelo español de jurisdicción universal”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 28, 2014.

¹⁵ E que, portanto, resultam da violação de normas que estabelecem obrigações de carácter *erga omnes* (e, recorde-se, “obrigações *erga omnes* são obrigações devidas por cada Estado para com a comunidade internacional como um todo; porque elas são devidas para com a comunidade internacional como um todo, elas são preocupação de todos os Estados; porque elas são preocupação de todos os Estados (e tendo em vista a importância dos direitos envolvidos), todos os Estados podem considerar que têm interesse na sua proteção” (Patrícia Galvão Teles, “Obligations Erga Omnes in international Law”, *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa*, Nova Série, n.º 20, 1996, p. 77) e a que é reconhecida a natureza de normas de *jus cogens*. Acerca destas últimas, explica Carrillo Salcedo: “As normas de direito internacional, qualquer que seja a sua natureza, são sempre juridicamente vinculantes. Todavia, se existem normas de direito internacional discricionário que podem ser alteradas pelos Estados, como entenderem conveniente, há outras, de natureza perentória, sobre as quais os Estados não têm qualquer poder, uma vez que só uma norma com a mesma natureza pode alterar a sua substância (Juan Antonio Carrillo Salcedo, “Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 8, No. 4, 1997, p. 590).

¹⁶ Cf. par. 5.º do Preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 17 de julho de 1998, sendo certo que “esses crimes” são “os crimes de maior gravidade que afectam a comunidade internacional no seu conjunto”, como se lê no parágrafo anterior do mesmo Preâmbulo.

dimensões fundamentais do propósito da responsabilização dos autores de tão graves crimes: punir quem os cometeu; e, por essa via, contribuir para a prevenção da sua ocorrência.

E é sobre os presumíveis autores (ou seja, pessoas singulares, como decorre do n.º 1 do art. 25.º que determina que “o Tribunal será competente para julgar as pessoas singulares”) dos referidos crimes de maior gravidade que afetam a comunidade internacional no seu conjunto que o TPI vai atuar, decorrendo o elenco dos mesmos da definição da sua competência *ratione materiae* que abrange o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão, de acordo com o estabelecido no art. 5.º do seu Estatuto. É certo que têm surgido reivindicações no sentido de que esse Estatuto seja alterado por forma a que o Tribunal possa conhecer de outros crimes, nomeadamente dos crimes de terrorismo¹⁷, de pirataria¹⁸ e mesmo do chamado ‘ecocídio’¹⁹, mas não se vê com facilidade que essa alteração venha a efetivar-se a breve trecho.

¹⁷ A gravidade do crime de terrorismo é genericamente afirmada, mas é conhecida a dificuldade que se tem verificado em apurar um seu conceito que mereça o consenso da comunidade internacional; e a inexistência de uma noção genericamente aceite do crime de terrorismo durante as negociações do Estatuto do TPI foi um dos maiores óbices à sua inclusão como crime da competência deste Tribunal. “Mesmo a partir de 2014, a comunidade internacional, apesar da prática do Conselho de Segurança pós 2001 e de sucessivas tentativas de codificação na matéria, não conseguiu chegar a um acordo acerca de uma definição genericamente aceite sobre o que devia ser considerado como atos de ‘terrorismo’, e menos ainda quanto aos atos de ‘terrorismo’ que deviam acarretar responsabilidade criminal individual” (Andreas Zimmermann, “Article 5”, in *The Rome Statute of International Criminal Court. A Commentary*, 3.ª ed., Otto Triffterer / Kai Ambos (eds.), München/Oxford, Beck/Hart, 2016, p. 114). De qualquer modo, o debate em torno da possível jurisdição do TPI sobre crimes de terrorismo nunca foi abandonado. A título de exemplo, veja-se Aviv Cohen, “Prosecuting Terrorists at the International Criminal Court: Reevaluating an Unused Legal Tool to Combat Terrorism”, *Michigan State International Law Review*, vol. 20, 2012, pp. 219-257.

¹⁸ Nesse sentido, veja-se designadamente Yvonne M. Dutton, “Bringing Pirates to Justice: A Case for Including Piracy within the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 11, No. 1, 2010, pp. 197-241.

¹⁹ A reivindicação da criminalização do ecocídio (que, segundo Polly Higgins é “o dano grave causado a, ou a destruição ou a perda de, ecossistemas(s) num dado território, por ação humana ou por outras causas, de tal forma que o gozo pacífico pelos habitantes desse território foi ou será severamente diminuído”) tem sido protagonizada por vários os autores e instituições (nomeadamente ONGs) ainda antes da existência do TPI (veja-se Mark Allan Gray, “The International Crime of Ecocide”, *California Western International Law Journal*, vol. 26, 1996, pp. 215-271), bem como após o seu estabelecimento e, neste caso, reivindicando a integração do crime de ecocídio no âmbito da jurisdição deste Tribunal (assim, Sailesh Mehta / Prisca Merz, “Ecocide – a new crime against peace?”, *Environmental Law Review*, Vol. 17(I), 2015, pp. 3-7). Aquando da reunião da Assembleia de Estados Partes, ocorrida em 2010, em que foram apreciadas alterações ao Estatuto do TPI, foi também apresentada uma proposta de alteração no sentido de incluir o ecocídio como crime da competência do Tribunal, embora não tido acolhimento. Veja-se <http://eradicatingecocide.com/the-law/factsheet/> [20/03/2016].

A pretensão de não deixar sem punição os autores dos crimes da competência do TPI e simultaneamente de respeitar as jurisdições estaduais levou à afirmação do princípio da complementaridade, como regulador das relações entre o TPI e as jurisdições nacionais. À luz deste princípio, é deixado à responsabilidade dos tribunais nacionais assegurar o julgamento de presumíveis autores dos crimes que cabem na competência da jurisdição internacional em questão, mas garante-se o seu efetivo julgamento (com algumas limitações decorrentes do Estatuto²⁰) no caso de não haver vontade ou capacidade de levar tais pessoas a uma justiça efetiva nos Estados com competência para as julgar. Ou seja, “[a] complementaridade reconhece a necessidade de os Estados tratarem as violações do direito internacional criminal em primeira instância, mas garante que haja algum tipo de alternativa internacional para que a impunidade não possa prevalecer”²¹.

Nesse sentido, e depois de uma primeira referência ao princípio em questão no Preâmbulo²², é afirmado, logo no art. 1.º do Estatuto do TPI (ETPI): “O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e *será complementar das jurisdições penais nacionais*”²³.

Depois desta afirmação de princípio, o art. 17.º vem explicitar em que termos funciona a complementaridade entre o TPI e as jurisdições nacionais. Começando exatamente por invocar “o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1.º [do Estatuto]”, determina que este Tribunal deverá decidir a não admissibilidade de um caso que seja objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado; ou de um caso que tenha sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele, tendo sido decidido não dar seguimento

²⁰ Como acontece *inter alia* com a necessidade de aceitação da jurisdição do Tribunal por parte do Estado em cujo território tiveram lugar os crimes em causa ou do Estado da nacionalidade do alegado autor do crime (sendo que essa aceitação decorre da vinculação ao Estatuto, para os Estados parte no mesmo, embora possa haver também aceitação *ad hoc* por Estados não partes no Estatuto), nos casos em que se verificar uma denúncia, por um Estado Parte, ao Procurador de qualquer situação em que haja indícios da ocorrência de crimes em questão; ou se for o Procurador a dar início a um inquérito sobre tal ocorrência. Estas limitações não são aplicáveis no caso de denúncia ao Procurador de indícios da ocorrência da prática dos referidos crimes pelo Conselho de Segurança, agindo nos termos do capítulo VII da Carta (vejam-se arts. 12.º e 13.º do Estatuto).

²¹ Richard Burchill, “From East Timor to Timor-Leste: A Demonstration of the Limits of International Law in the Pursuit of Justice”, in *The Legal Regime of the International Criminal Court*, José Doria / Hans-Peter Gasser / M. Cherif Bassiouni (eds.), Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 284.

²² Em cujo par. 10.º se lê: “Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional criado pelo presente Estatuto será complementar das jurisdições penais nacionais”.

²³ Itálicos nossos.

ao procedimento; ou ainda se a pessoa causa já tiver sido julgada pela conduta denunciada ao Tribunal²⁴. Percebe-se, portanto, que cabe, em primeira mão às jurisdições nacionais proceder ao julgamento desses casos, o que traduz uma manifestação de respeito pela soberania dos diferentes Estados. No entanto, em qualquer destas situações a regra da não admissibilidade cessa se se verificar que Estado com jurisdição sobre o caso não tem vontade ou capacidade efetiva para levar a cabo o inquérito ou o procedimento criminal; ou se a decisão de não dar seguimento ao procedimento resultar da falta de vontade ou de capacidade efetiva para o fazer^{25/26}.

Com vista a densificar os conceitos de “falta de vontade” e por “falta de capacidade” das jurisdições nacionais para agir, o art. 17.º vem explicitar o que deve entender-se por essas expressões, nos seus n.ºs 2 e 3, respetivamente. Assim, e de acordo com o n.º 2, o TPI, para concluir pela falta de vontade de agir por parte de uma jurisdição interna competente, “tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias: a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5.º; b) Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça; c) O processo não ter sido ou não estar a ser conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar a ser conduzido de uma

²⁴ Diga-se que o n.º 1 do art. 17.º prevê ainda outro caso em que o TPI deve declarar a não admissibilidade: de um caso: se o mesmo não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal (al. *d*) da referida disposição). Como facilmente se percebe, “o artigo 17 (1) (d) distingue-se conceitualmente dos critérios estabelecidos em (a) a (c)” (Jo Stigen, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity*, Leiden / Boston, Matinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 197). Porque só os últimos se referem ao princípio da complementaridade, não nos referiremos, nesta anotação, ao critério de gravidade previsto na al. *d*).

²⁵ Vejam-se as alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do art. 17.º

²⁶ Em termos práticos, se uma situação é denunciada ao Tribunal por um Estado parte e o Procurador considera a denúncia fundada, ou se o Procurador der início a um inquérito autorizado pelo juízo de instrução, o Procurador deve notificar os países (quer sejam Estados Partes no Estatuto, quer não o sejam) que normalmente exerceriam a jurisdição nacional sobre os crimes abrangidos na denúncia, de acordo com o art. 18.º, n.º 1. Os Estados notificados têm um mês para informar o Tribunal de que estão a investigar os seus nacionais ou outras pessoas sob sua jurisdição relativamente aos crimes em causa, de acordo com o n.º 2 da mesma disposição. Esta notificação não é exigida se a denúncia provém do Conselho de Segurança, agindo ao abrigo do Capítulo VII da CNU (nos termos do art. 13.º, *b*), do Estatuto), ou seja, quando esse órgão considere existir uma ameaça à paz, uma rutura da paz ou um ato de agressão.

maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça”.

Antes de mais, e apesar de terem sido manifestadas opiniões em sentido diverso, há que reconhecer, “a partir de uma interpretação textual, que a lista estabelecida no art. 17.º, n.º 2, é exaustiva e, portanto, não deve ser alargada para além do que está estabelecido no texto das alíneas *a)* e *c)*”²⁷. Além disso, e como decorre do texto do artigo, as circunstâncias referidas deverão ser aferidas “tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional”, o que exige que o Tribunal faça uma avaliação da qualidade da justiça do tribunal onde o caso está pendente ou foi decidido, “tendo em consideração os direitos processuais e substantivos (abrangendo a totalidade do processo interno) incorporados em instrumentos de direitos humanos e desenvolvidos na jurisprudência dos órgãos judiciais regionais e internacionais”²⁸.

De entre as circunstâncias estabelecidas no n.º 2 do art. 17.º, começa-se por referir a de o processo interno ter sido instaurado com “o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal”. Em boa verdade, pode dizer-se que há uma certa sobreposição nas três alíneas do n.º 2 do art. 17.º, e que a alínea *a)* “é suficientemente ampla para abranger as situações exploradas nas alíneas *b)* e *c)*”²⁹, onde também se referem situações que se revelam incompatíveis coma intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça. De qualquer modo, há que ter em conta que a avaliação da ocorrência prevista na alínea *a)* – ou seja, de que foi interposto, a nível nacional, um processo com a intenção de que a pessoa não fosse responsabilizada – “engloba um elemento de subjetividade quando se trata de avaliar a qualidade dos procedimentos em função das intenções reais dos Estados”, que pode ser difícil de provar pelo Procurador³⁰.

A alínea *b)* refere-se a uma demora injustificada no processo, o que tem uma dimensão mais objetiva, embora se possa também encontrara algum grau de subjetividade ao avaliar se essa demora “se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça”. De qualquer modo, explica El Zeday que “a palavra “injustificada” dá ao Estado a oportuni-

²⁷ William A. Schabas/Mohamed M. El Zeidy, “Article 17”, in *The Rome Statute of International Criminal Court. A Commentary*, cit., p. 816.

²⁸ William A. Schabas/Mohamed M. El Zeidy, “Article 17”, cit., p. 817.

²⁹ Mohamed M. El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 170.

³⁰ “Pode revelar-se tão difícil quanto provar a *mens rea* de um perpetrador, embora com a notável diferença de que o padrão de prova seja o da probabilidade e não “além de qualquer dúvida razoável”” (Jo Stigen, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions...*, cit., p. 261). O autor enumera, nas páginas 262 a 288 da obra referida, o que considera indicadores da existência do propósito de subtrair a pessoa à justiça.

dade de explicar, perante o Tribunal, o motivo, se houver, do atraso na determinação da admissibilidade, tornando este teste mais objetivo³¹; e, se a sua justificação for credível, a demora deixa de ser relevante.

Finalmente, a alínea c) refere-se à situação de o processo “não estar a ser conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar a ser conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça”. A falta de independência ou de imparcialidade na condução do processo surge como reveladora da intenção de proteger a pessoa do processo judicial, tanto mais que a independência e imparcialidade da justiça são exigências de múltiplos instrumentos de direitos humanos.

Ainda a propósito do princípio da complementaridade – e especificamente da falta de vontade de um Estado para julgar –, deve ter-se em conta que, segundo alguns autores, “devidamente entendido, o art. 17.º permite ao Tribunal concluir que um Estado ‘não quer ou não pode’ apenas se os seus procedimentos legais foram concebidos para tornar mais difícil que o arguido seja condenado. Se os procedimentos legais forem concebidos para tornar mais fácil a condenação do arguido, a disposição exige que o Tribunal defira ao Estado, independentemente de quão injustos esses processos possam ser³². Se há que reconhecer que o texto do art. 17.º pode legitimamente suscitar esta questão³³, a verdade é que a maioria dos autores não segue esta visão. Assim, Scheffer, por exemplo, considera que “um caso é inadmissível pelo Tribunal se um Estado com jurisdição sobre ele o está a investigar ou a julgar, exceto se o Estado ‘não quer ou não pode genuinamente’ levar a cabo a investigação ou o julgamento³⁴, afastando, pelo recurso à palavra *genuinamente*, a conclusão afirmada por Heller. Outros autores apelam ao facto de o corpo do n.º 2 do art. 17.º exigir que sejam

³¹ Mohamed M. El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: ...*, cit., p. 181. Segundo este autor, a verificação do pressuposto referido na alínea b) supõe a resposta a três questões: 1) houve uma demora no processo?; 2) essa demora era “injustificada”?; 3) tal demora “injustificada” era, nas circunstâncias do caso, acompanhada da intenção de não “fazer responder a pessoa em causa perante a justiça”? (cf. *ibidem*).

³² Kevin Jon Heller, “The Shadow Side of Complementarity: The Effect of Article 17 of the Rome Statute on National Due Process”, *Criminal Law Forum*, Volume 17, Issue 3-4, December 2006, p. 257.

³³ E o autor questiona o caso do Sudão em que “os tribunais especializados em que o Sudão pretende julgar os responsáveis pelas atrocidades no Darfur, por exemplo, condenam à morte réus não representados, após julgamentos secretos envolvendo confissões obtidas por meio de tortura” (Kevin Jon Heller, “The Shadow Side of Complementarity:...” , cit., p. 256).

³⁴ David Scheffer, “The International Criminal Court”, in *Routledge Handbook of International Criminal Law*, William A. Schabas/ Nadia Bernaz (eds.), London / New York, Routledge, 2011, cit., p. 75.

tidas em consideração “as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional”³⁵, para sustentar idêntica conclusão.

Por fim, o n.º 3 do art. 17.º refere-se à falta de capacidade do Estado para levar a cabo o julgamento do arguido. Para concluir por essa incapacidade, o Tribunal deverá constatar que o Estado não está em condições de fazer comparecer o arguido perante a justiça ou de reunir os meios de prova e depoimentos necessários, em consequência do colapso total ou substancial da respetiva administração da justiça; ou que não está em condições de concluir o processo, por qualquer outro motivo. Obviamente, “ao contrário da noção de falta de vontade, o teste de incapacidade é muito menos subjetivo e bastante inspirado por elementos de objetividade”³⁶. E a ideia de colapso total ou substancial da administração da justiça faz facilmente apelo ao conceito de Estado colapsado³⁷. Aliás, como refere Scheffer, a exigência do colapso total ou substancial da respetiva administração da justiça “pode revelar-se um patamar muito elevado para avaliar a questão da incapacidade do Estado de investigar ou processar um caso. As possibilidades podem ser limitadas a nações falhadas ou países totalmente devastados na sequência da guerra ou atrocidades”³⁸.

Para além das situações mencionadas no art. 17.º, há ainda uma outra em que o Tribunal deve, em regra, decidir pela não admissibilidade do um procedimento: trata-se da situação em que o caso em questão já foi objeto de decisão judicial a nível interno. Obviamente, uma tal situação traz à mente o princípio *ne bis in idem* que determina que ninguém deve ser julgado duas vezes pela mesma conduta criminoso. Este princípio encontra consagração na generalidade

³⁵ Algumas críticas à atuação do Tribunal a nesta matéria podem ver-se em Joshua Lam, “Contrasting Complementarity: Assessing the International Criminal Court’s Support for Domestic Prosecutions” e Laura A. Young, ““Political” Complementarity and the ICC’s Engagement in Darfur, Sudan”, in *International Commission of Jurists (Kenya), International Criminal Justice. The ICC and Complementarity*, http://www.iccnw.org/documents/complementarity_journal.pdf [03/05/2017], pp. 1-39 e 115-137, respetivamente.

³⁶ William A. Schabas/Mohamed M. El Zeidy, “Article 17”, *cit.*, p. 829.

³⁷ A propósito deste conceito, Marina Ottaway apela à distinção feita por Robert Jackson entre Estados *jure* e *de facto*, considerando os Estados colapsados uma subcategoria do primeiro grupo. Nesse sentido, afirma que muitos Estados pós-coloniais são Estados *de jure*, que devem a sua existência a negociações com os poderes coloniais e ao reconhecimento internacional, e não tanto a uma efetiva capacidade de governar um território e os seus povos. “Os Estados colapsados são a forma mais extrema de um Estado puramente *de jure*. A Somália, mesmo sem ter sequer um governo nominal durante uma década, é ainda considerado um Estado com direitos soberanos” (Marina Ottaway, “Rebuilding State Institutions in Collapsed States”, *Development and Change*, Volume 33, Issue 5, 2002, pp. 1012–1013).

³⁸ David Scheffer, “The International Criminal Court”, in *Routledge Handbook of International Criminal Law*, *cit.*, p. 75.

dos ordenamentos jurídicos estaduais³⁹ – apesar de “[o] conteúdo e o alcance do princípio não serem definidos de forma uniforme. Em particular, maneiras de interpretar os dois fatores decisivos ‘idem’ e ‘bis’ variam consideravelmente”⁴⁰ – e também no art. 20.º do ETPI, pelo que para aí remete o art. 17.º quando trata da possibilidade de este Tribunal admitir um caso já julgado por um tribunal nacional competente.

E a verdade é que o n.º 3 do art. 20.º afirma a possibilidade de novo julgamento pelo TPI se se apurar que o processo no tribunal que procedeu ao julgamento visou subtrair o arguido à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou não foi conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou foi conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à justiça. Portanto, em última análise, trata-se de situações em que se verificou falta de vontade de levar a pessoa a uma justiça efetiva⁴¹.

Refira-se que as alíneas do n.º 3 do art. 20.º suscitam algumas dificuldades de interpretação e foram alvo de fortes críticas, nomeadamente “pela subjetividade da determinação do ‘objetivo [de] subtrair” o arguido à sua responsabilidade⁴². Além de que, segundo se lê no Relatório do Comité *Ad Hoc* para o Estabelecimento do TPI, foi “expressa por algumas delegações a preocupação de que o artigo (...) sobre *ne bis in idem* conferisse ao Tribunal Penal Internacional um tipo de papel de supervisão face aos tribunais nacionais”⁴³, embora deva reconhecer-se que “[a] ideia central é a de que certos critérios relativos à quali-

³⁹ Designadamente no art. 29.º da Constituição portuguesa, que tem por epígrafe *Aplicação da lei criminal*, e em cujo n.º 5 se afirma: “Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”.

⁴⁰ Immi Tallgren / Astrid Reisinger Coracini, “Article 20”, in *The Rome Statute of International Criminal Court. A Commentary*, cit., p. 901.

⁴¹ É o seguinte o texto da norma em causa: “O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal por actos também punidos pelos artigos 6.º, 7.º ou 8.º, a menos que o processo nesse outro tribunal:

a) Tenha tido por objectivo subtrair o arguido à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou

b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à acção da justiça”.

⁴² Veja-se, sobre a questão, Immi Tallgren / Astrid Reisinger Coracini, “Article 20”, cit., pp. 926-927.

⁴³ Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, A/50/22, 6 September 1995, p. 9, par. 43.

dade da justiça penal devem ser cumpridos por processos nacionais⁴⁴. E deve atender-se a que, em comentário da da Comissão de Direito Internacional a uma versão anterior desta disposição, considera-se que a possibilidade de novo julgamento, pelo TPI, de pessoa anteriormente julgada por uma outra jurisdição só se justifica se “o processo criminal anterior pelos mesmos factos foi realmente uma “farsa”, possivelmente até mesmo concebido para proteger a pessoa de ser julgado pelo tribunal”⁴⁵.

Respeitando o princípio da soberania estadual, o estabelecimento deste Tribunal Penal Internacional – mesmo com limitações ou aspetos a corrigir – surge como um via de efetivação da responsabilidade individual no plano internacional, colmatando as faltas de atuação das jurisdições nacionais competentes.

⁴⁴ Immi Tallgren / Astrid Reisinger Coracini, “Article 20”, *cit.*, p. 918.

⁴⁵ International Law Commission, *Draft Statute for an International Criminal Court with commentaries*, 1994, p. 58, par. 7.

PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Mário Ferreira Monte

I. Nota prévia

Se tomarmos como certo que o direito penal internacional é o conjunto das normas jurídicas de âmbito internacional que definem os crimes e outros factos suscetíveis de reação criminal – incluindo os pressupostos e o âmbito da sua relevância – e respetivas consequências jurídicas¹, então facilmente concordaremos que na sua concepção existirá uma combinação de princípios de direito penal e de direito internacional. E desta feita, o direito penal internacional é na sua génese direito penal, com todas as suas características e princípios, ainda que de aplicação internacional, com as especificidades que isto comporta.

¹ É certo o que diz Kai Ambos, *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una Elaboración Dogmática*, Trad. de Ezequiel Malarino, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 34, quando refere que o direito penal internacional é o conjunto de todas as normas de direito internacional que estabelecem consequências jurídico-penais. Porém, sendo direito penal, este não se fica pelo enunciado de consequências jurídico-penais, mas, antes e mais importante, define os crimes e outros factos suscetíveis de reação criminal – incluindo os pressupostos e o âmbito da sua relevância. Que é o que faz o próprio ETPI. Segundo Bacelar Gouveia, *Direito Internacional Penal. Uma Perspectiva Dogmático-crítica*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 65, “o Direito Internacional Penal corresponde ao sistema de princípios e de normas do Direito Internacional Público que descreve os crimes internacionais e fixa as respectivas penas, criando os mecanismos internacionais – maxime no TPI – de aplicação dessas sanções criminais”.

Sendo assim, já se percebe que os princípios do direito penal internacional serão basicamente os do direito penal. Simplesmente, porque se trata de uma aplicação internacional, houve necessidade de, ao longo do tempo, decantar um conjunto de princípios que fossem comumente aceites, para terem validade e aplicabilidade internacional. Esse esforço acabou por resultar na aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI). Não é exagerado reconhecer que nos encontramos “perante um ordenamento jurídico-penal internacional novo e autónomo”². Não é exagerado se não esquecermos que geneticamente se trata de direito penal. Mas por ser um direito penal de feição internacional, obrigou a conciliar princípios e concepções diferentes para que se atingisse um consenso mínimo na sua criação e aplicação. O que, diga-se em abono da verdade, nem sempre logrou um bom resultado, com implicações práticas que redundam em prejuízos de eficácia do TPI³.

Um exemplo do que acabamos de dizer, que aprofundaremos adiante, pode ser dado a partir do princípio da legalidade criminal. O artigo 22.º do ETPI enuncia o princípio da legalidade “*Nullum crimen sine lege*”, tal como habitualmente é proposto no direito penal estadual. Mas admite expressamente a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito penal internacional. E, se tivermos em conta, por um lado, o artigo 21.º, que estende o direito aplicável a fontes diversas e, por outro, que entre essas fontes estão, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, entre outros, que admitem que um facto pode ser punido de acordo com “os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade internacional”, já compreendemos que existe aqui uma especificidade a ter em conta no enunciado daquele princípio.

Como esta análise é feita a partir do ETPI e porque este Estatuto constitui realmente uma codificação unificada do direito penal internacional “tendo em conta os diferentes sistemas de direito penal, com as suas tradições, dos Estados membros das Nações Unidas”⁴, então, nada melhor do que, ao analisar os princípios do direito penal internacional, fixarmo-nos no texto do ETPI.

Alguns destes princípios estão previstos como tais no capítulo III. Mas outros, dispersos pelo Estatuto, não são menos importantes e devem ser tidos

² Ambos, *La Parte General*, cit., p. 35.

³ Dá-nos conta dessas dificuldades do TPI, em grande parte por causa do próprio Estatuto, “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”, Cuno Tarfusser, “Observações gerais acerca da relação entre África e o TPI”, in AA.VV., *Direito Penal Internacional, TPI e a Perspectiva da África de Língua Oficial Portuguesa*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2015, p. 39.

⁴ Como considerou o Governo Federal da Alemanha – cfr. Ambos, *La Parte General*, cit., p. 35.

em conta na aplicação do direito penal internacional: o da subsidiariedade material (intervenção penal mínima) e complementaridade (jurisdicional), o de *ne bis in idem* e o da humanidade (das normas, das provas e das penas)⁵. Por isso, a todos daremos agora alguma atenção, salientando todavia que, *brevitatis causa*, só faremos o enunciado das especificidades.

II. Subsidiariedade material e complementaridade jurisdicional

O princípio da subsidiariedade é um dos mais relevantes do direito penal e está enunciado no artigo 5.º do ETPI. O direito penal só deve intervir em situações cuja danosidade social das condutas é de tal modo relevante que o torna indispensável. Operando sob os critérios da dignidade e da necessidade penal, resulta que só deve intervir quando em causa estiverem bens jurídicos dignos de tutela penal e necessitados dessa proteção. Quando não se trate de bens jurídico-penais ou, ainda que tratando-se, não haja necessidade de uma pena na sua tutela, porque os custos axiológicos dessa intervenção seriam maiores do que os benefícios, o direito penal não deve intervir⁶.

Por isso, costuma dizer-se que o direito penal é *ultima ratio* do sistema normativo na tutela de bens jurídicos. Logo, deve intervir o mínimo possível.

Isto é assim porque é seguro que a função do direito penal é a da proteção subsidiária de bens jurídicos⁷. Subsidiária porque ela só deve existir se outros instrumentos de proteção se mostrarem insuficientes ou desadequados.

Por isso, pode afirmar-se com segurança que preside neste âmbito o princípio da intervenção penal mínima⁸.

⁵ De algum modo, em convergência com a leitura de Hermenegildo Gamito, “Julgamento no TPI: atos preliminares e audiência de julgamento”, in AA.VV., *Direito Penal Internacional, TPI e a Perspectiva da África de Língua Oficial Portuguesa*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2015, p. 210. O autor entende que existem princípios gerais de direito penal e processo penal e princípios específicos, expressos ou implícitos, no Estatuto do TPI. E, assim sendo, enuncia como gerais, entre outros, “o princípio da legalidade (...), o princípio *ne bis in idem*, o princípio da irretroatividade da lei incriminadora, exceto se esta for mais favorável ao agente, e o princípio da individualização da responsabilidade penal”. E como específicos, enuncia: “(i) o princípio da subsidiariedade ou da complementaridade (...); (ii) o princípio da irrelevância da qualidade oficial (...); (iii) o princípio da responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos (...); (iv) o princípio da imprescritibilidade (...)”.

⁶ Nesse sentido, Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, T. I. *Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.127 e ss. e 131.

⁷ *Idem*, p. 114.

⁸ Ou da não intervenção moderada, como prefere chamar Figueiredo Dias, *op. cit.*, p. 131.

Em direito penal internacional, o princípio da subsidiariedade ou da intervenção penal mínima tem um relevo acrescido. Significa que não só não deve intervir quando em causa não estejam bens jurídicos dignos dessa tutela e necessitados de proteção, como, de entre esses bens jurídicos, só deve intervir relativamente aos “crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto”, tal como está previsto no artigo 5.º do ETPI.

Esta dupla condição – maior gravidade e afetação da comunidade internacional no seu conjunto – presidiu assim à seleção dos crimes previstos no ETPI. São considerados mais graves e simultaneamente com relevo para a comunidade internacional os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão.

Ao prescrever-se assim, não significa que outros crimes não sejam igualmente relevantes para a comunidade internacional. Significa que a sua tutela estará, em princípio, adequadamente garantida pelo direito estadual ou que outros instrumentos de proteção garantirão a sua proteção, sem necessidade de uma tipificação penal internacional. É importante que tenhamos em conta que estes tipos legais de crime são especiais, constituem uma especialidade (internacional) do direito penal. De tal modo que, pela gravidade da ilicitude subjacente e pela relevância universal que detêm, podem ser punidos com penas significativas: de prisão até 30 anos ou perpétua, se o grau de ilicitude for elevado e as condições pessoais do condenado o justificarem, além de outras. Supondo, por exemplo, que os crimes previstos no artigo 5.º estivessem como tal exatamente previstos nos códigos penais da maior parte dos Estados europeus, neles incluindo Portugal – coisa que não sucede –, nunca a pena de prisão poderia ser perpétua. Portugal, ao adaptar o ETPI ao direito interno, através da Lei 31/2004, de 22 de julho, atualizada pela Lei 59/2007, de 4 de abril, estipulou como pena máxima a aplicar a prisão de 25 anos. Mas no ETPI admite-se que a pena de prisão possa chegar ser perpétua, não só pela especial gravidade dos crimes, mas também pela sua relevância internacional.

Por ser assim, o ETPI abdicou de chamar ao direito penal internacional outros tipos de crimes que poderiam ser adequadamente protegidos pelos ordenamentos jurídicos dos Estados signatários ou por outros instrumentos jurídicos.

Portanto, no que à tipicidade diz respeito, à subsidiariedade normal do direito penal acresce aqui uma subsidiariedade especial atenta a gravidade dos crimes e a sua relevância internacional.

A subsidiariedade material é aprofundada em sede processual com o princípio da complementaridade. Enquanto que o princípio da subsidiariedade opera na opção político-criminal de seleção dos tipos legais de crime que devem ser protegidos pelo ETPI, este princípio da complementaridade atua, rela-

tivamente aos crimes selecionados, para efeitos de jurisdição⁹: o TPI será complementarmente competente para julgar os crimes previstos no artigo 5.º em relação à jurisdição estadual respetiva.

O princípio está formulado no Preâmbulo – “o Tribunal Penal Internacional criado pelo presente Estatuto será complementar das jurisdições penais nacionais” – e no artigo 1.º – “O Tribunal (...) com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional (...) será complementar das jurisdições penais nacionais”.

Em que se traduz então esta complementaridade?

A resposta está no artigo 17.º, n.º 1, do ETPI. O TPI não será competente para julgar-se: “a) O caso for objecto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou não tenha capacidade efectiva para o fazer; b) O caso tiver sido objecto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do facto de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade efectiva para o fazer; c) A pessoa em causa tiver sido já julgada pela conduta a que se refere a denúncia e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no n.º 3 do artigo 20.o; d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal”.

Se, materialmente, temos um princípio da subsidiariedade, processualmente temos a complementaridade jurisdicional. Ambos, no entanto, se dirigem a uma intervenção mínima do TPI, embora, como se comprovará, nos crimes tipificados e abrangidos pelo ETPI, trata-se de uma intervenção efetiva: o TPI não aceitará fictícios julgamentos de casos que devam ser julgados na sua jurisdição, porque os crimes previstos no ETPI, além de graves, têm relevância internacional que justificam uma jurisdição penal internacional especializada e internacionalmente reconhecida.

No fundo, o que aqui se prescreve é o princípio da não impunidade. Se uma pessoa, garantidamente, é julgada pelo Estado detentor do poder jurisdicional para o fazer, então, em princípio, não haverá necessidade de o TPI se encarregar do caso. Aliás, se o fizesse, haveria violação do princípio *ne bis in idem*. Por isso, o TPI não intervirá. Mas se o Estado o não fizer ou fizer em condições que não permitam garantir a não impunidade do arguido, então o TPI chamará a si o processo.

⁹ Por isso, tem razão Leonor Assunção, “O Tribunal Internacional Penal Permanente e o mito de Sísifo”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 8, 1998, p. 31, ao afirmar que o princípio da complementaridade, com uma tradução mais ambiciosa, seria como “a densificação peculiar de um princípio de intervenção subsidiária do Tribunal”.

Os Estados, bem vistas as coisas, nem podem invocar a impossibilidade de julgarem os factos à luz do direito interno, por falta de tipificação das condutas. Há quem entenda que as normas do ETPI são de aplicação direta nos Estados signatários¹⁰. Há Estados que fizeram um esforço para incorporarem essas normas no seu direito interno, como foi o caso de Portugal¹¹. Mas mesmo que não apliquem aquelas normas ou que as não incorporem no seu direito, o que realmente estão a fazer, ao invocar o princípio da legalidade para não poderem julgar tais factos, é a conferir legitimidade ao ETPI para exercer jurisdição.

Pode também suceder que o Estado não exerça satisfatoriamente o poder jurisdicional. Como é que se sabe que o Estado não exerce o poder jurisdicional efetivo ou não o exerce de modo satisfatório? Trata-se, naturalmente, de uma questão complexa que o ETPI procura resolver no n.º 2 do artigo 17: “a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5.º; b) Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça; c) O processo não ter sido ou não estar a ser conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar a ser conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça”.

Além destas razões, outras há que se prendem diretamente com o princípio *ne bis in idem*, pelo que faremos a sua análise em separado.

Uma última palavra para dizer que este princípio (na sua dupla dimensão, de subsidiariedade penal e complementaridade jurisdicional), a par com o *ne bis in idem*, revela-se da maior importância para o normal funcionamento do TPI e da sua relação com os Estados signatários. Hoje não são desconhecidas algumas

¹⁰ Nesse sentido, veja-se Paul Hernández Balmaceda, “Aplicación directa de los tipos penales del ACPI en el derecho interno”, in Kai Ambos *et. al.* (eds.), *Temas Actuales del Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, p. 170.

¹¹ Portugal é, neste caso, um exemplo, como aponta Bacelar Gouveia, *Direito Internacional da Segurança*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 125. Adaptou a legislação penal portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, através da Lei n.º 31/2004, de 22 de julho, com as alterações da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro. Há outros Estados, como é o caso da Alemanha, que criaram aquilo a que alguns chamam um Código Penal Internacional alemão. Por exemplo, Hansjörg Geiser, “O Tribunal Penal Internacional e os aspectos do novo Código Penal Internacional Alemão”, in Pablo Alflen da Silva (Org.), *Tribunal Penal Internacional. Aspectos Fundamentais e o Novo Código Penal Internacional Alemão*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 61 e ss., em análise da Lei (alemã) de Introdução ao Código Penal Internacional de 26 de junho de 2002. Não é mais nem menos do que a transposição das normas do ETPI ao direito interno, como também sucedeu em Portugal, com aquela Lei n.º 31/2004, de 22 de julho.

críticas e, sobretudo, dificuldades na sua aplicação¹². Há ainda um caminho a percorrer.

III. *Ne bis in idem*

O princípio *ne bis in idem* impede que uma pessoa seja julgada duas vezes pelos mesmos factos. No ETPI deve ser visto, em primeiro lugar, como um aprofundamento do princípio da complementaridade¹³, no sentido de delimitar negativamente a jurisdição do TPI face à competência concorrential das jurisdições estaduais. Internamente, o princípio, tal como está previsto no artigo 20.º do ETPI, delimita os poderes do Tribunal no sentido de este não julgar uma pessoa duas vezes pelos mesmos actos constitutivos do crime.

Quer no direito internacional¹⁴, quer nos direitos estaduais, o *ne bis in idem* é um princípio geral de direito. Nisto se manifesta a sua dimensão objetiva de garantia do bom funcionamento do sistema judiciário. Mas, na sua dimensão

¹² Paulo Sousa Mendes, Rui Pereira e Vânia Ramos, “Conclusões”, in AA.VV., *Direito Penal Internacional, TPI e a Perspectiva da África de Língua Oficial Portuguesa*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2015, p. 242, ao fazer um balanço da discussão travada a propósito da relação entre o TPI e os países africanos, nomeadamente os de expressão portuguesa – não pode esquecer-se, como afirma Ambos, “Tribunal penal africano ou tribunal penal internacional?”, nesse Livro, p. 79 ss., que há já quem denomine o TPI como Tribunal Penal Africano! –, apontam como um dos problemas do ETPI a falta da “concretização jurisdicional do princípio da complementaridade (subsidiariedade, *ultima ratio*, respeito pela soberania) e impõe-se a criação e 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)”. Bacelar Gouveia, *op. cit.*, p. 137, também é crítico do ETPI, pelo facto de “cautelosamente, não contrariar o sentido interno”, mas com isso correndo o risco de “engrossar o conjunto das ‘inutilidades jurídico-internacionais’ porque se autocontém perante o Direito interno que se alinhe num objetivo contrário, na defesa da impunidade interna frente aos crimes internacionais”.

¹³ Para maiores desenvolvimentos, Teresa Bravo, *O Ne Bis In Idem no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e no Direito Europeu da Concorrência: Uma Análise Judiciária*, Tese de doutoramento, inédito, Lisboa, 2014, p. 73 e ss.

¹⁴ Para uma visão deste princípio no direito penal internacional, veja-se, entre outros, Bacelar Gouveia, *Direito Internacional Penal*, p. 338 e ss.

subjetiva, consagra um direito fundamental a não ser duplamente punido ou julgado pelo mesmo facto¹⁵.

Duas questões costumam ser colocadas. Uma, a de saber sobre o que incide a proibição de duplo julgamento: o mesmo tipo legal de crime? A mesma natureza da infração? O mesmo facto? Outra, a de saber o que será considerado duplo julgamento: a responsabilidade penal ou esta combinada com outro tipo de responsabilidade (disciplinar, contraordenacional)? Nem sempre, como o demonstra a doutrina e a jurisprudência, estas questões são consensualmente resolvidas¹⁶.

Em geral, o que significa é que uma pessoa não pode ser julgada pelo mesmo facto mais do que uma vez pelo mesmo tipo de responsabilidade. Dito isto, se um mesmo facto for gerador de responsabilidades distintas – por exemplo, penal e civil, ou penal e disciplinar –, naturalmente que, em princípio, poderá haver julgamento para apurar as distintas responsabilidades sem que isso consista em duplo julgamento (pelos mesmos factos). Por exemplo, se um chefe militar viola um dever profissional e pelo mesmo facto comete um crime contra a humanidade, tal facto desencadeia uma responsabilidade disciplinar (militar) e uma responsabilidade criminal. Nesse caso, o apuramento das duas responsabilidades, ainda que tenha como objeto o mesmo facto, mas porque em causa estão dois tipos de interesses diferentes – num caso, um dever, noutro caso, um bem jurídico –, não há violação do princípio *ne bis in idem*. Mas se uma pessoa é julgada por um facto num processo e é criminalmente condenado, não pode ser julgado pelo mesmo facto para ser novamente condenado pelo mesmo crime ou por um outro crime se essa diversidade resulta de uma diferente qualificação jurídica do facto. Distinto seria saber se o mesmo facto pode realizar mais do que um crime. A resposta, sendo afirmativa, significa que o mesmo facto pode realizar mais do que um tipo de crime, em concurso, ideal ou real, e portanto, o

¹⁵ Nesse sentido, veja-se Inês Ferreira Leite, *Ne (Idem) Bis In Idem. A Proibição de Dupla Punição e de Duplo Julgamento como Contributo para a racionalidade do Poder Punitivo Público* (Vol. I), Tese de doutoramento, inédito, Lisboa, 2015, p. 207 e s.: referindo-se ao *ne bis in idem*, afirma que “[c]onfigura-se, contudo – para além de um princípio geral de Direito, de fonte materialmente constitucional –, como uma verdadeira regra jurídica, consagradora do direito fundamental a não ser duplamente punido ou julgado pelo mesmo crime”. Como explica a Autora, o princípio tem uma dupla dimensão: objectiva, assumindo aqui um papel de garantia; subjetiva, “enquanto direito fundamental”, porque “concede aos indivíduos faculdades de reacção contra eventuais violações da proibição constitucional, ainda num plano concreto e individual, e impõe ao Estado e às demais entidades públicas deveres de protecção e de não interferência correspondentes”

¹⁶ Outras mais poderiam ser aqui salientadas. Dá-nos conta Francisco de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 209, de problemas como “a imputação da mesma ou de outra ofensa ao acusado, o forjamento da acusação, a condenação pela prática de múltiplas infracções, novos julgamentos, recursos, a relação entre diferentes tribunais, o reconhecimento de sentenças criminais, etc.”. Mas as que escolhemos no texto são as que podem ter maiores implicações no ETPI.

arguido responderá por cada um dos crimes, sem que haja violação do princípio *ne bis in idem*.

Mesmo assim, podemos concordar que esta base teórica para compreensão do tema nem sempre, na prática, é de fácil aplicação. Sempre se tem colocado o problema de saber o que deve entender-se por duplo julgamento e o que deve entender-se por mesmo crime. E, nesta sede, importa saber o que seria aceitável para o direito penal internacional.

O ETPI avança com uma solução que aparentemente resolve o problema. Em vez de dizer, por exemplo, que ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime – opção, por exemplo, da Constituição da República Portuguesa –, que sempre convocaria uma discussão sobre o que deve entender-se por “crime” – se o tipo legal, se os factos –, o ETPI declara que “nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por actos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido”. Assim sendo, o ETPI desligou-se de uma fórmula técnica – crime – para acolher uma outra expressão mais fática, mas nem por isso menos densa – actos constitutivos do crime. O que não poderá ser julgado duas vezes são os factos que integram os elementos constitutivos dos crimes previstos no ETPI. Portanto, um facto pode ter sido julgado pelo ETPI, integrando um tipo legal de crime contra a humanidade, por exemplo; o mesmo facto não deve ser julgado pelo TPI com uma outra qualificação jurídica – crime de genocídio, por exemplo –, se se chegar à conclusão de que aquele julgamento daquele facto esgotou a apreciação possível do mesmo.

Trata-se, no número 1, de proibição de duplo julgamento por factos já julgados pelo TPI.

Já no número 2, o ETPI prefere a expressão *crime* e não “actos constitutivos de crimes”, circunscrevendo aos crimes do artigo 5.º: “[n]enhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5.º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal”. Este número deve ser visto como complementar do número 1. Não está em causa a proibição de duplo julgamento por outro tribunal pelo mesmo facto constitutivo de um dos crimes do ETPI que já tenha sido julgado pelo TPI – solução que nos pareceria mais certa –, mas de um dos crimes previstos no ETPI. Suponhamos então que o TPI julga por um crime contra a humanidade. Em seguida, um Estado, que não tem no seu ordenamento jurídico o tipo legal de crime contra a humanidade, julga novamente o arguido por um crime de homicídio qualificado, apreciando exatamente os mesmos factos. Naturalmente que existe aqui violação do *ne bis in idem*. E, contudo, o tribunal subsequente não está a julgar por um dos crimes do artigo 5.º já julgado pelo TPI. A redação aqui não foi feliz.

Mais complexo ainda é o número 3 do artigo 20.º Em primeiro lugar, porque agora a proibição não é a de duplo julgamento por factos constitutivos

dos crimes do artigo 5.º, mas por factos constitutivos dos artigos 6.º, 7.º ou 8.º De fora fica o crime de agressão. Não se entende esta exclusão. Se uma pessoa já tiver sido julgada por crime de agressão, o TPI não está proibido de julgar novamente? Esta é a hipótese prevista no número 3, por leitura *a contrario*, sem que nada o justifique. Melhor teria sido adoptar a mesma redacção do n.º 1 – “atos constitutivos de crimes” –, conjugado com a expressão do n.º 2 – “por um crime mencionado no artigo 5.” E, portanto, o n.º 3 o que deveria dizer é que *o Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal por atos constitutivos dos crimes previstos no artigo 5.º*

Mas os problemas não se ficam por aqui. É preciso advertir para o que está prescrito na segunda parte do n.º 3 do artigo 20.º O que aqui se prevê é a possibilidade de o TPI julgar uma pessoa pelos mesmos factos que já tiver sido julgada, se se entender que o processo anterior: “a) Tenha tido por objectivo subtrair o arguido à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à acção o da justiça”.

Claro que estes limites são muito complexos. No exemplo que demos, se um Estado exerceu o seu poder de jurisdição, mas os factos conduzem a crimes de homicídio qualificado, ainda que em concurso e, portanto, no final, a pena não é superior a 25 anos, podemos presumir que tudo isto terá sido feito para subtrair o arguido à sua responsabilidade por crimes da competência do TPI? A resposta, a nosso ver, deve ser negativa. Em parte alguma do ETPI se refere que o Estatuto será aplicado com preferência dos ordenamentos jurídicos dos Estados se pena mais grave resultar da sua aplicação. Pelo contrário, o que se diz é que a competência do TPI é complementar dos Estados. Logo, não pode presumir-se, apenas porque a qualificação dos factos é diferente, que tudo tenha sido feito com a intenção de subtrair o arguido à competência do TPI. Só uma análise do processo é que poderá levar a uma conclusão segura sobre uma tal questão.

Importa ainda referir que o princípio *ne bis in idem* também vem referenciado no artigo 89.º do ETPI, como motivo para oposição à entrega de uma pessoa requerida pelo TPI a um Estado, se a pessoa em causa considerar que a sua entrega e eventual julgamento pelo Tribunal violaria o princípio. A entrega passará pela análise da admissibilidade do pedido pelo próprio TPI. E, como é óbvio, essa análise terá de respeitar o artigo 20º

Ainda assim, apesar dos aspetos críticos do ETPI relativamente a este princípio, não pode ignorar-se a sua importância sobretudo quando em causa podem estar problemas de aplicação de leis penais no espaço (internacional e/ou nacional).

IV. Humanidade

O princípio da humanidade, tanto no que respeita à aplicação e interpretação das normas como à prova ou ainda às penas, não vem expressamente mencionado no ETPI mas a ele podemos chegar a partir de alguns preceitos (v.g., artigos 21.º, em especial, n.º 3, 36.º, n.º 3, al. b), 69.º e 77.º).

Quanto às normas, há claramente uma alusão expressa ao princípio da humanidade na interpretação e aplicação do direito. As regras previstas no artigo 21.º ficam condicionadas por uma imposição muito relevante que está no n.º 3 daquele artigo: “A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, devera ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o sexo, tal como definido no n.º 3 do artigo 7.º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação económica, o nascimento ou outra condição”. A alusão aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, em matéria penal, é sem dúvida a afirmação do princípio da humanidade em toda a aplicação do ETPI que não pode deixar de ter implicações práticas.

Não pode passar despercebida, neste contexto, a subalínea ii) da alínea b) do n.º 3 do artigo 36.º Ao exigir que os candidatos a juízes devem ter reconhecida competência em matérias relevantes de direito internacional, “tais como o direito internacional humanitário e os direitos humanos”, o ETPI pressupõe que os juízes façam uma aplicação humanista do direito.

Relativamente à prova, o artigo 69.º proíbe a obtenção de provas com violação das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas. Adota, por isso, um regime de proibição de provas, tendo como critério o respeito pelos direitos humanos. Sabemos que as provas proibidas, normalmente, não podem ser usadas em processo e, quando são, as decisões tomadas na base dessas provas são nulas¹⁷. O efeito da prova proibida, por tão grave que é, na medida em que atenta contra os direitos humanos, costuma prevalecer sobre o caso julgado. Ou seja, se vem a descobrir-se que o arguido fora condenado com base em provas proibidas, a sentença pode ser anulada, mesmo que já tenha transitado em julgado. No contexto do direito penal internacional, seria, por exemplo, inadmissível a obtenção de uma prova mediante tortura ou outro meio similar que atentasse contra a dignidade da pessoa humana.

Convém dizer que, neste tópico, a nosso ver, o ETPI não esteve bem. Ao explicar no n.º 7 do artigo 69.º em que termos é que as provas proibidas aten-

¹⁷ Sobre este assunto, veja-se Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 117 e ss. E ainda, Conde Correia, “A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial”, in *Revista do CEJ*, n.º 4, 1.º semestre 2006, p. 195 e ss.

tariam contra as normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas, aduz que isso ocorre quando “essa violação suscite sérias dúvidas sobre a fiabilidade das provas”. As provas não devem ser proibidas porque há dúvidas sobre a sua fiabilidade. O critério de validade baseado nos direitos humanos é mais exigente que um critério de fiabilidade. As provas são proibidas porque atentam contra os direitos humanos. E se dúvidas existem sobre o que isto quer dizer, o próprio ETPI explica que se trata dos direitos humanos plasmados em normas internacionalmente reconhecidas. Naturalmente que se tais provas atentam contra tais normas, não são válidas, logo nunca são fiáveis. E, por outro lado, ao aduzir que também são proibidas quando “a sua admissão atente contra a integridade do processo ou resulte em grave prejuízo deste”, acabou por enunciar um critério de validade exclusivamente funcionalista e processual, que arredou o critério humanista e material. O ETPI deveria ter dito que são proibidas as provas quando a sua admissão atente contra a integridade física ou moral do sujeito, ou são obtidas mediante tortura ou qualquer tipo de coação. Naturalmente que, quando isto acontece, está logo posta em causa a integridade do processo. Mas esta é uma consequência da violação dos direitos humanos, e não uma causa da proibição da prova. O ETPI tergiversa ao apelar a um critério humanista, mas integrando-o com conceitos e critérios exclusivamente funcionalistas e processualistas.

Ainda assim, com estes reparos, não há dúvidas de que neste campo o princípio humanista está presente na admissibilidade das provas.

Quanto às penas, tratando-se de crimes graves e de relevo internacional, é de saudar que o ETPI tenha excluído a pena de morte. A pena capital é claramente desumana. Nada existe que a justifique.

Decorre de muitos instrumentos jurídicos internacionais¹⁸ uma proteção da vida e uma consequente ilegitimidade do direito de matar. Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, o artigo 3.º determina que “[t]odo indivíduo tem direito à vida”. O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos prescreve no artigo 6.º que “[o] direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito está protegido por lei. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da vida”. Daqui resulta, como princípio, a ilegitimidade da pena de morte. Se a pessoa humana é inviolável e se todo o ser humano tem direito ao respeito da sua vida, não assiste ao Estado o direito de aplicar a pena de morte. E se não assiste a cada Estado, também não pode assistir à comunidade internacional no seu todo. Não é por serem crimes graves e de relevo internacional que as coisas mudam neste ponto. A vida como bem objetivamente e em si mesmo valioso exclui o direito de matar. Nem sequer se pode invocar uma pretensa legítima defesa da comunidade

¹⁸ Sobre a análise dos instrumentos internacionais quanto ao direito à vida e à proibição ou limitação da pena da morte, veja-se Bacelar Gouveia, *Direito Internacional Penal*, p. 314 e ss.

internacional, porque a legítima defesa só pode ser invocada quando se verifica um ataque à vida, e não quando o ataque já se produziu. Uma pena aplicada a um crime que já sucedeu nunca seria uma atuação em legítima defesa; seria uma reação criminal.

Do mesmo modo, a pena de morte, ao aniquilar completamente o ser humano, não permite realizar finalidades preventivas especiais de reintegração. E quaisquer tipo de finalidades gerais seriam dificilmente alcançáveis, dada a desproporção da pena em relação às necessidades de prevenção. Qualquer finalidade negativa, para além de discutível em si mesma, levantaria o problema ético de saber se seria legítimo matar para intimidar outras pessoas.

E, por fim, se o fundamento da pena de morte fosse retributivo, como um castigo, uma expiação, isso significaria que a comunidade internacional, através do TPI, assumiria para o delincente a mesma atitude que este tivera para com a vítima. Seria sempre a aplicação de um mal para expiar outro mal. Seria sempre um modo negativo de realizar a justiça penal. Seria, numa palavra, uma forma de eternizar o mal a pretexto da realização de um bem.

Por isso, bem andou o ETPI em não consagrar a pena de morte. E nisto revelou-se o princípio da humanidade, porque a instituição da pena capital seria uma opção desumana.

Sabemos que o ETPI é o resultado de um compromisso obtido entre Estados com concepções diversas sobre a justiça. E, portanto, não foi possível evitar a pena de prisão perpétua – veremos adiante que isto é criticável. Ainda assim, da formulação do artigo 77.º resulta um amplo poder do tribunal para a não aplicar, uma vez que será o tribunal quem fará um juízo concreto do caso para saber se existe um elevado grau de ilicitude do facto e, sobretudo, se as condições pessoais do condenado o justificam. Isto é assim porque nem nos tipos legais de crime nem no artigo 77.º se determina a obrigatoriedade de aplicação de pena de prisão perpétua. Por aqui terá o tribunal poder de não aplicar a pena de prisão perpétua, assim se manifestando também o princípio da humanidade das penas.

V. Legalidade criminal

1. Notas introdutórias

O princípio da legalidade criminal (*nullum crimen sine lege scripta, praevia, certa, stricta*)¹⁹ significa que ninguém poderá ser punido por um facto que não esteja como tal previsto na lei no momento em que o pratica, nem com uma pena que não esteja igualmente prevista na lei ao momento da prática do facto. Tem, por isso, duas dimensões: a da tipicidade do crime (*Nullum crimen sine lege*) e a da previsão da pena (*Nula poena sine lege*).

O valor do princípio da legalidade criminal está no facto de que só é crime e só é pena aquilo que a lei determinar. Por isso, estarão excluídas incriminações pessoais, casuísticas, de tipo judicial. Tem, por isso, uma feição garantística, que encontra na lei, e só na lei, a sua expressão. Não pode um facto ser considerado crime por vontade particular de um juiz nem uma sanção ser determinada casuisticamente, fora dos limites legalmente impostos²⁰.

Curiosamente, é no âmbito do direito penal internacional²¹ que topamos com verdadeiras exceções a este princípio.

Como já dissemos em outro escrito²², que aqui seguimos, a história recente oferece-nos exemplos de casos internacionais em que se não aplicou o princípio da legalidade criminal. Nuremberga, Tóquio, ex-Jugoslávia ou Ruanda, foram tribunais *ad hoc* que se valeram de princípios internacionais univer-

¹⁹ Secundando Ambos, *General Principles of Criminal Law in the Rome Statute*, in http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/General_Principles.pdf, consultado em 5 de março de 2018, p. 4, em análise a este princípio a partir do ETPI, as suas dimensões são as seguintes: *lex scripta* – o facto só é crime quando previsto no Estatuto ao tempo da prática; *lex praevia* – o facto só é punível quando cometido antes de entrar em vigor o Estatuto; *lex certa* – o facto é definido com suficiente clareza; *lex stricta* – não é possível recorrer à analogia para definir o facto.

²⁰ Para mais desenvolvimentos, veja-se o nosso “O princípio da legalidade criminal: uma revisitación à luz de concretas exigências de justiça material”, in *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, [S.l.], v. 7, n. 7, agosto 2016, in <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/5543>, consultado em 7 março 2018, p. 148 e ss.

²¹ Sobre o princípio da legalidade criminal no direito penal internacional, veja-se, entre outros, Bacelar Gouveia, *Direito Internacional Penal*, p. 193 e ss.

²² Veja-se o nosso “Transnacionalidade e proteção criminal dos direitos humanos”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, n.º 33 (e em versão chinesa: 人權的刑法保護及其跨國性, BFDUM, n.º 33, p. 91 e ss.), p. 113 e ss.

salmente reconhecidos ou do direito consuetudinário e que deram lugar ao que poderíamos designar como direito penal *costumeiro*²³.

A razão para isso ter sucedido é muito simples: o tribunal não podia aplicar o direito positivo dos Estados implicados porque de algum modo esse direito legitimava os factos cometidos. Logo, restava o recurso aos princípios gerais de direito e/ou ao direito consuetudinário.

Mas a questão que se coloca é a de saber se isto seria incompatível com o princípio da legalidade criminal. Como explica Figueiredo Dias²⁴, “hoje é seguro que o princípio *nullum crimen sine lege* constitui um princípio geral de direito internacional, embora o seu ‘modo’ seja diverso, uma vez que no termo *lege* se inclui também o *direito (internacional) costumeiro*”. E isto é assim, mesmo que se admita que uma tal visão possa “trazer problemas graves quanto à exigência de determinabilidade das condutas puníveis”²⁵.

Seguro é que uma compreensão assim aberta do princípio da legalidade não corresponde ao modo clássico com que o enunciou Beccaria, mas a um sentido que permite transformar o princípio da legalidade como “princípio geral de direito internacional” que legitima o uso de “princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos” como fundamento para a incriminação de condutas quando não estejam expressamente previstas numa lei.

Como também já referimos em outro escrito²⁶, a intervenção penal nestes casos estará justificada por ingentes e universais razões de justiça e não por obediência estrita ao princípio da legalidade (no sentido da exigência de uma lei prévia e escrita que tipifique a conduta). Tais razões de justiça são, no entanto, as mesmas que justificariam a tipificação de tais comportamentos. E, portanto, são sempre razões de justiça que estão na base da tipificação criminal. Razão pela qual o Estatuto do TPI acabou por as positivar. E não podia ser de outro modo quando, na cena internacional, este princípio já estava previsto em outros instrumentos jurídicos (v.g., o artigo 15.º do Pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos).

Tudo isto para deixar claro que o princípio da legalidade criminal terá sempre de ser visto no direito penal internacional com um sentido mais aberto do que aquele com que classicamente é entendido; não no sentido de restringir o termo “*lege*” à lei escrita, senão ao direito comumente reconhecido, ainda

²³ A expressão baseia-se numa outra de Figueiredo Dias, *op. cit.*, p. 179, referindo-se ao “*direito (internacional) costumeiro*”.

²⁴ Figueiredo Dias, *Direito Penal, op. cit.*, p. 179.

²⁵ *Idem, ibidem*.

²⁶ Veja-se o *nosso* “Transnacionalidade...”, p. 114, onde tecemos outras considerações sobre as razões que fundamentam uma tal possibilidade.

que não escrito. E, portanto, o facto de o ETPI nos artigos 22.º e 23.º adoptar o princípio da legalidade criminal não significa que, por um lado, os julgamentos anteriores possam ser considerados ilegítimos e, por outro, a partir de agora, não possa fazer-se uso dos princípios gerais de direito internacional reconhecidos e até do direito consuetudinário, dentro de algumas condições, como veremos adiante. Neste sentido, podemos até dizer, com Kai Ambos, que uma e outra coisa acabaram por ser fonte do próprio ETPI, apesar das dificuldades que o direito consuetudinário apresenta face ao princípio da legalidade do ETPI²⁷.

2. *Nullum crimen sine lege*

Importa agora perceber o alcance do princípio da legalidade criminal no ETPI.

No artigo 22.º temos três determinações: a do princípio da legalidade propriamente dito; a da interpretação favorável ao arguido; a da salvaguarda do direito internacional.

Na primeira acepção (n.º 1), não se refere claramente que não será crime o que não estiver como tal previsto no Estatuto; diz-se, antes, que não haverá responsabilidade penal nos termos do Estatuto se no momento da prática do facto o mesmo não constituir um crime da competência do Tribunal. Esta redação, quase capciosa, tem razões que a justificam: o ETPI salvaguarda deste modo a possibilidade de um facto poder não ser crime à luz do Estatuto, mas nem por isso deixar de o ser à luz do direito internacional (n.º 3) e dos ordenamentos jurídicos dos Estados, reforçando, deste modo, o princípio da complementaridade que preside à atuação do TPI.

Na segunda acepção (n.º 2), proíbe-se o recurso à analogia incriminadora, ficando, por isso, salvaguardada a interpretação extensiva incriminadora, mas com um limite: nunca em sentido prejudicial à pessoa visada. Aqui se enuncia, portanto, um princípio de interpretação favorável ao arguido, claramente emergente do princípio da presunção de inocência. Não se trata do princípio *in dubio pro reo*, porque, como é consabido, este princípio aplica-se ao julgamento da matéria de facto. Neste caso, o que está em causa é a interpretação das normas incriminadoras. É uma questão de direito. O ETPI o que quis deixar claro é que a

²⁷ Ambos, *La Parte General*, p. 34 e ss.

analogia é proibida e que qualquer outro tipo de interpretação (extensiva, restritiva, etc.) é sempre possível, desde que não prejudique o arguido²⁸.

Curiosamente, o ETPI, ao assumir este princípio, de proibição da analogia incriminadora, acabou por se enredar numa contradição: é que o próprio ETPI apela à aplicação da analogia em algumas situações de incriminação típica. Isto sucede, nomeadamente, no artigo 7.º, n.º 1, alínea k): “Outros actos desumanos de carácter semelhante...”. Mesmo que o critério de integração passe por serem “actos que causem intencionalmente grande sofrimento, ferimentos graves ou afectem a saúde mental ou física”, não deixa de ser um recurso à analogia quando o Tribunal for confrontado com outros atos, que não os descritos no n.º 1 do artigo 7.º, e tiver de os considerar como típicos. Não deixa de ser uma contradição questionável²⁹, ainda que a possibilidade esteja prevista no próprio ETPI. Por uma razão muito simples: o princípio da legalidade exige que as leis penais sejam prévias, parlamentares, escritas certas e estritas. Nesta última dimensão (*nullum crimen sine lege certa, stricta*), exige-se que a lei penal seja clara e objetiva, sem ambiguidades ou conceitos vagos, e não extensível por analogia. E o que o artigo 7.º, n.º 1, alínea k), enuncia é exatamente uma situação de vaguidade e imprecisão que ofende o princípio da legalidade. Ainda assim, qualquer ambiguidade neste caso sempre implicaria a necessidade de uma solução que, na dúvida, deve ser favorável ao arguido³⁰.

²⁸ Para já não falarmos na necessidade que há de acautelar uma interpretação favorável à pessoa visada se tivermos em conta que o ETPI é um instrumento internacional que carece sempre de uma compreensão linguística universal. Ora, aqui se coloca um sério problema de divergências linguísticas sobre conceitos jurídicos que podem ter significados diferentes consoante os sistemas que os interpretam. Disso nos dão conta Ezequiel Malarino/Emanuela Fronza, “Problemas de determinación de la norma penal y soluciones de interpretación en textos penales plurilingües en el ejemplo del Estatuto de Roma”, in Kai Ambos *et. al.* (eds.), *Temas Actuales del Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, p. 68 e 91. Daí a necessidade do princípio da interpretação mais favorável, como explicam os autores, na p. 91.

²⁹ Há quem, como Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 229, considere admissível, porque por vezes se recorre ao “emprego de palavras gerais, vagas ou indefinidas”, e quando assim sucede, “estas deverão ser interpretadas de forma a permitir a respectiva aplicação a pessoas, coisas ou factos do mesmo tipo dos expressamente enumerados”. E o autor dá como exemplo exatamente o segmento da alínea k) do n.º 1 do artigo 7. Mas a nossa relativa discordância está em que justamente o princípio da legalidade impede a tipificação vaga e imprecisa. Por isso, esta situação nem deveria existir. Naturalmente que, ao estar prevista, cabe ao tribunal fazer a respectiva integração desses conceitos vagos. E se isso tiver de passar pela analogia, pois esta estará legitimada pelo próprio tipo. Mas não deixa de ser uma manifesta *contradictio in terminis*, quando o artigo 22.º, n.º 2, declara proibida esta possibilidade. No mesmo sentido, falando de conceitos vagos e abertos, vai William Schabas, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, 2.º ed., Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 152, dando como exemplos os termos “perseguição” e “atos desumanos”.

³⁰ Nesse sentido, Ambos, *General Principles*, p. 4.

Na terceira acepção (n.º 3) salvaguarda-se a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, para lá do ETPI. Esta norma levanta alguns problemas de interpretação e aplicação. Se o que ela se quer referir é ao facto de uma conduta poder ser considerada criminosa pelo direito internacional, mesmo que não esteja como tal considerada no ETPI e, portanto, o próprio ETPI salvaguardar a natureza criminal da conduta, com as consequências que isso possa ter – julgamento no Estado em que ocorreu, eventual julgamento internacional *ad hoc*, etc. –, parece fazer todo o sentido; se, no entanto, o que o Estatuto pretende é uma extensão da competência do TPI por alargamento a outros crimes que não os previstos no artigo 5.º, por, apesar de não estarem tipificados no ETPI, deverem ser considerados como tal pelo direito internacional, isso seria francamente questionável. Não propriamente por violação do princípio da legalidade criminal que, como já vimos, no direito penal internacional tem um alcance diferente do que tem no direito penal estadual e, portanto, *cum grano salis*, até comportaria essa possibilidade; mas porque é o próprio ETPI que no artigo 5.º define a competência do Tribunal e não só a restringe aos crimes aí previstos, com uma fundamentação muito importante – a de serem crimes mais graves que afetem a comunidade internacional no seu conjunto –, como não inclui ali qualquer cláusula de abertura a outras situações análogas que se pudessem integrar na sua competência por via interpretativa, salvaguardando assim a hipótese prevista no artigo 22.º, n.º 3. Ao não o ter feito, naturalmente que não quis alargar a competência do tribunal. E, portanto, a salvaguarda material prevista neste n.º 3 tem como função evitar a impunidade de condutas que, apesar de não estarem previstas no ETPI, devem ser punidas à luz do direito penal internacional.

3. *Nulla poena sine lege*

A outra face do princípio da legalidade criminal diz respeito às penas. *Nulla poena sine lege* significa que não se pode aplicar uma pena ou medida de segurança como consequência de uma conduta se essa reação criminal não estiver prevista aquando da prática do facto. Trata-se, como no caso da tipificação da conduta, de uma garantia material muito importante.

O ETPI, na formulação deste princípio, foi minimalista. As reações criminais a aplicar são as que estiverem previstas no Estatuto. É o que decorre do artigo 23.º Porém, o catálogo de penas vem determinado no artigo 77.º e as regras de determinação da pena no artigo 78.º E é sobre o artigo 77.º – tipologia de penas – que nesta sede deixaremos alguns breves comentários.

O ETPI assume como pena principal e única a de prisão. E, lamentavelmente, admite a pena de prisão perpétua. Embora se possa dizer que isto

constitui um ganho, se pensarmos que o risco seria o de se admitir a pena de morte, atenta a gravidade dos crimes e de alguns Estados ainda patrocinares esta pena, não iludamos a realidade: a pena de prisão perpétua é igualmente lamentável. Para encurtar razões, ela é desproporcional às exigências de prevenção geral ou especial que devem presidir à aplicação de qualquer pena. Por muito grave que tenha sido a conduta do agente, jamais poderá falar-se de reintegração de uma pessoa que deve permanecer o resto da vida numa prisão; e relativamente à prevenção geral, uma pena perpétua excede sempre o limite máximo exigido pela necessidade de prevenção, que, como se sabe, também está nas necessidades concretas da prevenção especial positiva ou de reintegração. Claro que tudo isto pode ser rebatido se se entender que as finalidades podem ser outras: prevenção geral negativa – transformando o arguido em instrumento de intimidação – ou retributiva – tratando o condenado como um bode expiatório inclemente e desumano. Compreende-se que os Estados que aceitaram esta solução o fizeram porque a aplicação da pena de prisão perpétua não é automática – depende em última instância do tribunal que pode sempre evitá-la e, além disso, porque no artigo 110.º se prevê a libertação do condenado, mesmo que por prisão perpétua, por parte do Estado da execução, após 25 anos de cumprimento da pena de prisão perpétua. Trata-se aqui de uma solução que mitigou o sentido absoluto da prisão perpétua, que faz jus ao princípio da humanidade a que já nos referimos³¹.

O artigo 77.º utiliza uma redação dúbia sobre a aplicação da pena de multa. Que a perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime seja uma consequência que acresce à pena de prisão é algo que não nos merece dúvidas; que a pena de multa possa acrescer à pena de prisão, mas não possa funcionar como uma pena principal é algo que será sempre discutível. Certamente que nas formas de autoria e de participação haverá graus de responsabilidade diferentes para aqueles que tiverem cometido um dos crimes previstos no artigo 5.º do ETPI. Se parece claro que para um autor de um desses crimes a pena de prisão poderá ser adequada, atenta a gravidade da infração, a culpa e as necessidades de prevenção, já para um cúmplice podemos e devemos admitir como solução a preferência de uma pena não privativa de liberdade. Para isto, o ETPI deveria ter sido mais claro. O modo como está redigida a norma deixa dúvidas.

Seja como for, a consagração de um princípio da legalidade das penas, com o enunciado mínimo desse catálogo no artigo 77.º, constitui uma garantia

³¹ Em sentido praticamente concordante, veja-se Zaida da Luz, “Tribunal Penal Internacional e África Lusófona: Perspectiva crítica”, in AA.VV., *Direito Penal Internacional, TPI e a Perspectiva da África de Língua Oficial Portuguesa*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2015, p. 51.

básica que, no âmbito do direito penal internacional, é um passo muito relevante face ao que antes seria possível.

4. Não retroatividade “*ratione personae*” e aplicação da lei mais favorável

O princípio da não retroatividade da lei penal é uma decorrência do princípio da legalidade criminal. Se, por este, não pode condenar-se uma pessoa por uma conduta que não estivesse como tal prevista em lei anterior, então, o Estatuto só pode ser aplicado às condutas cometidas já no âmbito da sua vigência. É o que está no n.º 1 do artigo 24.º

Trata-se aqui também de uma garantia jurídica muito relevante. Qualquer cidadão tem o direito de saber, quando pratica uma conduta, se ela é penalmente relevante ou não. Este, aliás, é um dos problemas do direito penal internacional baseado nos princípios ou no direito consuetudinário. A falta de uma lei expressa levanta sempre dúvidas quanto a saber exatamente em que medida uma conduta pode ser considerada criminosa ou não. A incerteza nesta questão é indesejável. Não se pode ser surpreendido com uma incriminação *ad hoc* ou exclusivamente judicial que, por muito meritória que fosse, não fogue aos riscos da arbitrariedade ou, pelo menos, da subjetividade.

Logo, o Estatuto não podia ser aplicado a casos ocorridos antes da sua entrada em vigor. Mas, com isto, não quer dizer-se mais. Ou seja, não significa que esses casos não pudessem ser considerados e legitimamente julgados como criminosos, à luz do direito penal internacional costumeiro, como já explicámos, mas não pelo TPI, à luz deste Estatuto³².

O número 2 consagra o princípio da aplicação da lei penal mais favorável. Partindo do pressuposto de que a conduta terá sido realizada após a entrada em vigor do ETPI, mas admitindo que possa ocorrer uma alteração do próprio Estatuto e que a conduta venha a ser julgada após a entrada em vigor da alteração, aplicar-se-á sempre aquela norma que for concretamente mais favorável ao arguido. Trata-se de um princípio essencial de resolução de sucessão de leis penais.

³² Ambos, *General Principles*, p. 4 e s., explica que no direito penal internacional, desde Nuremberga, este princípio costuma ser interpretado de um modo mais liberal. E, por isso, sempre se aceitou uma prossecução *ex post facto*, mesmo que não existisse lei prévia, porque, como firmou o Tribunal de Nuremberga, os agressores sabiam que estavam a fazer algo errado. Sim, isso é verdade, e sempre foi assim que o direito penal internacional de cariz costumeiro abordou esta questão. Mas, com o ETPI, nos termos dos artigos 22.º e 24.º, isto não pode aceitar-se. Não significa que os julgamentos anteriores devam considerar-se ilegítimos. Mas seriam ilegítimos os julgamentos realizados no TPI sobre factos que tivessem sido cometidos antes da entrada em vigor do ETPI.

Este princípio tem muitas implicações práticas. Não as vamos aprofundar, mas apenas deixaremos aqui algumas ideias breves.

Assim, se uma disposição posterior eliminar o facto como pressuposto da incriminação, aplica-se sempre esta lei porque é mais favorável. E, se a lei não eliminar o facto mas prever uma sanção mais branda, também se aplica a lei posterior. A sanção será mais leve se, por exemplo, reduzir o máximo da pena de prisão ou permitir que ao caso seja aplicada uma pena não privativa de liberdade ao invés da pena de prisão. Se uma alteração posterior introduzir uma circunstância atenuante, será mais favorável; se ao invés, aplicar uma circunstância agravante, será mais desfavorável. Se ampliar as causas de justificação ou de exclusão da culpa é sempre mais favorável, sendo o contrário mais desfavorável. Se modificar os elementos do tipo legal, será sempre aplicável se a introdução ou a exclusão de elementos se mostrar mais favorável, no sentido da exclusão ou da atenuação da responsabilidade.

São apenas alguns exemplos. Mas servem para perceber do que se pode estar a pretender alcançar quando se introduz uma norma como esta.

Problemas podem colocar-se quando a alteração introduz simultaneamente elementos que são favoráveis e outros que são desfavoráveis, sobretudo se tivermos em conta complexas situações como são as de crimes continuados. Em regra, só serão aplicáveis as normas novas na parte em que consagrem um regime mais favorável. Por exemplo, se uma alteração prevê uma circunstância agravante e uma circunstância atenuante e ambas até se verificam no caso, só se aplicaria a circunstância atenuante, por ser direito mais favorável. O problema dos crimes duradouros ou dos crimes continuados é diferente. Obviamente que o princípio continua a valer. Porém, se a alteração normativa trouxer agravações, sem que o crime tenha ainda sido completamente consumado, *quid iuris?* A solução aqui parece ser a de que “qualquer agravação da lei ocorrida antes do término da consumação (...) só pode valer para aqueles elementos típicos do comportamento verificados após o momento da modificação legislativa³³”.

VI. Responsabilidade criminal individual

1. Notas introdutórias

Segue-se aquele que poderá ser um dos mais relevantes e complexos princípios do direito penal internacional: o da responsabilidade criminal indi-

³³ Figueiredo Dias, *op. cit.*, p. 195.

vidual³⁴. Este princípio também inspira o direito penal estadual moderno, na medida em que o princípio da culpa impõe sempre que se afira a responsabilidade individual. Mas no direito penal internacional ele atinge uma relevância transcendental pelo tipo de condutas que normalmente estão em jogo e pelas implicações que tem. Não podemos esquecer que falamos dos crimes mais graves que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Estes crimes, como estão descritos nos artigos 6.º, 7.º e 8.º, envolvem, na maior parte dos casos, uma complexa e duradoura teia de agentes e factos, com uma diversidade de momentos e espaços, com implicações plúrimas. E, quando se chega ao momento de apurar a responsabilidade, topa-se uma certa dificuldade em individualizar, porque às vezes estão envolvidas várias pessoas, instituições, organizações, redes, etc., que tornam o apuramento da responsabilidade muito difícil.

Mas o direito penal assenta no princípio da culpa³⁵. E a culpa é sempre individual. Por isso, não pode haver julgamentos de massas. Não pode haver julgamentos coletivos. Por exemplo, sabendo que um grupo étnico pratica o genocídio de outro grupo, mesmo que se conseguisse identificar todos os membros daquele primeiro grupo, não se poderia julgar o “grupo” pelos crimes cometidos, a menos que estivesse tipificado um crime de organização ou associação criminosa – e mesmo aqui, cada um responderia individualmente pela sua quota parte na realização desse crime. Não há, por regra, lugar à responsabilidade penal coletiva, institucional. Como também não pode pretender-se uma responsabilidade do Estado que sempre implicaria uma certa impunidade dos protagonistas que, sob a veste estadual, terão praticado as condutas criminosas. A responsabilidade penal é individual porque a culpa também é individual. E aqui, pode suceder que o grau de envolvimento de cada uma das pessoas tenha sido diferente. Um podem ter assumido um papel mais relevante que outras,

³⁴ Em Portugal, dado que houve uma transposição das normas do ETPI para o direito interno, valem as normas da Lei n.º 31/2004, de 22 de julho, com as atualizações da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro. À exceção da responsabilidade dos chefes militares e de outros superiores, que recebeu acolhimento no artigo 6.º, tendo, portanto, sido adoptada a posição do ETPI, o regime de responsabilidade penal pelos crimes previstos naquela Lei especial, por força do artigo 4.º desta, acaba por ser o regime do Código Penal. Escusado será dizer que, tanto os elementos objetivos como os subjetivos do tipo, como a relevância do tipo de culpa, como, enfim, todas as questões relacionadas com a teoria da infração criminal projetadas no CP português – nomeadamente, no que à responsabilidade diz respeito, as questões relacionadas com a responsabilidade das pessoas singulares, coletivas, por atuação em nome de outrem, bem como as várias formas de autoria e comparticipação –, acabam por ser muito diferentes do que o ETPI consagra e que aqui analisamos.

³⁵ Note-se que, embora o ETPI não se refira ao princípio da culpa, preferindo os seus redatores adoptar a categoria da responsabilidade penal, não deixa, nomeadamente a jurisprudência, como explicaremos adiante, de recorrer ao princípio da culpa para integrar/concretizar os elementos subjetivos da responsabilidade e, como alguns autores consideram, não deixa o princípio da culpa de ser relevante no âmbito do ETPI – nesse sentido, Bacelar Gouveia, *op. cit.*, p. 136.

umas podem ter atuado como autores e outras como participantes. E mesmo dentro da autoria, os níveis de autoria podem ser diferentes. Logo, a responsabilidade tem de ser aferida individualmente.

O princípio não oferece, portanto, dúvidas.

Dúvidas podem existir na sua aplicação concreta a situações diversas. E estas resultam fundamentalmente da imputação de elementos típicos. O que vamos fazer, pois, é o estudo da responsabilidade individual, enquanto princípio do direito penal internacional, a partir do ETPI, tendo presente que com ele se resolvem essencialmente problemas de imputação³⁶, ainda que se não possa fazer essa imputação sem passar pela verificação de elementos objetivos (*actus reus*) e subjetivos (*mens rea*)³⁷.

2. Análise dos elementos objetivos da responsabilidade (*actus reus*)

2.1 A responsabilidade individual das pessoas singulares (artigo 25.º, n.º 1 e 2) – exclusão das pessoas coletivas, organizações ou do Estado

Em primeiro lugar, para se tratar de responsabilidade individual importaria sempre saber se uma responsabilidade penal *ratione personae* própria do direito penal internacional significaria uma inclusão da responsabilidade das pessoas coletivas.

Sendo legítima essa discussão, e até mesmo a de, em função disso, saber se uma tal responsabilidade se poderia estender ao Estado ou outras organizações estaduais ou não estaduais – aqui com mais dificuldades, é certo –, a verdade é que o ETPI, no n.º 1 do artigo 25.º, de modo expresso e absolutamente inequívoco limitou a sua competência ao julgamento de pessoas singulares (“De

³⁶ Concordando com Ambos, “La construcción de una parte general del derecho penal internacional”, in Kai Ambos *et. al.* (eds.), *Temas Actuales del Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, p. 25, do que se trata, com o princípio da responsabilidade individual no direito penal internacional, é “de regras e possibilidades de *imputação* de uma determinada conduta a um determinado resultado, e não de ‘responsabilidade’ no sentido de uma categoria delitiva independente em lugar da culpa”.

³⁷ Como acrescenta Ambos, “La construcción...”, p. 25: “a responsabilidade individual tem também um lado subjetivo e, por certo, num duplo sentido: por um lado, na forma de um reconhecimento fundamental do princípio da culpa; por outro, como expressão dos pressupostos subjetivos da responsabilidade individual. Em direito penal internacional não se diferencia claramente, no entanto, entre *dolo do facto* – como parte do tipo – e a consciência da ilicitude – como parte da culpa”.

acordo com o presente Estatuto, o tribunal será competente para julgar as pessoas singulares”) E, portanto, além da responsabilidade *ratione personae*, há aqui uma limitação de competência jurisdicional às pessoas singulares. Com o que estão excluídos da competência do TPI tanto as pessoas coletivas como os Estados ou outras organizações não estaduais.

O TPI apenas trata da responsabilidade penal de pessoas singulares. Que alcance tem isto? Estará o ETPI a afirmar a impossibilidade de uma responsabilização criminal das pessoas coletivas, do Estado ou de outras organizações estaduais ou não estaduais? Ou estará simplesmente a limitar o seu poder jurisdicional?

Como se sabe, nem sempre foi consensual o princípio “*Societas delinquere non potest*”, princípio que, durante muito tempo, excluiu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas (pessoas coletivas). Porém, como é consabido, esta concepção, por razões essencialmente político-criminais, acabou por ceder lugar a uma visão pragmática que, superando a dogmática jurídico-penal no que respeita aos conceitos de ação e culpa, acabou por equiparar as pessoas coletivas às singulares e, de um modo análogo ao das pessoas singulares, tendo em conta as necessidades de prevenção de um certo tipo de criminalidade, acabou por reconhecer a responsabilidade penal das pessoas coletivas. E hoje, aquilo que era uma exceção, passou a ser uma regra. Poucos são os ordenamentos jurídicos que resistem ao seu reconhecimento. Não quer dizer que o assunto esteja encerrado. Continua a haver espaço para uma discussão sobre os fundamentos dogmáticos de uma tal solução. Mas do que não existem dúvidas é de que hoje não nos surpreende que, sobretudo no domínio económico-financeiro (direito penal secundário), a responsabilidade penal das pessoas coletivas é uma regra. E mesmo relativamente a muitos crimes do direito penal de justiça, também vamos assistindo cada vez mais à introdução deste tipo de responsabilidade.

Há aqui uma razão de fundo muito importante que levaria a uma reflexão sobre a razoabilidade da responsabilização das pessoas coletivas. Em rigor, embora sejam pessoas distintas e ambas com personalidade jurídica, o certo é que a ação das pessoas coletivas nunca se realiza com total autonomia das isso que uimporta. ados por pessoas singulares. E, para o TPI esse de uma pessoa coletiva, esses nalogia, imputar ireito penal pessoas singulares. Quem realiza os atos no seio da pessoa coletiva são sempre pessoas singulares. É por isso que uma das objeções que se costuma levantar à responsabilidade das pessoas coletivas é a da falta de autonomia na ação e na vontade, o que levaria a não poder falar-se em culpa das pessoas coletivas. Em rigor, são sempre pessoas singulares que decidem, que atuam, que realizam os atos, em nome e no interesse da pessoa coletiva. Simplesmente, não tendo aqui espaço para aprofundar, o facto de muitas vezes isso levar a uma certa impunidade, fez com que houvesse necessidade de, por analogia, imputar à pessoa coletiva, também, os atos praticados no seu

seio por pessoas singulares. Claro que sempre se poderia ensaiar uma responsabilidade por defeito na organização. E até se podia falar de uma responsabilidade pela perigosidade. Essa seria uma outra questão que *brevitatis causa* não podemos aqui tratar.

Porém, no direito penal internacional as coisas não se têm passado assim. O que se compreende se pensarmos como tudo aconteceu no século passado. Nuremberga foi o ponto de partida para a introdução da responsabilidade individual. Ainda que o Tribunal de Nuremberga não se tenha coibido de se referir à responsabilidade de grupos ou organizações que intervieram nos factos que foram objeto de julgamento, certo é que, relativamente à responsabilidade desses agrupamentos, ficou claro que “só no âmbito de um processo em que estivesse a ser um jugado um indivíduo membro de determinado agrupamento estaria, na verdade, o Tribunal habilitado a declará-la, «com autoridade definitiva do caso jugado»”³⁸. Era, curiosamente, a assunção clara de que o Tribunal se preocupava com o apuramento de responsabilidades individuais. Foi necessário responsabilizar pessoal e individualmente os agentes dos crimes cometidos durante a segunda guerra mundial, sob pena de, escudando-se no Estado e nas instituições do Estado, invocando leis e o cumprimento do dever institucional, nem o Estado, nem as instituições, nem os indivíduos serem responsáveis.

Então, independentemente da responsabilidade que a comunidade de um Estado possa ter, das instituições desse Estado³⁹, Nuremberga quis deixar bem

³⁸ Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 189, dando conta que o Tribunal se pronunciou sobre a atividade criminosa realizada pelas S.S., a Gestapo e o S.D. e os órgãos dirigentes do Partido Nazi.

³⁹ A discussão sobre a responsabilidade penal de um Estado ou até da comunidade pode ter interesse do ponto de vista académico, mas realisticamente não nos levaria à consagração de uma tal solução. A ação política do Estado é idealizada e realizada por pessoas singulares que, nos termos do ETPI, podem ser responsabilizadas criminalmente se cometerem os crimes ali previstos, sob qualquer uma das formas de autoria ou participação ou, enquanto superiores hierárquicos, nos termos do artigo 28.º, pela omissão de controlo. O Estado, em si mesmo, não tem vontade de realizar tais crimes. Aos obstáculos dogmáticos que se colocam às pessoas coletivas adicionam-se aqui outros freios que têm que ver com a natureza e a configuração do Estado, de tal modo que não é possível estabelecer um raciocínio análogo entre quem “criou” o Estado e este, como se faz entre quem criou a pessoa coletiva e esta, para se afirmar que “em certos domínios especiais e bem delimitados ao homem individual possam substituir-se, como centros ético-sociais de imputação jurídico-penal, objectiva e subjectiva, as suas obras ou realizações colectivas e, assim, as pessoas colectivas, associações, agrupamentos ou corporações em que o ser livre se exprime”, como explica Figueiredo Dias, *op. cit.*, p. 298. Em concordância com Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 192, “[e]stabelecer, porém, o limiar a partir do qual uma conduta, extravasando o quadro da actuação individual ou até de um grupo identificável de agentes (v.g., Chefes de Estado, Chefes de governo, Chefes militares, etc.), deva ser colectivamente imputada ao Estado, é algo que, no momento presente, não encontra na doutrina subsídios dotados de conclusão bastante”. A comunidade poderia ser responsável, se não mais, pela omissão. Mas aqui, de duas uma: ou se consegue individualizar e provar a culpa (responsabilidade) de cada um, porque o direito penal exige a demonstração de um nexo de causalidade entre o resultado e a ação do agente e porque este nexo passa por uma realização culposa daquela ação, que é sempre pessoal; ou então, não é possível responsabilizar criminalmente uma massa humana indiscriminadamente. À míngua de outras razões, estas seriam suficientes para que o ETPI não tenha previsto a responsabilidade criminal do Estado ou da comunidade, mas não tenha afastado a responsabilidade criminal daqueles que, no exercício de funções no Estado, tenham contribuído para a realização dos crimes.

claro que cada um responderia pelos seus atos. E, portanto, não haveria lugar à impunidade escondida nas instituições ou no Estado e este por sua vez nas leis.

A partir daqui, assumiu-se que o princípio da responsabilidade individual seria uma trave-mestra do direito penal internacional. Foi assim também nos julgamentos *ad hoc* que se seguiram a Nuremberga. E assim foi acolhido no ETPI.

De tal modo que o ETPI prescindiu de uma eventual responsabilidade das pessoas coletivas⁴⁰. Significa isto que as pessoas coletivas não podem cometer os crimes previstos no artigo 5.º do ETPI? A resposta, para nós, é simples: admitindo-se como certa a responsabilidade penal das pessoas coletivas, então estas também podem ser responsabilizadas pelos crimes previstos no artigo 5.º Significa, portanto, que o ETPI não se pronuncia sobre eventual responsabilidade penal de pessoas coletivas, mas sem que isto signifique uma derrogação dessa responsabilidade caso ela esteja prevista no Estado respetivo. Sabendo que o princípio que rege a atuação do TPI é o da complementaridade jurisdicional, se um Estado tiver prevista a responsabilidade penal das pessoas coletivas e se de algum modo puder imputar-se algum dos crimes do artigo 5.º a uma pessoa coletiva, naturalmente que se aplica o direito penal desse Estado e que a pessoa coletiva será julgada e, se for o caso, sancionada nesse Estado. Simplesmente, isso não invalida que, havendo – como normalmente existe, sobretudo em crimes contra as pessoas, como são os crimes previstos no ETPI – ação de pessoas singulares, estas serão julgadas pelo TPI, depois de respeitado o princípio da complementaridade, e o mesmo se não passará com pessoas coletivas.

O que importa é que o TPI só cuida da responsabilidade penal individual, sem afastar a responsabilidade penal de pessoas coletivas que, por força do direito estadual, possa ser apreciada pelo respetivo Estado.

Para o direito penal internacional, isto significa que, mesmo que se realizem factos integráveis nos tipos legais de crime do artigo 5.º em nome e no interesse de uma pessoa coletiva, esses atos só são relevantes se forem decididos e realizados por pessoas singulares. E para o TPI é isso que importa.

Este raciocínio é válido para qualquer tipo de grupo, incluindo, portanto, grupos organizados, mas sem personalidade jurídica, embora aqui seja necessário fazer um esclarecimento. O facto de as pessoas singulares atuarem organizadamente, em grupo, não afasta a sua responsabilidade nos termos do

⁴⁰ Não que não tivesse sido tentada. Como explica Ambos, *General Principles*, p. 7, a hipótese de responsabilizar também as pessoas jurídicas chegou a ser proposta pela França. Mas por várias razões que o Autor explica, entendeu-se que não havia condições para lidar com esta responsabilidade no TPI. E entre elas, há uma que vale a pena sublinhar: ainda não está universalmente reconhecida como *standard* comum a “corporate liability”, ou seja, a responsabilidade penal da pessoa coletiva ainda é um assunto que oferece discussão.

artigo 25.º, n.º 3, alínea a), porque essas pessoas podem cometer o crime “individualmente ou em conjunto”. Mas a responsabilidade, mesmo quando a ação é exercida em conjunto, é sempre aferida individualmente, porque é isso que decorre do n.º 2 do artigo 25.º (“Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto”).

E, portanto, a responsabilidade penal, independentemente de a ação se ter realizado no seio de uma pessoa coletiva, no âmbito das funções do Estado ou de um grupo, será sempre individual nos termos dos números 2 e 3.

Cada um responde pela sua atuação. Mesmo que a atuação tenha sido conjunta ou concertada, a responsabilidade será sempre individual e diferenciada. E convém dizer que, em direito penal, a responsabilidade, sendo individual é igualmente intransmissível. Esta nota terá acolhimento, como veremos, nos números seguintes.

Convém, por último, sublinhar que o n.º 4 do artigo 25.º, apesar de ter limitado a jurisdição do TPI à responsabilidade das pessoas singulares, salvaguarda eventual responsabilidade do Estado. O ETPI não tem competência para julgar os Estados. A sua competência apenas se restringe às pessoas singulares. Mas com isto o ETPI não está, nem poderia estar, a isentar de responsabilidade o próprio Estado, nos termos das normas jurídicas internacionais.

2.2 Os elementos objetivos (artigo 25.º, n.º 3): autoria e participação

Na alínea a) do n.º 3 do artigo 25.º estão previstos os vários tipos de autoria individual: imediata ou direta em autoria ou coautoria (“Cometer esse crime individualmente ou em conjunto...”), na medida em que o agente é que executa o facto; mediata (“...ou por intermédio de outrem...”), ou seja, através de um “homem-da-frente” ou um “testa de ferro”.

Ainda que esta norma não seja muito bem sucedida na sua concepção⁴¹, dela decorrem algumas implicações jurídicas e práticas.

Vamos analisá-las, atendendo a dois elementos objetivos (*actus reus*) da tipicidade: a autoria – agora – e a ação – no ponto seguinte.

Quem executa por mão própria um crime deve ser responsabilizado como autor imediato. Por regra, nos casos de autoria imediata, o facto de haver quem executa, ainda que exista uma homem-de-trás, não implica que o homem-

⁴¹ Nesse sentido, crítico, veja-se Ambos, *General Principles*, p. 8.

de-frente deva ser considerado como um cúmplice⁴². E, portanto, em tese, se o autor imediato leva a cabo a conduta “com a necessária *mens rea*, estando, portanto, perfeitamente ciente do respectivo ilícito”⁴³, é responsável na justa medida da sua participação. Isso é o que decorre da salvaguarda da parte final da alínea a) do n.º 3 (“...quer essa pessoa seja ou não criminalmente responsável”). Quer essa pessoa, isto é, o que executa, o mandado, o autor imediato, seja ou não criminalmente responsável.

Problema é o de saber qual o grau de responsabilidade do que executa e do que manda executar. Tendo em conta o contexto em que normalmente são cometidos os crimes do artigo 5.º, pode suceder que alguém invoque a sua qualidade de mero cúmplice – que diminuiria a culpa, como se sabe –, alegando que cometeu o crime porque alguém o levou a isso, mas que não era essa a sua vontade. Apenas terá ajudado – executando atos – o autor. Ora, esta tese não colhe, porque quem executa é autor imediato. A cumplicidade ficou explicitamente separada da autoria imediata (na alínea c) do n.º 3).

Coisa diferente é saber se quem executa pode, apesar de ter sido autor, não ser punido. E a resposta é afirmativa: havendo autoria mediata do homem-de-trás, naturalmente que o homem-da-frente não será punido se for inimputável, se for coagido (atuar sem dolo do tipo), atuar sob erro de facto ou de direito do artigo 32.º, sob alguma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa (defense) do

⁴² No mesmo sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 198.

⁴³ Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 238.

artigo 31.º ou se tiver cumprindo ordens nos termos do artigo 33.º⁴⁴ Nestes casos, naturalmente que passa a ser relevante, apenas, a autoria mediata⁴⁵.

Mas o contrário também é verdade: quanto à autoria mediata, quem ordena ou pretende que o crime seja cometido, tem de ter total domínio da vontade do homem-da-frente; caso contrário, o homem-da-frente, o intermediário através de quem o crime é cometido, assumindo pleno domínio da vontade, deixa de atuar a “mando” de alguém e passa a atuar como autor imediato, isoladamente. Portanto, os elementos típicos do crime, tanto objetivos como subjetivos, têm de se verificar no homem-de-trás para que este seja considerado autor imediato⁴⁶.

Na alínea b) temos as situações de instigação, em sentido amplo. Esta norma, a nosso ver, é de infeliz redação. Porque, só estaremos perante situações de verdadeira instigação quando o instigador não tem domínio do facto nem da vontade. E, portanto, o instigador só será punido se o instigado der início à execução do facto, não só porque é nisso que consiste a autoria por instigação, mas também porque está salvaguardado na parte final (“... ou sob a forma de tentativa”)⁴⁷. No entanto, as expressões “ordenar” e “provocar” podem em alguns

⁴⁴ Em sentido idêntico, Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 238. Convém aqui reforçar a ideia segundo a qual a obediência indevida, que normalmente não exclui a responsabilidade penal, no contexto em que normalmente os crimes do artigo 7.º são cometidos, deve impor uma abordagem especial. Sabemos que um inferior hierárquico ou subordinado não deve cumprir ordens se estas forem ilegítimas. E são ilegítimas sempre que conduzam à prática de um crime. Trata-se aqui de um caso em que a obediência não excluiria a culpa. Porém, também sabemos que nestes casos o autor se vê confrontado com duas hipóteses muito claras: ou cumpre as ordens e comete o crime; ou não cumpre e sofre pesadas consequências para a sua vida, integridade física ou moral, para o seu património ou para a sua família. E, neste quadro, a falta de liberdade na opção posta conduz muitas vezes a cumprir a ordem. Ora, este cumprimento, nestas condições, como é óbvio, exclui a culpa. Neste sentido vai também Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 205: “Não custará, portanto, admitir que o agente se convença de que executar a ordem constitui o único meio de evitar a pena capital; o que, a demonstrar-se efetivamente, revelará uma *ausência de escolha moral* e, por conseguinte, a provável inexistência da *mens rea*”. O artigo 33.º não ajuda a resolver o problema. Porque, ao proclamar que a obediência é indevida quando em causa estejam decisões ilegítimas (dadas por quem não tem competência) ou ilegais, acaba por responsabilizar aqueles que cumprem decisões ilegais ou manifestamente ilegais, como é o caso da decisão de cometer crimes de genocídio ou contra a humanidade (n.º 2). Mas esta solução não responde àquela hipótese de alguém que não tem liberdade de opção, quando em causa está a sua vida ou interesses seus ou da família igualmente relevantes. Muito provavelmente, o artigo 31.º serviria aqui de respaldo para excluir a responsabilidade, pois que facilmente se provaria a “coação decorrente de uma ameaça iminente de morte ou ofensas corporais graves para si ou para outrem”. E, portanto, a obediência só será indevida quando for livre; porque se não for livre, então ela será desculpável.

⁴⁵ Sobre os casos em que o homem-da-frente é inocente, como o caso de menores ou de deficientes mentais, veja-se a abordagem crítica de Ambos, *General Principles*, p. 9.

⁴⁶ Nesse sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, *op. cit.*, p. 198

⁴⁷ Em idêntico sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, *op. cit.*, p. 202.

casos implicar situações de verdadeira autoria mediata⁴⁸, se o ordenante ou mandante tem o domínio do facto e o domínio da vontade. Mas se assim for, como é óbvio, a norma é redundante. A alínea a), ao prever a hipótese de alguém ser responsável quando comete o crime por intermédio de outrem, naturalmente que abrange aqui as hipóteses de autoria mediata quando uma pessoa ordena para que outrem execute o crime.

Seja como for, para nós, excetuando os casos em que a ordem configura uma verdadeira autoria mediata, do que se trata na alínea b) é de casos de instigação, seja por provocar, seja propriamente por instigar, ainda que a pessoa em causa não seja superior hierárquico⁴⁹, não tenha qualquer ascendente sobre o mandado e ainda que use ou não de coação física.

Na alínea c) estão os típicos casos de cumplicidade. O cúmplice é criminalmente responsável por prestar auxílio moral ou material ao autor. Nos termos da alínea c) também se estende ao que encobre. Uma pessoa que auxilie o autor na sua ação, mas não com o propósito de facilitar ou encobrir a prática do crime – *v. g.*, porque ignora que a ação se orienta àquela finalidade –, não é criminalmente responsável, não só porque é o que decorre do instituto da cumplicidade, mas também porque a alínea c) exige aqui um dolo específico (“Com o propósito de facilitar a prática desse crime...”). Importa também dizer que não tem sido fácil, perante casos concretos, definir o que ainda será cumplicidade e o que não seja. Saber se se trata de prestar assistência – caso em que estaríamos no domínio da cumplicidade propriamente dita, porque esta envolve sempre a prestação de auxílio moral ou material – ou de facilitar a prática de um facto – caso em que estaríamos já no âmbito do encobrimento –, é tarefa que só em concreto se pode realizar, sabendo, no entanto, que o atendimento a um critério de *contribuição substancial*, que à luz das teorias da imputação permitisse afirmar ou infirmar a

⁴⁸ Em sentido próximo, veja-se Ambos, *General Principles*, p. 9

⁴⁹ Se for chefe ou superior hierárquico, poderá ser responsável, mesmo que não instigue, por omissão de controlo, nos termos do artigo 28.º Mas, se instigar, então, o Chefe ou superior hierárquico respondem por um crime realizado por ação, na modalidade de autoria mediata – se ordena nos termos da alínea a) – ou de instigação – se provoca ou instiga nos termos da alínea b).

existência de cumplicidade ou de encobrimento (*aiding or abetting*)⁵⁰, pode conduzir-nos a uma exigência tal que nos atire para o domínio da coautoria⁵¹. Por isso, é importante ter em conta que na prestação de auxílio moral ou material ou na facilitação da prática do crime, o cúmplice ou o encobridor de modo algum assumem a vontade de cometer o crime, mas tão-só de auxiliar ou facilitar.

Não ajuda nesta tarefa o facto de o facto de esta alínea ter previsto uma “forma subsidiária de participação” que se caracteriza por “colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática”. É que colaborar de algum modo, através do fornecimento dos meios para a prática do crime, em rigor, é auxiliar materialmente. E isto é a cumplicidade. Mas o que pode concluir-se é que o legislador quis, através desta solução, abranger qualquer tipo de participação em que possa descortinar-se um “limiar mais baixo de responsabilidade”⁵² que eventualmente – entendemos – não seja claramente integrável numa das hipóteses anteriores de cumplicidade ou de encobrimento.

Na alínea d) está, à primeira vista, uma cláusula residual de responsabilidade por participação. Não caindo a responsabilidade do agente em alguma das alíneas anteriores, seria ainda responsável quem tivesse contribuído de alguma forma para a prática ou tentativa do crime, exigindo-se aqui um dolo específico que consiste no conhecimento do propósito, da intenção, de o praticar. Isto, naturalmente, em praticamente nada se distingue das situações de cumpli-

⁵⁰ Em concreto, no caso *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, julgado em 2 de setembro de 1998, pelo Tribunal Criminal Internacional do Ruanda, in <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict9-6-4/trial-judgements/en/980902.pdf>, consultado em 28 de fevereiro, no parágrafo 484, determina-se: “Article 6 (1) declares criminally responsible a person who “(...) or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in Articles 2 to 4 (...)”. **Aiding and abetting**, which may appear to be synonymous, are indeed different. Aiding means giving assistance to someone. Abetting, on the other hand, would involve facilitating the commission of an act by being sympathetic thereto. The issue here is to whether the individual criminal responsibility provided for in Article 6(1) is incurred only where there was aiding and abetting at the same time. The Chamber is of the opinion that either aiding or abetting alone is sufficient to render the perpetrator criminally liable. In both instances, it is not necessary for the person aiding or abetting another to commit the offence to be present during the commission of the crime”. Percebe-se que há aqui um esforço no sentido de explicar a distinção entre *Aiding* (cumplicar) e *Abetting* (encobrir). No primeiro, exige-se a assistência a alguém, ao passo que no segundo pressupõe-se a facilitação para a prática de um ato, aderindo a isso. Terá sido esta distinção que o ETPI terá procurado integrar. Mas não deixou de incluir, como se aludirá no texto, a uma fórmula ainda mais ampla de colaboração que vai além destas duas hipóteses.

⁵¹ Veja-se, nesse sentido, Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 243. Raciocínio com o qual concordamos, desde que essa exigência de contribuição *substancial* não signifique mais do que um mero auxílio material ou moral ou uma facilitação da prática do crime. Caso contrário, um tal critério, se bem vemos as coisas, ao invés de justificar as situações de cumplicidade, atirar-nos-ia para verdadeiras situações de coautoria.

⁵² Como afirma Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 243, e com o que estamos de acordo.

cidade ou encobrimento e de colaboração de outro modo, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a prática do crime. E, portanto, embora residual, como que a evitar a impunidade de qualquer participante, a verdade é que se tornaria redundante, face à alínea c).

Sem prejuízo do que acabamos de dizer, há no entanto uma pequena diferença, subtil, é certo, que deve ser sublinhada: enquanto que na alínea c) o que está em causa é colaborar com a prática de um crime, na alínea d) é contribuir para a prática de crime *por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum*. Não basta, portanto, que se trate de uma colaboração na prática de um crime; é necessário que esse crime seja praticado por um grupo com um objetivo comum. E, como se isto não fosse suficiente, o agente, participante, deve fazê-lo intencionalmente, “[c]om o propósito de levar a cabo a actividade ou o objectivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal” ou, “[c]om o conhecimento de que o grupo tem a intenção de cometer o crime”. E portanto, não pode aqui falar-se, em rigor, de uma forma de *comparticipação subsidiária*⁵³. Não sendo uma forma de coautoria, poderia até falar-se de cumplicidade ou encobrimento⁵⁴, mas o legislador quis aqui destacar casos de participação, sem se vincular a uma categoria determinada, que passasse pela verificação daquela condição geral (crime realizado por um grupo de pessoas com um objetivo comum) e com um dolo específico e adicional que se consubstancie no cumprimento de uma das duas alíneas i) e ii). É uma inovação discutível, mas que acaba por ser uma outra e, a nosso ver, desnecessária forma de responsabilidade por participação.

Na alínea e) temos uma situação de incitamento ao genocídio. Podia estar descrita no respetivo tipo, como uma forma especial de realizar o genocídio. Mas o legislador preferiu colocar na responsabilidade. Deste modo, quem incitar à prática de genocídio, seja de modo direto ou indireto, é criminalmente punido. Convém dizer que esta responsabilidade ocorre mesmo que não chegue a existir genocídio⁵⁵.

⁵³ Como a ela se refere Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 244, se com isso se quer apelar ao carácter residual deste tipo de participação. Mas já estaremos totalmente de acordo com o autor se quer referir-se à subsidiariedade marcada pela especialidade desta participação, pelas razões que estão no texto.

⁵⁴ Ambos, *General Principles*, p. 13, por exemplo, entende que a única diferença entre os parágrafos c) e d), em termos objetivos, consiste no objeto da contribuição: “é em ambos os casos um crime (ou tentativa), mas no caso do subparágrafo c) não necessita de ser planeado ou levado a cabo por um grupo”. Claro que o autor considera difícil de imaginar alguma situação que possa ser cometida nos termos da alínea d) que não esteja já coberta pela alínea c). E portanto, considera a alínea d) “simplesmente supérflua”.

⁵⁵ Sobre este tópico, veja-se o que refere Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 244 e s.

Na alínea f) temos a responsabilidade por tentativa. Parece poder concluir-se que os atos preparatórios não são puníveis se eles não chegam a representar o começo da execução⁵⁶. Como também, embora a norma não o diga, parece óbvio que a tentativa impossível não deve considerar-se punível. Se uma pessoa dirige atos de execução a um objeto impossível, porque não existe, ou com meios inidóneos para o realizar, naturalmente que não seria relevante. Mas quando a tentativa é idónea e apenas se não consuma por razões alheias ao agente, naturalmente que é punível, não só porque isso é o que fundamenta a punibilidade da tentativa, mas também porque decorre expressamente da primeira parte da alínea f). Se, no entanto, o agente desistir ou impedir que outro consuma o crime, a tentativa não será punível. Valoriza-se assim, positivamente, a desistência de tentativa. A condição é a de que o agente renuncie total e voluntariamente ao propósito delituoso. Porque, na verdade, se numa determinada situação, o agente desiste, mas logo em seguida volta a tentar, não pode considerar-se aquela primeira desistência relevante. Não fazendo o ETPI distinção entre tentativa acabada e inacabada, o que se exige, ainda assim, é que haja arrependimento, e não apenas omissão de execução. Na renúncia total e voluntária do propósito delituoso, muito mais que a simples omissão de execução, está um arrependimento ativo.

2.3 Os elementos objetivos: crimes de comissão por omissão?

Quanto à ação – forma típica dos crimes previstos no ETPI –, o problema que se levanta nesta sede é o de saber se há lugar a uma responsabilidade penal por omissão. Veremos adiante que existe uma norma que expressamente convida uma responsabilidade por omissão de vigilância – trata-se do artigo 28.º Mas, fora destes casos, poderia defender-se a existência de uma admissão geral da comissão por omissão?

Há quem entenda⁵⁷, em tese, que sim: “não causará perplexidade admitir que, em direito internacional penal, certos actos qualificados como crimes retiram o respetivo carácter delituoso do facto de se consubstanciarem na violação de um dever de carácter moral. E o mesmo é válido para as infracções de omissão” e, portanto, “não raro, a desobediência a um dever de carácter moral dará lugar, por si só, no direito internacional penal, ao desencadeamento da censura

⁵⁶ Em concordância com Ambos, *General Principles*, p. 15: “Parece claro que os atos preparatórios não estão incluídos desse que eles não representem o ‘começo da execução’”. O que não estará isento de discussão, sobretudo para o conceito alemão de atos preparatórios, conforme explica Ambos.

⁵⁷ Francisco de Almeida, op. cit., p. 208.

criminal perante comportamentos passivos”⁵⁸. Assim vistas as coisas, não podemos estar em desacordo. O direito penal internacional, essencialmente consuetudinário, não encontraria obstáculos a uma responsabilidade por omissão, se, atendo o bem jurídico em causa, este for violado por quem realiza uma ação tendente à sua violação como por quem, tendo o dever de o não violar ou de o proteger, nada faz para que tal não suceda.

O problema, no entanto, está em traspor este raciocínio para o ETPI. Porque aqui vigora o princípio da legalidade criminal. Se as pessoas só podem ser consideradas criminalmente responsáveis, “nos termos do presente Estatuto”, como refere o artigo 22.º, importa saber se a responsabilidade por omissão está prevista no Estatuto. A resposta, todavia, é, para além do artigo 28.º, omissa. Não há uma norma que equipare a omissão à ação, por força da violação de deveres jurídicos que pessoalmente obrigassem o agente a evitar esse mesmo resultado.

E, portanto, a nosso ver, ainda que pela via de uma justiça substancial, que tem norteado o direito penal internacional, nada nos repugnaria a afirmar a responsabilidade penal por omissão daqueles que, estando obrigados a evitar um determinado resultado, nada fazem, a verdade é que, por via legal, à exceção do artigo 28.º, essa responsabilidade não estará prevista.

Pode o Tribunal fazer uma interpretação do Estatuto nos termos do artigo 22.º, n.º 3, que abranja a comissão por omissão? Pode o Tribunal proceder à “tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional independentemente do presente Estatuto” que contemple a omissão? Claro que pode. Mas já se percebe em que vem a consistir o princípio da legalidade criminal sempre que se considerar que determinada conduta não está como tal prevista no Estatuto, mas seria admissível em direito penal internacional.

3. Análise dos elementos subjetivos da responsabilidade (*mens rea*)

É muito importante ter em conta que o Estatuto neste tópico se desviou da Teoria do delito de base alemã que nos levaria a diferenciar ilicitude de culpa e nos levaria a uma concepção que assentaria nos tipos de ilícito objetivo e subjetivo e de culpa, com todas as implicações que isto teria, ao nível do erro e

⁵⁸ Idem, *Ibidem*.

das causas de exclusão da ilicitude e da culpa⁵⁹. O ETPI, como explica Ambos⁶⁰, opta por uma distinção entre “responsabilidade individual” e “causas de exclusão” (as chamadas “defenses”). Com isto, o Estatuto pretende resolver problemas de imputação, sem se perder com considerações ligadas à culpabilidade. Mas, como adverte Ambos, é impossível falar-se de regras de imputação sob a designação de responsabilidade individual sem atender a que isto compreende necessariamente o princípio da culpabilidade – de que falaremos adiante – e a expressão dos pressupostos subjetivos da responsabilidade individual⁶¹. A nosso ver, no entanto,

⁵⁹ Nesta sede, cujo escopo é o de uma análise principiológica, não vamos aprofundar questões dogmáticas decorrentes do regime da responsabilidade penal das pessoas previsto no ETPI. Nomeadamente, não vamos analisar as causas de exclusão da ilicitude e da culpa e as situações de erro. Mas, para além do que vamos dizendo no texto de modo esparsa, importa deixar aqui uma nota sobre estas categorias. O artigo 31.º regula as causas de exclusão da responsabilidade, sem diferenciar causas de justificação de causas de exculpação. As causas previstas no n.º 1 do artigo 31.º, à exceção das alíneas c) e d), são causas de exclusão da punibilidade: padecimento de doença ou deficiência mental que prive o agente da capacidade de avaliação da ilicitude ou da natureza da sua conduta ou da capacidade para controlar essa conduta – normalmente, esta situação não se integra nas causas de exclusão, o que não deixa de ser curioso e questionável, uma vez que costuma ser apontada como uma situação de inimputabilidade em razão da anomalia psíquica, que implica a aplicação de medidas de segurança, tendo como fundamento a perigosidade; atuação sob estado de “intoxicação”, ou seja, influência de substâncias que privem o agente da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta – também não costuma ser uma causa de exclusão, mas um estado que a existir pode diminuir ou até excluir a culpa porque o agente atua em situação de inimputabilidade para aquele facto ou de imputabilidade diminuída, a não ser nos casos de *actio libera in causa*, que de algum modo está prevista na parte final da alínea b). Na alínea c) temos a atuação sob legítima defesa, que exclui a ilicitude. E na alínea d) temos um estado de necessidade por coação, que exclui a culpa e não a ilicitude – sobre esta causa, com desenvolvimentos, veja-se Ambos, *La Parte General*, p. 466 e ss. Pode ainda juntar-se a causa de exclusão da punibilidade que está no artigo 33.º. Trata-se da atuação em cumprimento de um dever que exclui a responsabilidade, a não ser que se verifiquem as circunstâncias aí descritas.

Nos casos de erro do artigo 32.º, no n.º 1, estamos perante o erro de facto que incide sobre os elementos descritivos do tipo e que exclui o dolo. Porém, se se tratar de um erro sobre os pressupostos fáticos de uma norma, ainda que se possa integrar no n.º 1 do artigo 32.º, não deixa de ser um erro de direito (nesse sentido, Ambos, *La Parte General*, p. 436). O erro sobre os elementos normativos do tipo é, nos termos do artigo 32.º, n.º 2, um erro de direito que excluiria o dolo. Sobre a factualidade típica que a ocorrer exclui o dolo, como não é claro que os crimes do artigo 5.º possam ser cometidos por negligência, valendo aqui o que sobre o assunto já dissemos em VI, 3., quando se verificar um caso de erro de facto ou de direito, o agente não será punível. Quanto ao erro de direito previsto no n.º 2, não é claro o que o legislador pretendeu reaver. Uma coisa é o erro sobre elementos de direito de um tipo ou sobre proibições cujo conhecimento seja em princípio indispensável. Um erro sobre estes elementos de direito ou sobre as proibições, excluiria o dolo. Outra coisa é um erro sobre a ilicitude, ou seja, quando alguém não tem consciência da ilicitude, então estará excluída a culpa, porque se não trata de um erro sobre os elementos de direito do tipo, mas uma falta de consciência da ilicitude. O ETPI não faz assim esta distinção. Acaba por distinguir apenas “erro de facto” de “erro de direito”. E, na explicação que dá na parte final do n.º 2, do artigo 32.º, com a remissão para o artigo 33.º, parece poder concluir-se que aquilo que o legislador denomina como “erro de direito” integraria tanto situações de erro sobre elementos de direito do tipo, que deveria excluir o dolo, como situações de falta de consciência da ilicitude. A maior parte destas situações são típicas do erro sobre os elementos de direito que, a existir, excluem o dolo. Porém, note-se que na parte final do n.º 2 do artigo 32.º, o legislador distingue situações de erro de direito que excluem a responsabilidade se eliminarem o dolo – algo claramente integrável no conceito de erro sobre os elementos de direito ou sobre as proibições – e aquelas que também excluem a responsabilidade se decorrerem do artigo 33.º, ou seja, não porque excluem o dolo, mas porque se prendem com o cumprimento de decisões a que se não estivesse obrigado a cumprir, não se tivesse conhecimento de que a decisão seria ilegal, ou de que a decisão seria manifestamente ilegal.

⁶⁰ Ambos, *La Parte General*, p. 67.

⁶¹ *Idem*, *ibidem*.

a solução do Estatuto é claramente um compromisso entre o sistema anglo-saxónico e o europeu continental, do que resulta uma certa composição das duas realidades: responsabilidade individual e causas de exclusão da punição ou da responsabilidade e o reconhecimento do princípio da culpabilidade e elementos subjetivos da responsabilidade individual no apuramento concreto, casuístico. Procura-se resolver cada problema de acordo com o código binário responsabilidade individual/ “defenses” que excluem a responsabilidade e que resulta do Estatuto. Mas, ao fazer este exercício, o que a jurisprudência tem procurado é afirmar a responsabilidade individual com referência à culpabilidade. Como diz Ambos, “culpa pessoal (personal guilt) significa em direito penal internacional que o autor desde o ponto de vista objetivo e subjetivo deve *individualmente responsável* pelos factos que lhe são reprováveis e que a esta responsabilidade não deve opor-se *nenhuma objeção* (defenses)”⁶².

Dito isto, convém sublinhar que a regra, a partir do artigo 30.º, em relação aos elementos subjetivos da responsabilidade (*mens rea*), é a da exigência do conhecimento e da vontade – só dolosamente é que se pode responsabilizar uma pessoa. Estão salvaguardadas exceções (“Salvo disposição em contrário”). E elas poderão existir, por exemplo, nos termos do artigo 28.º

Mas, vejamos o alcance do artigo 30.º (elementos psicológicos), de redação pouco feliz⁶³. Para além da inusitada epígrafe, o que desta norma resulta é a exigência de dois requisitos para se declarar responsável uma pessoa pela prática de um crime: “que actue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais”. Nada mais que o reconhecimento de uma dimensão subjetiva do tipo que consiste no conhecimento da ilicitude e na vontade de a querer realizar. E mesmo que o legislador se tivesse esforçado – a nosso ver desnecessária e infrutiferamente – para explicar que atua intencionalmente quem, relativamente a uma conduta, se propõe adoptá-la ou quem, relativamente a um efeito do crime, se propõe causa-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar numa ordem normal dos acontecimentos, o certo é que, se descontarmos que no conhecimento dos elementos materiais do crime estão estes e outros, o que o legislador pretende dizer é que o autor deve conhecer os elementos objetivos do crime (a ilicitude) sob pena de, não os conhecendo, estar excluído o dolo (a responsabilidade, como prefere o legislador, nos termos do artigo 30.º).

E também, como é óbvio, decorre daqui que, ainda que o autor tenha conhecimento, se não tiver vontade, também não poderá ser responsabilizado, não só porque isso decorre do artigo 30.º (“...a menos que actue com vontade...”), mas também porque faltaria aqui o elemento volitivo do dolo que afastaria a culpa.

⁶² *Idem*, p. 74.

⁶³ Sobre algumas críticas a esta norma, veja-se Ambos, *General Principles*, p. 21 e s.

E também em nada ajudou o facto de o legislador se ter esforçado por explicar no n.º 3 o que entende por “conhecimento”. Ao dizer que isto se traduz na “consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar numa ordem normal dos acontecimentos”, o legislador atira-nos para questões complexas como a de saber se essa consciência deve ser aferida objetivamente, de acordo com o critério de um homem médio, ou subjetivamente, de acordo com as qualidades e condições do agente. Afinal, bem vistas as coisas, tradicionalmente e de modo muito mais assertivo, dir-se-ia simplesmente que se o agente não conhece os elementos típicos do crime ou não compreende o significado da ilicitude desses elementos, o dolo estará excluído porque terá atuado sob *erro sobre a factualidade típica* no primeiro caso e sob *erro sobre a proibição* no segundo. Categorias que, como se sabe, o Estatuto acabou por, de um modo também pouco ortodoxo, estabelecer no artigo 32.º, sob as designações de erro de facto e erro de direito. Numa palavra e em concordância com Francisco de Almeida, “parece dever exigir-se que o autor se tenha dado conta do sentido e significado da sua conduta, isto é, do respetivo carácter ilícito”⁶⁴. A exigência da consciência da ilicitude e a vontade de querer realizar o ilícito típico não podem deixar de ser categorias a ter em conta a partir do artigo 30º E isto é tão verdade para o dolo do tipo, como naturalmente para as situações em que os tipos exigem ainda um dolo específico (v.g., no crime contra a humanidade de gravidez forçada, do artigo 7.º, n.º 1, a exigência, no n.º 2, de que isso seja feito “com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional”).

Mais problemática, para encerrar este ponto relativo aos elementos subjetivos da tipicidade, é saber se o Estatuto admitiria uma punição por negligência. Normalmente o direito penal acautela esta situação, exigindo que o tipo expres-

⁶⁴ Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 199. O autor analisa o assunto e acaba por concluir que não só devem as situações de erro sobre a factualidade típica e sobre a proibição relevarem no direito penal internacional, como não pode deixar de se censurar pelo erro, “se este for revelador de uma qualidade desvaliosa e juridicamente reprovável da sua personalidade”. Uma tal menção não é feita no ETPI. Não cremos que ela se deva aceitar acriticamente. Uma censura penal dirigida à personalidade do agente é sempre algo muito discutível quando, à uma, isso não decorre da lei e, à outra, o direito penal é essencialmente direito penal do facto. De um modo geral o erro opera no sentido de excluir o dolo, quando não é censurável. E isso deve ser aferido em concreto, tendo em conta a relação do agente do crime com os elementos típicos verificados em concreto. Naturalmente que, em termos objetivos, sempre se poderá dizer que ao comandante se exige conhecimentos sobre as circunstâncias e efeitos das condutas que os seus subordinados levam a cabo, de tal modo que seria censurável que o comandante invocasse desconhecimento dessas condutas ou efeitos. Ainda que, em concreto, isso possa ser atendido, em geral, um tal desconhecimento seria censurável. Mas esta censurabilidade não se dirige à personalidade do agente, senão à atitude que teve relativamente aos factos (conhecendo-os acabou por de algum modo os aceitar). Conhecimento e vontade serão sempre as categorias subjetivas que serão questionadas para aferir a culpa do agente. E não, se bem compreendemos as coisas, uma personalidade que evidencia uma qualidade desvaliosa e juridicamente reprovável.

samente preveja a incriminação da negligência. No Estatuto nada é dito a este propósito. Certo que “nenhuma razão se vislumbrará, em matéria de infracções internacionais, para que possam escapar à punição aquelas que, sendo também susceptíveis de ser cometidas por negligência, o venham efectivamente a ser”, como “à distinção entre dolo e negligência, não corresponde, no direito penal internacional, qualquer desrinça qualitativa (e nominativa) entre os diversos actos ilícitos; tão-pouco se descortina qualquer discrimen fundado no respetivo regime sancionatório ou punitivo; o que, em boa medida, se explica pela matriz consuetudinária deste ramo do direito”⁶⁵.

Mas o problema é que o princípio da legalidade criminal, adoptado pelo Estatuto, tem nesta matéria implicações. Atuar com negligência não é compatível com a exigência segundo a qual “nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime (...) a menos que actue com vontade de cometer e conhecimento dos seus elementos”⁶⁶. A negligência pressupõe uma atuação descuidada, uma imprudência, uma violação de um dever geral de cuidado. Na negligência o autor chega a representar como possível a realização do crime, mas atua sem se conformar com essa realização ou nem chega a representar a possibilidade dessa realização. Mas ainda que se visse na representação do facto uma tradução, levada à conta da negligência, do cumprimento do requisito ínsito no artigo 30.º relativo ao “conhecimento”, a verdade é que esta norma exige expressamente a vontade de querer cometer o crime, e não parece que a atuação sem a conformação da realização típica ou a não representação pudesse de algum modo equivaler à vontade. Uma conclusão neste sentido significaria uma contorção da negligência, enquanto categoria dogmática, que o próprio Estatuto não parece sufragar.

Mais fácil se torna aceitar uma responsabilidade por negligência nos casos previstos no artigo 28.º (responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos); mas aqui, curiosamente, porque se trata de uma violação de dever de vigilância e controlo, seria um crime doloso – referido à ação dos subordinados – cometido por dolo ou, às vezes, por negligência. Sobre esta hipótese, remetemos para o tópico em que trataremos este tipo de responsabilidade em particular.

É evidente que o n.º 3 do artigo 22.º, ao permitir uma “tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional independentemente do presente Estatuto”, de algum modo legitimaria a responsabilidade penal por negligência, uma vez que, como já se disse, no direito penal internacional, de natureza consuetudinária, não só não se tem feito uma distinção entre dolo e negligência, como nada obstará a que as situações de negligência fossem passíveis

⁶⁵ Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 203.

⁶⁶ Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 203.

de responsabilidade penal. Mas aqui, como para a omissão – a que já fizemos referência –, uma opção como esta comportará uma leitura do princípio da legalidade altamente temperado por um princípio de justiça material que foge aos cânones do seu rigoroso sentido dogmático.

4. Responsabilidade dos chefes e superiores hierárquicos

Atenta a natureza dos crimes previstos no artigo 5.º e o princípio da responsabilidade individual, um problema que se haveria de colocar na aplicação deste princípio quando os crimes em causa fossem cometidos por grupos armados ou exércitos é o da responsabilidade de quem militarmente comanda ou do superior civil⁶⁷. É que, nesta circunstância, tais crimes são muitas vezes cometidos por todo o grupo, indistintamente. E, às vezes, o chefe militar ou o superior civil nem sequer estão presentes.

Como a responsabilidade coletiva não é possível, e como importa também distinguir níveis de autoria e de responsabilidade, uma solução possível seria a da responsabilidade do chefe militar que tem o domínio do facto e da vontade (“que tenham sido cometidos por forças sob seu comando e controlo efetivos ou sob sua autoridade e controlo efetivos...”).

Convém começar por sublinhar que as hipóteses do artigo 28.º nada têm que ver com a autoria mediata, no sentido de um crime cometido sob ordem de um superior. Essa hipótese já foi analisada e pode enquadrar-se no âmbito do artigo 25.º Aqui, do que falamos não é da hipótese de um superior que ordena a que certos crimes sejam cometidos, e tão-pouco de crimes cometidos diretamente (por mão própria) pelo superior. Do que tratamos agora é da responsabilidade do superior por crimes cometidos pelos subordinados, em função de uma violação de deveres de vigilância do superior. Vejamos.

A responsabilidade do chefe militar advém de “não exercer um controlo apropriado sobre essas forças” (artigo 28.º, alínea a) do ETPI). Não se trata, portanto, de uma responsabilidade penal pela prática do facto, mas por falta de vigilância, de controlo. E, portanto, em rigor, não se trata de um crime por ação, por execução, mas por omissão: a omissão de controlo⁶⁸.

Podemos dizer que, neste sentido, este tipo de responsabilidade penal é original do direito penal internacional. Trata-se, não de uma responsabilidade objetiva – porque o ETPI exige que de algum modo o chefe tenha tido conheci-

⁶⁷ Para Ambos, *La Parte General*, p. 295 e s., tanto um como outro estão agora previstos no ETPI.

⁶⁸ Ambos, *La Parte General*, p. 296, explica assim: “Com o tipo da responsabilidade do superior pune-se uma omissão, pois o superior é responsável, porque em presença de atos delitivos dos seus subordinados — no que se refere a “crimes base” —, não toma nenhuma medida em si contra ou, em todo o caso, não toma as medidas necessárias e razoáveis”.

mento ou, pelo menos, deveria ter tido conhecimento –, mas de uma verdadeira responsabilidade penal por omissão, baseada na violação de deveres de vigilância e controlo e de aplicação de medidas adequadas. É um modelo de imputação fundado na obrigação de vigilância, que se baseia na omissão dessa vigilância.

Para Kai Ambos, estaríamos mesmo perante um crime de omissão pura, pelo menos em sentido absolutamente formal. O modo como o tipo descreve com pormenor as exigências da prática do crime não é, na verdade, o que normalmente levaria de um modo simples a punir por comissão por omissão por referência à ação. Não. Aqui, estamos perante um crime com elementos característicos que não se ficam pelo enunciado de um dever de garante, mas antes com elementos típicos que o atiram para a tipologia do crime por omissão pura⁶⁹, ainda que com características híbridas e de algum modo especiais. Como refere Ambos, “o superior é responsável em *primeiro lugar* pela ausência de controlo e só *secundariamente* (de certo modo como uma consequência) pelos próprios crimes base”⁷⁰. Como se sabe, nos crime omissivos puros, não é necessária uma referência à atuação de outras pessoas, nem a existência de outros crimes subjacentes, para que possa falar-se de crimes omissivos puros. O crime de omissão pura é, em si mesmo, um crime que esgota todos os elementos típicos do crime. Ao se estar perante um crime que depende da prática de outros crimes e de outros autores, estamos perante uma nova realidade. Mas também não será a realidade típica do crime por ação, porque o superior não realiza os crimes básicos; o que faz é violar deveres de vigilância e de tomada de medidas adequadas que impediria que outrem cometesse os crimes básicos. Por isso, estamos aqui perante uma nova e híbrida tipologia de crimes que, formalmente, serão de omissão

⁶⁹ No mesmo sentido, Ambos, *La Parte General*, p. 297.

⁷⁰ *Idem*, p. 298. De outro modo, mais claro, se refere a esta realidade Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 250. O Autor, ao falar de uma “*responsabilidade directa*, advinda de uma vigilância negligente”, e de “uma *responsabilidade indirecta*, gerada por comportamentos ilícitos de terceiros”, acaba por entender que se trata aqui de uma “típica ofensa de omissão (*echtes Unterlassungsdelikt*) e, em concomitância, de uma infracção causadora de perigo (*Gefährdungsdelikt*)”.

pura, embora materialmente tenham elementos típicos do crime de ação, relativamente ao resultado que é a comissão dos crimes do artigo 5.⁷¹

Posto isto, é importante ter presente que o superior, para ser responsável, deve violar deveres de vigilância e deve abster-se de tomar medidas que evitariam o crime. Por isso é que a conduta só será punível se se provar essa violação desses deveres, essa ausência de medidas, e que o resultado se imputa a essa dupla conduta. O que terá de comprovar-se por aferição das subalíneas i) e ii) da alínea a): “i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adoptado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal”.

Em resumo, pode dizer-se que para o chefe militar ou o superior hierárquico serem responsáveis pelos crimes cometidos pelos subordinados,

⁷¹ Como explica Ambos, *La Parte General*, p. 298, “[o] superior não ‘comete’ — no sentido de um delito de omissão ‘imprópria’ — os crimes base “por omissão” do seu dever de vigilância, senão que omite — no sentido de um delito de *omissão ‘própria’* — “somente” a realização de determinados comportamentos devidos, com a consequência de que não impede o resultado delitivo causado por ele ou os subordinados. Deste modo, resulta claro que a quebra da norma pelo superior tem *outra qualidade* que a do autor de um delito de omissão “imprópria. Mas isto não só porque num delito de omissão ‘imprópria’ além da lesão do bem jurídico — que também ocorre num delito de omissão ‘própria’ — tem lugar a ‘responsabilidade especial do destinatário da norma’, senão também e justamente porque o superior não comete os ‘crimes base’ nem por si mesmo, nem por meio de outro (como o autor de um delito de omissão ‘imprópria’, por exemplo, um homicídio por omissão), senão que ‘somente’ não cumpre de modo devido o dever de vigilância que lhe incumbe. Deste modo, a responsabilidade do superior constitui um delito de *omissão ‘própria’*”.

à luz desta norma, teríamos de provar alguns requisitos⁷². Em primeiro lugar, um domínio de facto por parte do superior hierárquico – não basta ser superior hierárquico se não tiver o poder de comando. Só quem tem o efetivo poder de comando está em condições de evitar o crime. Depois, é necessário que os crimes cometidos pelos subordinados se possam imputar causalmente à ausência de controlo ou de vigilância do superior, devem ser o resultado da ausência de vigilância e de medidas. Se se provar que os crimes teriam ocorrido mesmo que o superior tivesse atuado, significa que o superior não poderia evitar, logo o crime não pode ser imputado à sua omissão. E, finalmente, é necessário também provar que o superior não adoptou medidas (necessárias e adequadas) que impedissem o crime – se o superior adota tais medidas e o crime se realiza apesar disso, naturalmente que, nos termos do artigo 28.º, não pode imputar-se-lhe a responsabilidade⁷³.

Se, portanto, o superior desconhece que os subordinados se preparam para cometer esses crimes e não tinha como conhecer, ou se o superior tiver tomado medidas para evitar os crimes, então, é evidente que não há imputação.

Daqui resulta que a violação dos deveres de vigilância pode dar-se por dolo ou negligência – o superior pode intencionalmente nada ter feito, ou seja, nem exercido os seus poderes de vigilância, nem tomado medidas que evitassem o crime, ou pode simplesmente, de modo negligente, não ter exercido o controlo ou adoptado as medidas –, responsabilizando deste modo o superior, ao passo

⁷² De um modo resumido, mas mais pormenorizado, de acordo, com Ambos, *La Parte General*, p. 333, são os seguintes os requisitos objetivos para a atribuição da responsabilidade aos chefes militares e aos superiores hierárquicos:

“- O autor é o chefe militar (de facto) ou outro chefe de “tropas” ou de outros subordinados; é suficiente qualquer relação superior-subordinado caracterizada pela autoridade e o controlo efetivo.

- O “mando e controlo” (“command and control”) ou a “autoridade e controlo” (“authority and control”) sobre os subordinados deve existir de modo “efetivo”; o superior não militar deve possuir, ademais, “responsabilidade e controlo efetivo” sobre as ações dos subordinados que conduzem aos crimes.

- Os crimes dos subordinados devem ser o “resultado” (“result”) da ausência de controlo do superior; além de uma mera relação causal, exige-se uma específica *relação de realização do perigo ou uma relação de fim de proteção*.

- O superior omite a realização das *contra-medidas* “necessárias e razoáveis ao seu alcance” (“necessary and reasonable measures within his or her power”); a possibilidade de empreender tais *contra-medidas* relaciona-se com o modo e forma do controlo efetivo.

- As *contra-medidas* devem “prevenir” (“prevent”) o “reprimir” (“repress”) a comissão dos crimes ou o superior deve “colocar o assunto no conhecimento das autoridades competentes para efeitos da sua investigação e procedimento” (“submit [...] to the competent authorities for investigation and prosecution”); enquanto que as duas medidas nomeadas em primeiro lugar se dirigem contra crimes ainda não consumados e, por isso, são de natureza “preventiva”, o dever de informação e de apresentação opera recente e posteriormente e é, portanto, de natureza *repressiva*”.

⁷³ Em idêntico sentido, veja-se Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 268.

que os crimes previstos no artigo 5.º exigem uma forma dolosa de comissão⁷⁴ para os subordinados.

Vistas assim as coisas, quando ocorre algum dos crimes do artigo 5.º, em primeiro lugar, perante um determinado facto, verifica-se a responsabilidade por autoria imediata (execução própria) ou mediata (por ordem) do superior (ou até por cumplicidade). E só subsidiariamente é que se deve verificar a autoria por omissão de vigilância. Mas pode suceder que numa certa complexidade de factos o superior tenha excetuado alguns e/ou ordenado outros e violado deveres de vigilância de outros. E, portanto, haja lugar a uma concorrência de responsabilidades, de níveis diferentes. Nuns casos, de acordo com o artigo 25.º: os casos de ação; noutros casos, de acordo com o artigo 28: os casos de omissão por violação de deveres de vigilância.

Convém dizer que a alínea b), ao tratar de responsabilidade dos superiores hierárquicos, *mutatis mutandis*, estipula o mesmo tipo de responsabilidade previsto para os chefes militares. De algum modo, poderia pensar-se tratar-se de uma redundância, porque um chefe militar é sempre um superior hierárquico. Porém, como até no regime militar há diversos graus de hierarquia, o que daqui poderia decorrer é que podem ser responsáveis vários superiores hierárquicos, independentemente do seu grau ou patente, desde que, no desempenho do seu cargo, pudessem ter evitado a prática dos crimes se tivessem exercido um controlo apropriado sobre os subordinados.

Mas, em rigor, o que esta alínea b) estará pensada é para casos de superiores hierárquicos não militares. E, portanto, embora em geral acabemos por ter uma responsabilidade objetiva assente nos mesmos critérios, subjetivamente⁷⁵, podemos dizer que há pequenas diferenças a assinalar:

- o civil não tem de saber da prática dos crimes, ao contrário dos militares que têm de saber, para que sejam responsáveis;

- o superior hierárquico, não militar, intencionalmente, não faz caso – omite – da informação que indica a existência dos crimes (“não teve em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam

⁷⁴ No mesmo sentido, Ambos, *La Parte General*, p. 300.

⁷⁵ Para Ambos, *La Parte General*, p. 334, de modo resumido, são os seguintes os requisitos subjetivos para atribuição da responsabilidade penal:

“- O superior (militar e não militar) sabia (“knew”) dos crimes; exige-se, portanto, o conhecimento efetivo no sentido do *dolus directus* de segundo grau.

“ O superior (militar) “deveria ter sabido” dos crimes (“should have known”); trata-se de um critério de negligência.

“ O superior (não militar) “deliberadamente” faz “caso omisso da informação que indicava claramente” a existência dos crimes (“consciously disregarded information which clearly indicated”); ele atua, portanto, com negligência grave e consciente similar à *recklessness*”.

a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes...”), hipótese em que há aqui uma negligência grave, de algum modo a roçar o dolo, pelo menos eventual⁷⁶.

Importa também salientar que a exigência de que o superior deveria ter tido conhecimento de que os seus subordinados estariam a cometer os crimes exige uma comprovação desse conhecimento, sob pena de se afastar a responsabilidade penal. Não podendo haver uma presunção de que, sempre que há comando efetivo, há conhecimento dos crimes, porque isso seria uma presunção de culpa que obrigaria a uma inaceitável inversão do ónus de prova do superior suspeito, também dificilmente se aceitará a invocação da ignorância. E se ao superior hierárquico é admissível algum benefício de dúvida neste campo, ao chefe militar dificilmente se poderá atribuir esse benefício. Francisco de Almeida fala a este propósito de “um *dever de saber* a cargo dos chefes militares, apenas inexistente provando-se uma sua actuação com o grau de diligência requerido”. Já para os superiores hierárquicos civis, o Autor admite que, na fórmula *deveria ter sabido* se exprime um “limiar mais exigente de responsabilização”, pelo que, conclui, “o Estatuto de Roma torna mais difícil a perseguição criminal dos superiores hierárquicos não militares por incumprimento (ou cumprimento defeituoso) do dever de supervisão que sobre eles impende”⁷⁷. Kai Ambos, curiosamente, entende que a expressão “deveria ter sabido” se aplica aos superiores militares⁷⁸, e por isso, para estes, seria legítimo falar-se de crimes por negligência⁷⁹. O que nos parece é que do artigo 28.º resulta que os superiores hierárquicos são responsáveis quando têm conhecimento ou não levam em consideração a informação que recebem. Por isso, nestes casos, a prova da tomada de conhecimento ou do recebimento da informação faz-se sempre necessária.

Ainda assim, estes contributos, embora relevantes, não desatam o nós nos casos em que o superior hierárquico desconhece completamente os factos realizados pelos subordinados. Uma hipotética presunção de culpa ou uma responsabilidade por negligência para atos dolosos⁸⁰ parece-nos aqui de repudi-

⁷⁶ Ambos, *La Parte General*, p. 334.

⁷⁷ Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 277 e ss.

⁷⁸ Ambos, *La Parte General*, p. 333.

⁷⁹ Embora, para Ambos, *Principles*, p. 19, a diferença que resulta do Estatuto, no sentido de permitir para os chefes militares a responsabilidade por conhecimento ou por negligência e, já para os superiores civis, apenas por conhecimento, seja altamente questionável, porque, socorrendo-se de William Schabas, entende que será logicamente impossível cometer o crime doloso por negligência. Na verdade, “[c]omo, por exemplo, pode um comandante militar cometer negligentemente um crime contra a humanidade que exige, além do *mens rea* (artigo 30 (...)), um conhecimento específico sobre a comissão ‘como parte de um ataque generalizado ou sistemático’ (art. 7)?”

⁸⁰ Sobre esta hipótese, em alusão a Ambos, Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 280.

Last, but not least, importa aqui deixar uma palavra breve sobre a adaptação do ETPI ao direito português. O artigo 6.º da Lei 31/2004, de 22 de julho, atualizada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro, determina o mesmo tipo de responsabilidade dos chefes militares e outros superiores que o ETPI prevê. Portanto, de algum modo, o legislador português, quanto a este tipo de responsabilidade, acabou por assimilar conceitos e ideias que não são tradicionalmente aplicados em Portugal. E mais: se relativamente à responsabilidade em geral, esta lei não trouxe qualquer norma especial – aplicando-se, portanto, as normas do Código Penal, por força do artigo 4.º –, valendo aqui, por isso, toda a teoria da infração criminal projetada no Código Penal português, que é muito diferente da noção de responsabilidade penal do ETPI, a verdade é que, relativamente aos chefes militares e outros superiores, dada a novidade da solução e suas implicações – que se compreendem, atendendo ao tipo de crimes em causa –, o legislador português não hesitou em desviar-se do Código Penal e seguir o modelo internacional.

5. Restrição da responsabilidade em função da idade – restrição jurisdicional

Da norma do artigo 26.º parece resultar, a um primeiro olhar, uma restrição da responsabilidade penal por crimes previstos no ETPI quando cometidos por menores de 18 anos. E, na verdade, para o TPI, esta é a consequência jurídica.

Em termos rigorosos, no entanto, esta restrição de jurisdição do TPI em função da idade não é um princípio de direito penal, senão do processo penal, uma vez que o que através dele se faz é definir o poder jurisdicional do Tribunal. Mas como uma das consequências é, ao nível deste Tribunal, o não julgamento de casos que envolvam menores de 18 anos, vem a ser um princípio que tem que ver com a atribuição de responsabilidade jurídico-penal no âmbito do TPI. Razão pela qual não podemos deixar de o anotar.

A responsabilidade penal, em geral, só será exigida a imputáveis. Para os inimputáveis existem regras específicas que normalmente implicam uma responsabilidade penal com aplicação de medidas de segurança (inimputáveis em razão de anomalia psíquica) ou com aplicação de sanções educativas ou tutelares (para os menores). Normalmente, para estes casos de menoridade – não havendo consenso sobre qual o limite de idade para a imputabilidade, podendo variar entre 14, 16 ou 18, como regra, mas sendo possível encontrar-se outras soluções –, o direito penal não se aplica. Costuma aplicar-se direito especial de natureza tutelar. O ETPI entendeu que para os crimes ali previstos “[o] Tribunal não tem jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tenham ainda completado 18 anos de idade”.

Significa isto que o ETPI determinou que a inimputabilidade em razão da idade tivesse como limite mínimo 18 anos?

Não necessariamente. Significa apenas que o Tribunal Penal Internacional não tem jurisdição sobre menores de 18 anos⁸¹. Remete assim para cada Estado o exercício dessa jurisdição⁸². E aí, tudo depende de dois factores: estarem os crimes cometidos previstos no ordenamento jurídico estadual, coisa que, por obediência ao princípio da legalidade criminal, significaria que os factos praticados, tendo ou não realizado tipos idênticos aos previstos no ETPI, poderiam em princípio ser julgados; e desde que os agentes do crime tenham idade que permita a sua consideração como imputáveis. Por exemplo, em Portugal, a idade mínima para a imputabilidade é 16 anos. Portanto, se alguém menor de 16 anos comete um crime, não será punido pela lei penal, mas por uma lei tutelar de menores. Mas se for maior de 16 anos e realizar factos que coincidam com os que estão enunciados no ETPI, pelo princípio da complementaridade, os tribunais portugueses poderiam julgar tais factos, sem que a norma do artigo 26.º do ETPI constituísse um impedimento. Isso é o que decorre da conjugação da Lei 31/2004, de 22 de julho, atualizada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro, com o Código Penal.

6. Igualdade e exclusão de imunidades

O princípio da igualdade penal com exclusão de imunidades⁸³ é uma solução típica do direito penal internacional, *rectius*, do ETPI, que contrasta com as soluções que habitualmente costumamos topar no direito estadual e que tem óbvias implicações na responsabilidade penal.

Normalmente, os detentores de cargos políticos gozam de imunidades, pelo menos durante o período do exercício do cargo e, às vezes, durante um tempo após esse desempenho.

⁸¹ Em sentido contrário, Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 245: “mais do que uma solução substantiva concernente à inimputabilidade em razão da idade – que porventura se revelaria desafeiçoada à natureza e aos recursos do tribunal –, convencionou-se na mera exclusão da jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tenham ainda completado dezoito anos de idade (art. 26.º)”.

⁸² Em Portugal, por exemplo, porque a Lei n.º 31/2004, de 22 de julho, atualizada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, nada disse sobre este assunto, acaba por ser o Código Penal, por força do artigo 4.º daquela Lei, a ser aplicado. E, de acordo com o artigo 19.º do CP, pelos crimes previstos naquela Lei – que reproduzem, no essencial, o que determina o ETPI –, são penalmente responsáveis os maiores de 16 anos.

⁸³ Ou, como refere Bacelar Gouveia, *Direito Internacional Penal*, p. 261, “princípio da irrelevância da qualidade oficial”.

Compreende-se que, para garantia do normal funcionamento do Estado, alguns titulares de cargos políticos não devam/possam ser simultaneamente arduos de processos. O próprio princípio da separação de poderes seguramente que se ressentiria da falta de imunidades. Imagine-se, por exemplo, um ministro da justiça ser julgado enquanto desempenha o cargo. Se este exemplo nos elucida melhor, naturalmente que o problema não é só o da relação do ministro da justiça com os tribunais. Estende-se a todos os cargos políticos, uma vez que o seu desempenho, correspondendo normalmente ao exercício de um mandato conferido democraticamente, não seria compatível com a prestação de contas ao mesmo que tempo que exerce o cargo. Por outro lado, imagine-se que não haveria imunidade; até que ponto estaríamos livres de que decorressem processos contra detentores de cargos políticos, por motivações ideológicas, políticas, etc., ainda que baseados no cumprimento da lei? Tudo isto torna facilmente compreensível que, dentro de certos limites, se garanta a imunidade política ou diplomática de quem exerce funções de relevo no poder político ou no âmbito diplomático.

Mas esta solução não podia existir no direito penal internacional. Caso existisse, os riscos de vermos alguém cometer crimes previstos no ETPI, de modo totalmente impune, não seria hipótese meramente académica. Seria, sem dúvida, uma realidade.

Razão pela qual, face ao ETPI, vigora o princípio da igualdade: nenhum cidadão, independentemente do cargo que ocupa ou ocupou, pode estar acima do ETPI.

A norma enfatiza a qualidade de oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, mas, atendendo à primeira parte do n.º 1, do artigo 27.º, outros cargos poderão ser aqui incluídos, porque não pode haver distinção alguma baseada na qualidade oficial.

Aliás, quem permite o mais, permite o menos, e portanto se os Chefes de Estado estão abrangidos pelo princípio da igualdade, qualquer cidadão desse Estado, independentemente do cargo que desempenha, também estará abrangido.

Há quem admita que a condição de ser detentor de qualidade oficial pode, em algumas circunstâncias, constituir numa circunstância agravante⁸⁴. Compreendemos que assim seja se com isso se quiser aludir a uma culpa comprovadamente mais grave. Mas se assim não for, é óbvio que esta ideia não colhe,

⁸⁴ Dá-nos conta Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 249, em sentido concordante, que a Comissão de Direito Internacional, num seu relatório exarado em 1986, considerou que “o facto de alguém haver abusado do poder em que está investido tenderá a ser levado à conta de circunstância agravante”. O problema é que para isso assim suceder, terá de essa circunstância estar prevista no ETPI. Não estando, seria uma violação do princípio da legalidade criminal.

por violação do princípio da legalidade, uma vez que os tipos não preveem esta hipótese.

VII. Imprescritibilidade

Não sendo a imprescritibilidade um costume internacional, é no direito internacional que a encontramos com maior facilidade. De modo que, não sendo a imprescritibilidade, anteriormente ao ETPI, uma determinação legal, não podendo dizer-se que seria um costume do direito internacional, podemos asseverar que é mais fácil encontrar-se no direito internacional do que no direito nacional.

Neste sentido, embora não se concorde, podemos dizer que a imprescritibilidade acaba por ser um princípio geral do direito internacional. E, mesmo que se discorde, foi assim que acabou por ser entendido pelo ETPI ao proclamar no artigo 29.º que “[o]s crimes da competência do Tribunal não prescrevem”.

Para se compreender a imprescritibilidade dos crimes internacionais, convém, em primeiro lugar, entender a prescrição dos crimes. Está intimamente ligada ao princípio da legalidade. Só haverá crime se o facto estiver como tal previsto na lei. Mas se a lei penal tem um momento a partir do qual passa a valer, normalmente e à exceção das normas temporárias, não tem uma data a assinalar o seu fim. Por isso, o instituto da prescrição (do procedimento criminal e da pena) visa colocar um termo à possibilidade de se perseguir criminalmente alguém ou de se lhe aplicar uma pena. Quer se concorde ou não com a prescrição, o que vem a fazer é a dar concretização ao princípio da legalidade, assinalando um final à validade da norma penal. Com isto alcança-se a paz e a segurança jurídicas.

Curiosamente, o princípio da legalidade foi concebido há cerca de 250 anos por Cesare Beccaria, para dar segurança ao cidadão. Tal como não há crime sem lei, também já não há crime quando deixa de haver lei. E se uma norma disser que uma lei já se não aplica passado um determinado tempo, o que está a determinar é que, para aquele crime, deixa de haver lei. É curioso, no entanto, sublinhar que Beccaria⁸⁵ fez uma distinção interessante para efeitos de prescrição: entre crimes atrozes e crimes menores. Os primeiros seriam imprescritíveis, ao passo que os segundos prescreveriam a partir de certo momento.

⁸⁵ Diz assim Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, trad. de José de Faria Costa, rev. por Primola Vingiano, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 129: “aqueles crimes atrozes, de que fica nos homens longa memória, quando se provem, não merecem qualquer prescrição em favor do réu que se escapou por meio de fuga; mas os delitos menores e obscuros devem eliminar com a prescrição a incerteza da sorte de um cidadão, porque a obscuridade em que têm estado envolvidos por longo tempo os delitos apaga o exemplo da impunidade, mas permanece para o réu o poder de se tornar melhor”.

De algum modo, os crimes que estão previstos no ETPI entrariam na distinção feita por Beccaria na classificação de *crimes atrozes*. E, portanto, à luz do principal e primeiro autor do princípio da legalidade criminal, a imprescritibilidade dos crimes internacionais não seria uma violação do princípio da legalidade, mas antes uma sua concretização.

Apesar de discutível esta posição, o certo é que o ETPI quis deixar claro que, atenta a gravidade e a relevância internacional das condutas em causa, estas jamais prescreveriam⁸⁶.

Convém acrescentar que Portugal, através da Lei n.º 31/2004, de 22 de julho, atualizada pela lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, no seu artigo 7.º, adotou a regra da imprescritibilidade – tanto do procedimento criminal como das penas – dos crimes de genocídio contra a humanidade e de guerra. Deste modo, o legislador português distanciou-se da tradição que apontava no sentido da prescrição, tanto do procedimento como das penas, e que está, nomeadamente, projetada nos artigos 118.º e seguintes do Código Penal.

⁸⁶ No sentido de que será a “especial gravidade associada à prática daqueles ilícitos internacionais” o fundamento da imprescritibilidade, vai Bacelar Gouveia, *Direito Internacional Penal*, p. 264.

CONCEITO DE CRIME NO ESTATUTO DE ROMA: SUBSÍDIOS PARA A SUA COMPREENSÃO

Pedro Miguel Freitas

Artigo 30.º

Elementos psicológicos

1 - Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que actue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais.

2 - Para os efeitos do presente artigo, entende-se que actua intencionalmente quem:

- a) Relativamente a uma conduta, se se propuser adoptá-la;
- b) Relativamente a um efeito do crime, se se propuser causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar numa ordem normal dos acontecimentos.

3 - Nos termos do presente artigo, entende-se por «conhecimento» a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar numa ordem normal dos acontecimentos. As expressões «ter conhecimento» e «com conhecimento» deverão ser entendidas em conformidade.

1. Abordaremos neste apartado alguns dos conceitos dogmáticos fundamentais constitutivos de crime de acordo com o estabelecido no texto do ETPI¹ e doutrina que dele se ocupa. Convém notar, primeiramente, que estamos perante uma dogmática jurídico-penal peculiar que não nutre contributos apenas de uma família jurídica. Isto é, não se pode afirmar com certeza que a doutrina do facto punível espelhada no ETPI advém daquela habitualmente encontrada em países de direito continental ou de direito anglo-americano.

A conceção de crime que se encontra no ETPI assenta em duas dimensões: objetiva (*actus reus*) e subjetiva (*mens rea*). Esta divisão bipartida é característica, embora não exclusiva, do direito anglo-americano. Não é porém a única conceção dogmática possível pelo que não podemos deixar de discordar com Antonio Cassese² quando afirma que “em qualquer sistema legal, os crimes consistem de dois elementos: (i) conduta (um ato ou omissão, contrário a uma regra impositiva de um comportamento específico (...)); e um estado da mente, um elemento psicológico exigido pela ordem jurídica para que uma conduta seja censurável e consequentemente punível”. As nossas dissonâncias com esta afirmação são de vária ordem, mas no aqui nos interessa não temos dúvidas que estamos perante uma visão demasiado superficial, exposta a incorreções, sobre as diferentes conceções de crime encontradas na doutrina, jurisprudência e ordenamentos jurídicos das mais diversas latitudes. Certo que, como se disse, esta conceção bilateral de crime é descoberta em alguns ordenamentos jurídicos, mas não é, de todo, um entendimento universalmente aceite, sobretudo nos de direito continental.

Sem prejuízo de uma análise mais aturada dos crimes previstos no ETPI e seus elementos constitutivos, em termos gerais a punição por um destes crimes implica o preenchimento da dimensão objetiva do crime. Perante a inexistência de uma norma geral sobre os elementos objetivos ou *actus reus* dos crimes do ETPI, teremos de recorrer, para a efetivação de um processo hermenêutico de compreensão do seu significado, ao artigo 9.º do ETPI. Este artigo, com a epígrafe “Elementos dos Crimes”, dá conta de que o TPI deverá recorrer aos “Elementos dos Crimes”³ para a tarefa de interpretação e aplicação dos artigos 6, 7, 8 e 8 *bis* do ETPI. Trata-se de um documento importantíssimo que decompõe os crimes do ETPI nos seus elementos nucleares, fornecendo ao intérprete uma ferramenta imprescindível na verificação *in casu* de determinado crime. Não ire-

¹ Para uma análise do *mens rea* tendo como pano de fundo a jurisprudência dos Tribunais Ad Hoc, cf. Iryna Marchuk, *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law: A Comparative Law Analysis*, Springer, 2014, pp. 116 e ss.

² Antonio Cassese, *International criminal law*, Oxford, 2008, p. 53.

³ Cf. <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>.

mos, naturalmente, entrar em detalhes sobre cada um dos crimes tendo como pano de fundo este documento, mas aproveitamos apenas para salientar que no considerando 2 da Introdução Geral se diz que quando “não seja feita nenhuma referência nos Elementos dos Crimes a um elemento mental relativo a uma conduta, consequência ou circunstância listadas, será de entender que se aplica o elemento mental relevante, i.e., intenção, conhecimento ou ambos, previsto no artigo 30.º [ETPI]”⁴. Estes três elementos – conduta, consequência ou circunstância – são elementos materiais externos relativamente ao agente e, portanto, objetivos. Formam aquilo que é designado de *actus reus*. Ou seja, a dimensão objetiva do crime só se verifica com a existência de uma conduta, consequência ou circunstância. Esta ideia é confirmada pelo artigo 30.º que, apesar de se ocupar do elemento mental⁵, menciona a expressão “elementos materiais” e distingue conduta, consequência e circunstância.

Sumariamente, poder-se-á dizer que por conduta se entende um comportamento ativo ou omissivo descrito no crime⁶. Já as consequências referem-se a eventos produzidos como consequência do comportamento do agente⁷. Estes eventos podem consistir em um dano ou a provocação de um perigo a um interesse protegido. De circunstâncias falamos quando o tipo legal de crime exige a verificação de determinados elementos, qualidades ou características do agente do crime, do objeto da conduta, do local ou momento da prática do facto⁸.

Tendo por referência o ordenamento jurídico anglo-americano, o conceito de *actus reus* engloba todos os elementos inscritos na provisão legal, exceto os que se liguem à atitude interna do agente ou, por outras palavras, recordando Glanville Williams⁹, o *actus reus* esgota-se nos elementos externos do crime. William Wilson¹⁰ oferece um exemplo bastante claro do que no seu entender corresponde ao *mens rea* e *actus reus* do crime de homicídio, que pode provar-se

⁴ Também no considerando 7.º, al. a), os Elementos dos Crimes referem-se a conduta, consequências e circunstâncias como algo autónomo, mas interligado ao elemento mental.

⁵ *Mental element* na versão inglesa ou elementos psicológicos na versão portuguesa do ETPI.

⁶ No mesmo sentido, Gerhard Werle, *Principles of international criminal law*, T. M. C. Asser Press, 2005, p. 97.

⁷ *Ibid.* No caso de exigência da produção de uma consequência para que ocorra a consumação do crime, faz-se necessário estabelecer um nexo causal entre a conduta do agente e a consequência.

⁸ Antonio Cassese, *International criminal law*, Oxford, 2008, p. 55. Já Gerhard Werle, *Principles of international criminal law*, T. M. C. Asser Press, 2005, pp. 98-99 distingue dois tipos de circunstâncias: as objetivas, como por exemplo o facto de uma vítima ter menos de 15 anos (art. 8.º, n.º 2, al. b), xxvi do ETPI), e as normativas, v.g., se, para efeitos do artigo 8.º, n.º 2, a), uma vítima é ou não protegida pela Convenção de Genebra.

⁹ Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law*, Stevens & Sons Ltd, 1978, p. 30.

¹⁰ William Wilson, *Criminal Law: Doctrine and Theory*, 4.ª ed., Pearson, 2011, pp. 69-70.

útil para esclarecer os dois conceitos. Se, apelando ao direito anglo-americano, definirmos homicídio como a conduta de provocação ilícita e dolosa¹¹ da morte de outrem, podem ser descortinados nesta definição um *mens rea* e um *actus reus*. O primeiro corresponde ao dolo¹², enquanto o segundo engloba uma conduta (provocação da morte), um resultado ou consequência (a morte de outrem) e uma circunstância (a ilicitude da provocação da morte).

Nem sempre a distinção entre conduta, consequência e circunstância é clara. E não é matéria despicienda dado que, como veremos, o elemento mental exigido em relação a cada um destes elementos sofre alterações, conforme o disposto no art. 30.º do ETPI. A este propósito Kai Ambos¹³ dá o exemplo previsto no artigo 8.º, n.º 2, al. b, viii do ETPI. Este artigo, que se ocupa dos crimes de guerra, pune a transferência direta ou indireta pela potência ocupante de partes da sua população civil para o território ocupado, ou a deportação ou transferência de parte ou a totalidade da população do território ocupado para outros locais dentro do território ocupado ou fora deste. A dúvida que Kai Ambos coloca a este propósito é se toda a norma descreve uma conduta ou se elementos como território ocupado ou a pertença da população a uma potência ocupante são, pelo contrário, circunstâncias.

Como se disse, para além do *actus reus*, a imputação do crime convoca, em regra¹⁴, a existência de um determinado estado mental ou *mens rea*. A responsabilização jurídico-penal de um agente pela realização de um tipo de crime depende, em regra, do preenchimento de elementos objetivos ou externos que conformam o *actus reus* e o *mens rea* a eles correspondente. Esta correspondência entre a dimensão objetiva e subjetiva do crime é corolário do princípio de coincidência entre o *actus reus* e *mens rea*.

Sem a presença do elemento subjetivo, o *actus reus* é insuficiente para provocar a responsabilidade criminal do agente, daí que Autores como David Ormerod afirmem que “[t]he *actus reus* amounts to a crime only when it is accompanied by the appropriate *mens rea*”¹⁵.

¹¹ Para sermos absolutamente corretos, a expressão usada é *malice aforethought* que se traduz na prova de uma vontade de provocação de morte ou, pelo menos, de ofensa grave à integridade física. É, pois, um conceito sem correspondência direta no ordenamento jurídico-português, pelo que, por uma razão de simplificação, optamos pelo recurso à expressão dolo como seu substituto.

¹² Cf. nota de rodapé anterior.

¹³ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, 2013, p. 273.

¹⁴ Uma exceção residirá nas *strict liability offences*.

¹⁵ David Ormerod e Karl Laird, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14.ª ed., Oxford University Press, 2015, p. 59.

Antes de analisarmos com maior detalhe o artigo 30.º do ETPI e o elemento mental aí definido, convém percebermos melhor o conteúdo definatório de *mens rea* e as diferentes classes de elementos subjetivos que nele se inscrevem, tendo como matriz hermenêutica o direito anglo-americano. Ora, antes de mais e apesar de todas as dúvidas e divergências doutrinárias e jurisprudenciais que perturbam a procura de um conceito consensualmente acolhido de *mens rea*, o mesmo poderá entender-se como revelador de uma “mente culpada” (*guilty mind*).

2. Concretizando. Para Glanville Williams, *mens rea* significa “uma intenção de prática de um ato proibido (independentemente de o agente saber que é proibido) ou uma atitude de temeridade [*recklessness*]. A intenção inclui o conhecimento. Excepcionalmente, um diploma legal poderá, para além da intenção ou temeridade, exigir outro estado mental, nomeadamente uma intenção desonesta, tal como uma intenção de enganar ou defraudar, como parte de um crime”. Já Sandord Kadish diz ser o “estado mental que é requerido pela definição do crime para acompanhar o ato que causa dano ou perigo”¹⁶. No entender de David Ormerod e Karl Laird, *mens rea* exprime “o estado mental (intenção, temeridade, conhecimento, crença, suspeita (...) etc.) exigido por um determinado crime (...)”¹⁷. Facilmente nos apercebemos, a partir da leitura destas definições, que o conceito *mens rea* não se revela de forma unitária, antes se manifesta em vários matizes. De entre as suas várias manifestações, iremos desenvolver apenas duas, atenta a sua importância para a análise do artigo 30.º do ETPI: intenção e conhecimento.

¹⁶ Sanford H. Kadish, “The Decline of Innocence”, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 26, n.º 2, Nov., 1968, p. 274.

¹⁷ David Ormerod e Karl Laird, *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 14.ª ed., Oxford University Press, 2015, p. 114. Os Autores consideram que no conceito de *mens rea* não deve ser incluída a negligência.

2.1. Intenção¹⁸

Embora o conceito de intenção¹⁹ seja porventura aquele que se apresenta imediatamente mais apreensível de entre os diversos graus de culpa em que se decompõe o *mens rea*²⁰, um consenso doutrinário e judicial em torno de uma concreta formulação não foi ainda hoje logrado. De todo o modo são normalmente distinguidas pela doutrina duas classes de intenção: intenção direta²¹ e intenção oblíqua²².

A primeira – intenção direta – é constituída por aquelas hipóteses em que a realização do *actus reus* surge como o propósito ou objetivo último da conduta do agente. Reconhecida, *cum grano salis*, como equivalente à noção de dolo direto intencional ou de primeiro grau, a intenção direta corresponde, pois, à intensidade volitiva mais nítida e acentuada. Recuperando um exemplo oferecido por David Ormerod e Karl Laird²³, se **D** decide matar **V** e voluntariamente dispara uma arma carregada na direção de **V**, então existe intenção, independentemente das suas capacidades de manuseamento da arma ou da circunstância de **V** se encontrar praticamente fora do alcance do projétil.

No conceito de intenção tem sido introduzida, sobretudo por via jurisprudencial, uma segunda modalidade: a intenção oblíqua²⁴. Aqui o estado men-

¹⁸ Sobre esta matéria, *vd.*, *inter alia*, Nicola Lacey, “A Clear Concept of Intention: Elusive or Illusory?”, in *The Modern Law Review*, vol. 56, n.º 5, Set., 1993, pp. 621-642, Nicola Lacey, “In(de) terminable Intentions”, in *The Modern Law Review*, vol. 58, n.º 5, Set., 1995, pp. 692-695, J. C. Smith, “A Note on Intention”, in *Criminal Law Review*, Fev., 1990, pp. 85-91, Itzhak Kugler, “Conditional Oblique Intention”, in *Criminal Law Review*, Abril, 2004, pp. 284-290, Itzhak Kugler, “The Definition of Oblique Intention”, in *Journal of Criminal Law*, vol. 68, n.º 1, Jan., 2004, pp. 79-83, M. Kaveny, “Inferring Intention from Foresight”, in *Law Quarterly Review*, n.º 120, Jan., 2004, pp. 81-107, Arfan Khan, “Intention in Criminal Law: Time to Change?”, in *Statute Law Review*, vol. 23, n.º 3, 2002 pp. 235-239, Jeremy Horder, “Intention in the Criminal Law: A Rejoinder”, in *The Modern Law Review*, vol. 58, n.º 5, Set., 1995, pp. 678-691, Alan Norrie, “Intention – More Loose Talk”, in *Criminal Law Review*, Set., 1990, pp. 642-644, Alan Norrie, “Oblique Intention and Legal Politics”, in *Criminal Law Review*, Nov., 1989, pp. 793-807, R. A. Duff, “Intentions Legal and Philosophical”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, n.º 1, Primavera, 1989, pp. 76-94, e Glanville Williams, “Oblique Intention”, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 46, n.º 3, Nov., 1987, pp. 417-438.

¹⁹ *Intention*, no original.

²⁰ William Wilson, *Criminal Law*, 3.ª ed., Longman, 2008, p. 122.

²¹ Trad. literal de *direct intention*.

²² Trad. literal de *oblique intention*.

²³ David Ormerod e Karl Laird, *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 14.ª ed., Oxford University Press, 2015, p- 117.

²⁴ Expressão cunhada por Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Burns and Hart, 1970, pp. 86-87 *apud* Glanville Williams, “Oblique Intention”, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 46, n.º 3, Nov., 1987, p. 420.

tal implica a prática de um comportamento com uma consequência ilícita que aparece ao agente como “altamente provável” ou “virtualmente certa”²⁵. Neste domínio é particularmente relevante a decisão no caso *R. v. Moloney*²⁶ a partir do qual, de acordo com a leitura de David Ormerod e Anthony Hooper²⁷, que tem em conta também os posteriores desenvolvimentos teórico-práticos levados a cabo pelos casos *R. v. Hancock and another*²⁸, *R. v. Nedrick*²⁹ e *R. v. Woollin*³⁰, se pode extrair a conclusão de que, por um lado, “um resultado é intencional quando foi o propósito do agente causá-lo” – correspondente portanto à primeira classe de intenção por nós referida, intenção direta –, e, por outro, “um resultado é intencional ainda que não seja propósito do agente causá-lo, quando (a) o resultado é uma consequência virtualmente certa daquele ato, ou (b) o agente sabe que é uma consequência virtualmente certa”. Esta segunda aceção, claramente um critério mais lasso de intenção, denominada intenção oblíqua, parece, a nos-

²⁵ Glanville Williams, “Oblique Intention”, In *The Cambridge Law Journal*, vol. 46, n.º 3, Nov., 1987, p. 421 e Itzhak Kugler, “The Definition of Oblique Intention”, in *Journal of Criminal Law*, vol. 68, n.º 1, Jan., 2004, p. 79.

²⁶ [1985] 1 All ER 1025.

²⁷ David Ormerod e Karl Laird, *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 14.ª ed., Oxford University Press, 2015, p. 118 e David ORMEROD e Anthony HOOPER, *Blackstone’s Criminal Practice 2010*, Oxford University Press, 2009, parag. A2.2.

²⁸ [1986] 1 All ER 641.

²⁹ [1986] 3 All ER 1.

³⁰ [1998] 4 All ER 103.

so ver, reconduzir-se grosso modo ao conceito de dolo direto necessário ou de segundo grau³¹.

2.2. Conhecimento³²

Outra modalidade de *mens rea*, que pouca atenção tem merecido pela doutrina anglo-americana, é o conhecimento. No direito continental, conhecimento e intenção, enquanto manifestação da vontade mais intensa do agente, são elementos indispensáveis para o reconhecimento de uma hipótese de dolo direto intencional. O mesmo não acontece no direito anglo-americano. Inexistindo o conceito de dolo, ao conhecimento atribui-se autonomia de tratamento dogmático, tendo um âmbito de aplicação tradicionalmente distinto daquele onde se move a “intenção”. Isto é, enquanto a “intenção é habitualmente descritiva de estados mentais dirigidos a consequências (p. ex., eu quero matar), o conhecimento é habitualmente usado em relação a circunstâncias (p. ex. a importação de uma coisa ou substância que eu sei ser proibida)”³³.

³¹ Revelou-se relativamente significativa para alcançar esta conclusão a análise das decisões do Tribunal Penal Internacional na medida em que aí suscitam, obviamente, problemas de interpretação e aplicação de direito internacional em matéria penal, ao mesmo tempo que se cria o terreno fértil para considerações que, ainda que não cumprindo condicionalismos metodológicos próprios dessa ciência jurídica, nós reconhecemos, por aproximação, serem de direito penal comparado. Veja-se, por exemplo, a decisão do Tribunal Penal Internacional no caso *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08), de 15 de Junho de 2009, segundo a qual “(...) *dolus directus* in the second degree - also known as oblique intention (...) does not require that the suspect has the actual intent or will to bring about the material elements of the crime, but that he or she is aware that those elements will be the almost inevitable outcome of his acts or omissions, i.e., the suspect “is aware that [...] [the consequence] will occur in the ordinary course of events” (article 30(2)(b) of the Statute). In this context, the volitional element decreases substantially and is over-ridden by the cognitive element, i.e. the awareness that his or her acts or omissions “will” cause the undesired proscribed consequence”. No mesmo sentido, Mohamed Elewa Badar, “The Mental Element In The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Commentary From A Comparative Criminal Law Perspective”, in *Criminal Law Forum*, volume 19, n.º 3 e 4, Dez., 2008, pp. 485-486 e Kevin Jon Heller, “The Rome Statute in Comparative Perspective”, in Kevin Jon Heller e Markus Dirk Dubber (eds.), *The Stanford Handbook of Comparative Criminal Law*, University of Melbourne Law School, 2009, pp. 17-18, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1304539>.

De notar a unanimidade dos Autores na asserção de que a caracterização de uma conduta como sendo de *dolus directus* de primeiro grau ou de *dolus directus* de segundo grau em muito depende da relação de força que se estabelece entre o elemento intelectual (*cognitive element – wissen*) e elemento volitivo (*volitional element – wollen*). Quanto temos uma conduta onde a direção da vontade é profundamente vinculada e o elemento volitivo alcança especial preponderância estaremos pois diante casos de dolo direto intencional (*direct intent* ou *Albsicht*).

³² *Knowledge*, na língua inglesa.

³³ David Ormerod e Karl Laird, *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 14.ª ed., Oxford University Press, 2015, p. 142.

A figura do conhecimento engloba três modalidades³⁴: conhecimento efetivo ou direto ou de primeiro grau (*actual knowledge*); conhecimento de segundo grau (convivência ou desconhecimento auto-provocado ou *wilful blindness*); conhecimento de terceiro grau (conhecimento presumido ou *constructive knowledge*). De difícil comprovação empírica e prática, posta a impossibilidade de os magistrados conhecerem o que certo agente estaria a pensar no momento da prática do comportamento penalmente relevante, o primeiro tipo de conhecimento corresponde ao estado mental de conhecimento efetivo das circunstâncias. Do ponto de vista probatório, basta que se comprove a crença efetiva (*true belief*) do agente quanto às circunstâncias (p. ex., se o agente acredita que o que acabou de importar é proibido então estaremos perante um conhecimento de primeiro grau)³⁵. O conhecimento de segundo grau tem lugar quando o agente “haja fechado os seus olhos a um meio óbvio de obtenção de conhecimento”³⁶. O agente, de forma deliberada, abstém-se de obter informações adicionais sobre circunstâncias que, pelo menos aparentemente, levarão à prática de um ilícito. Há como que um desconhecimento auto-provocado ou “cegueira” auto-induzida merecedora de censura jurídico-penal. Finalmente, de conhecimento de terceiro grau estaremos a falar se se provar que o agente deveria ter conhecimento das circunstâncias proibidas. Corresponde então a uma violação de um dever de obtenção de conhecimento ou informação num contexto em que uma pessoa razoável e prudente teria procurado inteirar-se da (i)licitude das circunstâncias. Nesta última modalidade de conhecimento, o agente, de forma negligente, não toma as providências necessárias para lograr um conhecimento, não havendo por isso conhecimento efetivo.

3. Aqui chegados, comecemos por notar que segundo o artigo 30.º do ETPI a responsabilização jurídico-penal de um agente depende, em regra, da verificação de intenção (*intent*) e conhecimento (*knowledge*) relativamente aos elementos materiais do crime³⁷.

Convém referir que a tradução para a língua portuguesa da epígrafe do artigo 30.º pode ocasionar algumas dúvidas quanto ao escopo do mesmo. Apesar da versão portuguesa da epígrafe do artigo 30.º do ETPI se referir a elemen-

³⁴ Caso Taylor’s Central Garages (Exeter) v. Roper [1951] 2 T.L.R. 284 e J. Edwards, “The Criminal Degrees of Knowledge”, in *The Modern Law Review*, Vol. 17, N.º 4, Jul., 1954, pp. 294-314.

³⁵ David Ormerod e Karl Laird, *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 14.ª ed., Oxford University Press, 2015, p. 142.

³⁶ Caso Taylor’s Central Garages (Exeter) v. Roper [1951] 2 T.L.R. 284.

³⁷ Gerhard Werle e Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, 3.ª ed. Oxford University Press, 2014, p. 178.

tos psicológicos³⁸, plural portanto, na versão inglesa encontramos a menção a *mental element*, na versão francesa a *élément psychologique* e na espanhola a *elemento de intencionalidad*. Pondo de parte, neste contexto, a questão de saber se “elementos psicológicos” será a expressão dogmaticamente mais adequada para expressar o sentido material do texto normativo a que preside, deve aqui sublinhar-se que o legislador (inglês, francês e espanhol) se refere expressamente na epígrafe a um elemento mental. Para muitos³⁹ isto reflete uma visão unitária sobre a dimensão subjetiva do crime: não se exigirá a presença cumulativa de dois elementos mentais distintos (intenção e conhecimento), mas antes de dois componentes (volição e consciência) de um só elemento mental.

Decompondo sumariamente o artigo 30.º, podemos dizer que, nos termos do artigo 30.º, n.º 2, a intenção pode aferir-se em relação a uma conduta ou a uma consequência. De acordo com a al. a) desta norma, a intenção em relação a uma conduta significa que o agente pretende levar a cabo essa conduta, ou seja, propõe-se adotá-la. Quanto a uma consequência do crime, diz-nos a al. b), teremos intenção do agente se este propuser causá-la ou estiver ciente de que esta se produzirá a não ser que algo inesperado ou anormal a impeça⁴⁰.

³⁸ Cf. http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/estatuto_roma_tpi.pdf.

³⁹ Mohamed Elewa Badar e Sara Porro, “Rethinking the Mental Elements in the Jurisprudence of the ICC”, in Carsten Stahn, *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, 2015, p. 651 e jurisprudência e doutrina citadas na nota 14 da mesma página. No mesmo sentido, Gerhard Werle e Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, 3.ª ed. Oxford University Press, 2014, p. 179. De interesse, Iryna Marchuk, *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law: A Comparative Law Analysis*, Springer, 2014, pp. 127-128, ao assinalar que a jurisprudência do TPI acompanha uma visão de direito continental sobre a intenção enquanto instituto jurídico que contém elementos cognitivos e volitivos, embora, embora, pessoalmente, seja de opinião que o artigo 30.º inclui duas entidades separadas (intenção e conhecimento).

⁴⁰ Discutível o entendimento de Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, 2013, p. 269, segundo o qual o elemento mental a que o artigo 30.º do ETPI se refere divide-se em duas dimensões: cognitiva (conhecimento), prevista no art. 30, n.º 2, al. b) e n.º 3; e volitiva (intenção), art. 30.º, n.º 2, al. a). Embora possamos concordar, sem sombra de dúvidas, quanto à concorrência das duas dimensões para que se afirme a componente subjetiva de um crime do ETPI, o artigo 30.º, n.º 2, refere-se expressamente à intenção incluindo nesta as hipóteses da al. a) e b). A nosso ver, será sempre discutível uma leitura do artigo 30.º, em que se defenda que no artigo 30.º, n.º 2, al. b) se expõe a descrição da dimensão cognitiva correspondente ao conhecimento. O legislador parece ter deixado a descrição do conceito de conhecimento para o número 3, ocupando-se o número 2 com a dimensão exclusivamente volitiva do crime. A complexidade desta problemática leva Kai Ambos, na mesma obra, na página 271, a afirmar que o artigo 30.º, n.º 1 “liga os elementos materiais com o elemento mental (“intenção e conhecimento”); o parágrafo 2 define “intenção” quanto à “conduta” e “consequência”; o parágrafo 3 define “conhecimento” quanto à “circunstância” e “consequência””, o que parece entrar em contradição com o que escreve na página 269. Sobre este assunto, cf. secção 3.2 *infra*.

Por seu turno, o conhecimento afere-se em relação a uma circunstância ou a uma consequência. Atuará com conhecimento o agente que tenha consciência da existência de uma circunstância ou de que uma consequência ou efeito acontecerá numa ordem normal dos acontecimentos.

3.1. Acompanhamos Kai Ambos⁴¹ no que se refere à explicitação da intenção quanto a uma conduta, prevista no art. 30.º, n.º 2, al. a). Intenção de prática de uma conduta, neste contexto, não se confunde com voluntariedade da conduta. A voluntariedade ou não de uma conduta remete-nos para a questão da (ir)relevância jurídico-penal dessa mesma conduta: condutas que não sejam voluntárias, como os atos reflexos, os cometidos em estado de inconsciência ou sob o impulso de forças irresistíveis⁴², não serão penalmente relevantes.

Dado que a redação desta alínea a) se limita a definir a intenção relativamente a uma conduta e não quanto ao resultado, a ênfase colocada pelo legislador leva a que, no decurso de uma investigação para a apuração de responsabilidade jurídico-penal, se tenha de provar que o agente quis levar a cabo uma conduta, não tendo qualquer relevância, pelo menos para o preenchimento desta alínea, o resultado que quis atingir com essa conduta.

A intenção de prática de uma conduta é particularmente relevante nas hipóteses de crimes de mera atividade, nas quais não se exige, para a sua consumação típica, a produção de um evento ou efeito distinto e autónomo da própria conduta, bastando, pois, a mera execução do comportamento.

⁴¹ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, 2013, p. 274. Gerhard Werle e Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, 3.ª ed. Oxford University Press, 2014, p. 179, parecem reduzir o propósito do artigo 30.º, n.º 2, al. a) à ideia de exclusão da responsabilidade criminal quando a conduta não tenha sido praticada voluntariamente. Estes Autores citam Kai Ambos, Donald K. Pigaroff e Darryl Robinson, entre outros. No entanto, Kai Ambos é peremptório ao afirmar que “It is clear that Article 30(2)(a) refers to the volitional aspect of the conduct and not, as already explained above, to its voluntariness or involuntariness” (Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, 2013, p. 274), ao passo que Donald K. Pigaroff e Darryl Robinson, “Article 30”, in Otto Triffterer e Kai Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3.ª ed., Beck/Hart, 2016, p. 1121, admitem que “signifies, at a minimum, that conduct must be the result of a voluntary action on the part of an accused”, mas acrescentam “Generally, the term ‘intent’ also connotes some element, although even minimal, of desire or willingness to do the action, in light of an awareness of the relevant circumstances or likely consequences. As noted earlier, unless relevant circumstances are known that qualify the action as prohibited conduct, it cannot be said that the person intends the conduct. Therefore, ‘intent’ necessarily includes an element of ‘knowledge’”.

⁴² Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 305.

3.2. A intenção relativamente a uma consequência implica, nos termos do art. 30.º, n.º 2, al. b), que o agente queira produzi-la ou tenha consciência de que a mesma se produzirá numa ordem normal dos acontecimentos. Como referimos *supra*⁴³, esta alínea está envolta de uma complexidade hermenêutica que suscita as maiores dúvidas quanto ao seu conteúdo.

O significado e alcance da primeira parte da al. b) é imediatamente perceptível. Afirmar-se-á a intenção de um agente relativamente a uma consequência se tiver sido o seu propósito produzi-la. De forma simples, se um agente quis produzir determinado efeito, *v.g.* morte de civis, então verificou-se a sua intenção.

A parte final desta mesma alínea introduz, porém, alguns problemas hermenêuticos e sistemáticos, apesar da aparente simplicidade da sua redação. De acordo com este segmento, um agente atuará com intenção de realização do elemento material se estiver ciente de que uma consequência do crime terá lugar numa ordem normal dos acontecimentos. Ora, perante esta redação haverá certamente margem para dúvidas sobre se estaremos perante um requisito cognitivo ou volitivo. Exige-se do agente um certo estado mental de conhecimento relativamente às consequências que advirão da experiência comum e normalidade do acontecer. Uma primeira questão que aqui pode ser levantada é o da compatibilização sistemática deste segmento com o texto inicial do art. 30.º, n.º 2. Vejamos. À primeira vista, a leitura do número 2 leva-nos no sentido da concretização do conceito de intenção (e não de conhecimento) quanto ao comportamento e quanto às consequências, ao passo que o sentido do conceito de conhecimento é clarificado no número seguinte. Esta interpretação é, porém, posta em crise quando, na parte final da alínea b) do número 2, se materializa a existência de intenção do agente a partir de um pressuposto cognitivo. As dúvidas adensam-se quando se lê o número 1 deste artigo. Tal como dissemos *supra*, a responsabilidade jurídico-penal pela prática de um crime descrito no ETPI demanda, em regra⁴⁴, o preenchimento cumulativo de dois requisitos: intenção⁴⁵ (*intent*)

⁴³ Cf. nota de rodapé n.º 40.

⁴⁴ Sarah Finnin, “Mental Elements Under Article 30 Of The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Comparative Analysis”, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, n.º 2, 2012, p. 340.

⁴⁵ A nosso ver a tradução mais correta das palavras *intent*, *intención*, *intention*, encontradas noutras versões linguísticas do ETPI, é intenção, e não vontade. Acresce que enquanto na versão portuguesa se optou por usar a palavra “vontade” no artigo 30.º, n.º 1, e “actua intencionalmente” no n.º 2, nas outras versões linguísticas da mesma norma a palavra usada no artigo 30.º, n.º 1 repete-se no n.º 2.

e conhecimento (*knowledge*)⁴⁶. Significa então que relativamente a uma consequência a intenção do agente verifica-se com o preenchimento do número 2, al. b) e número 3? Fará sentido exigir-se uma acumulação de requisitos – intenção e conhecimento – se, materialmente, só um está presente – o conhecimento? É que, nesta hipótese, o agente atua **intencionalmente** porque está ciente de que a consequência do crime terá lugar numa ordem normal dos acontecimentos (art. 30.º, n.º 2, al. b) e atua com **conhecimento** porque tem consciência de que uma consequência irá ter lugar numa ordem normal dos acontecimentos (art. 30.º, n.º 3). De acordo com a doutrina mais respeitada, o último segmento da al. b) é uma materialização da intenção oblíqua⁴⁷. Acrescenta ainda Kai Ambos que “ao empregar a disjuntiva “ou”, o subparágrafo (b) parece suportar uma leitura alternativa [e não de cumulação dos elementos volitivos e cognitivos]. No entanto, o artigo 30.º, n.º 3 reitera o requisito cognitivo quanto à “consequência” e o artigo 30.º, n.º 1 requer “intenção e conhecimento”. Assim, a conjugação dos parágrafos 1 e 3 implica que, quanto às consequências”, o agente tenha de atuar com intenção e conhecimento”⁴⁸.

3.3. Finalmente, quanto ao estado mental de conhecimento, o artigo 30.º, n.º 3, estabelece que o agente tem de ter consciência de que uma circunstância existe ou de que uma consequência terá lugar no decurso normal dos eventos.

Mais especificamente no que concerne ao estado mental relativo às circunstâncias, a doutrina vai no sentido de que é suficiente a consciência de que estas existem, dispensando qualquer tipo de elemento volitivo⁴⁹. Questão suplementar que se coloca é de saber se para o preenchimento do requisito de conhecimento poderá bastar o conhecimento de segundo grau (conivência ou desconhecimento auto-provocado). Kai Ambos defende a sua inadmissibilidade⁵⁰. Para Donald Pigaroff e Darryl Robinson, “pode ser argumentado de que a definição

⁴⁶ Sarah Finnin, “Mental Elements Under Article 30 Of The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Comparative Analysis”, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, n.º 2, 2012, p. 336.

⁴⁷ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, 2013, p. 275 e Sarah Finnin, “Mental Elements Under Article 30 Of The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Comparative Analysis”, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, n.º 2, 2012, p. 344.

⁴⁸ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, 2013, p. 275 (tradução nossa).

⁴⁹ Por todos, Sarah Finnin, “Mental Elements Under Article 30 Of The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Comparative Analysis”, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, n.º 2, 2012, p. 341.

⁵⁰ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, 2013, p. 276.

específica do parágrafo 3 exclui tal conceito [conhecimento de segundo grau] e que se requeira efetiva consciência ou conhecimento. Alternativamente, poderá o Tribunal interpretar conhecimento como incluindo conhecimento de segundo grau⁵¹. No entender de Sarah Finnin⁵², dado que a exigência típica de conhecimento de primeiro grau pode levar à impunidade pela prática de crimes internacionais pela dificuldade que traz em termos probatórios, será preferível proceder a uma interpretação extensiva do artigo 30.º, n.º 3, incluindo nele igualmente uma forma limitada de conhecimento de segundo grau que consistiria em verificar se o agente estava praticamente seguro de que uma determinada circunstância existia.

4. À guisa de sumário, reiteramos as ideias principais contidas no artigo 30.º:

- os elementos materiais dos crimes previstos no ETPI são conduta, consequência e circunstância;

- o elemento mental tem como referência esses elementos materiais: não se procede a uma abordagem do facto na sua globalidade, mas sim elemento a elemento (*element-based analysis* em detrimento de uma *offence-based analysis do mens rea*⁵³);

- o elemento mental engloba uma dimensão cognitiva e uma dimensão volitiva;

- o elemento mental contém *standards* consoante o elemento material em causa: intenção quanto à conduta, intenção e conhecimento quanto às consequências e conhecimento quanto às circunstâncias.

⁵¹ Donald K. Pigaroff e Darryl Robinson, "Article 30", in Otto Triffterer e Kai Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3.ª ed., Beck/Hart, 2016, p. 1124.

⁵² Sarah Finnin, "Mental Elements Under Article 30 Of *The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Comparative Analysis*", in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, n.º 2, 2012, pp. 350-351.

⁵³ Mohamed Elewa Badar and Sara Porro, "Rethinking the Mental Elements in the Jurisprudence of the ICC", in Carsten Stahn, *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, 2015, p. 652.

CRIME DE GENOCÍDIO

Maria de Assunção do Vale Pereira

Artigo 6.º

Crime de genocídio

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por «genocídio» qualquer um dos actos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, rácico ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

1. Introdução

De entre os crimes que figuram no elenco dos crimes que cabem na competência *ratione materiae* do Tribunal Penal Internacional (art. 5.º do Estatuto do TPI - ETPI), figura o crime nos aparece definido no art. 6.º do Estatuto desse Tribunal. Sem surpresa, verifica-se que esta disposição reproduz o art. 2.º da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 9 de dezembro de 1948, cuja vigência teve

início a 12 de janeiro de 1951¹. Ou seja, no Estatuto do TPI, mantém-se a noção de genocídio tal como surge na primeira convenção que afirma o conceito e o define como crime.

Percebe-se, por isso, que nenhum dos mentores e principais executores daquele caso que vem à mente da generalidade das pessoas quando se fala em genocídio – o genocídio dos judeus pela Alemanha nazi – tenha sido julgado pela prática de genocídio. Apesar de ter havido a preocupação de levar à justiça os principais responsáveis pelos comportamentos abrangidos por aquela expressão – e mesmo à justiça internacional, nos “casos de grandes criminosos cujos crimes não tenham uma localização geográfica determinada”² –, o certo é que nenhum deles foi acusado do crime de genocídio, uma vez que o mesmo ainda não estava definido (apesar do termo surgir nas alegações do Procurador). Efetivamente, a competência em razão da matéria do Tribunal Internacional Militar então constituído (comumente designado como Tribunal de Nuremberga) estava limitada a crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade³.

Obviamente, os comportamentos em que o crime se materializa ocorreram em muitos cenários anteriores à sua afirmação normativa na referida Convenção. Se pensarmos na época contemporânea, o primeiro caso de genocídio terá tido lugar ainda no tempo da Revolução Francesa. Referimo-nos ao chamado genocídio de Vendaia, embora a caracterização deste massacre como genocídio seja controvertida⁴.

E a verdade é que as coisas não se ficaram por aí. Basta pensar que atuações deste tipo permitiram a Bernard Bruneteau escrever uma obra intitulada *O Século dos Genocídios*, referindo-se ao séc. XX, em que enumera situações

¹ E se afirmamos que é sem surpresa é porque o mesmo aconteceu em diferentes documentos internacionais que referem esse conceito, como é o caso dos Estatutos dos Tribunais internacionais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda ou ainda o Acordo entre as Nações Unidas e o Real Governo do Camboja relativo ao julgamento, nos da lei cambojana, dos crimes cometidos durante o período do Kampuchea Democrático (na sequência da assistência internacional fornecida para o estabelecimento de Câmaras Extraordinárias junto dos tribunais cambojanos para a prossecução de crime cometidos naquele período), cujo art. 9.º, ao referir os crimes da competência dessas câmaras, menciona explicitamente “o crime de genocídio *como definido na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948*” (itálico nosso).

² Acordo de Londres, de 8 de abril de 1945, par. 3.º preambular, cujo conteúdo é retomado no art. 1.º do mesmo documento.

³ Nesse sentido, veja-se o art. 6.º da Constituição do Tribunal Internacional Militar. Este documento, bem como o referido na nota anterior, pode ser encontrado em Maria de Assunção do Vale Pereira / Elisete Barbosa Moreira, *Textos de Tribunais Internacionais*, Braga, AEDUM, 2018, pp. 7-13.

⁴ A caracterização como genocídio surge, por exemplo, em Reynald Sécher, *Vendée. Du Génocide au mémoricide. Mécanique d'un crime légal*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2011.

que vão do genocídio arménio ao genocídio ruandês⁵, embora não concordemos com a qualificação de genocídio em relação a todos os casos referidos pelo autor⁶.

2. Afirmação internacional do crime de genocídio

Face à atuação da Alemanha nazi, houve a percepção de que se estava face a comportamentos de uma enorme gravidade, que iam além do que até então se tipificara como crime. Isto mesmo foi traduzido por Winston Churchill, em transmissão radiofónica de 24 de agosto de 1941, acerca de uma reunião havida com o Presidente Roosevelt. afirmou, então, na sequência de referências aos sofrimentos infligidos, em particular ao povo russo⁷: “desde as invasões mongóis da Europa no século XVI, nunca houve carnificina metódica, impiedosa em tão larga escala ou que se aproximasse de tão larga escala. *Estamos na presença de um crime sem nome*”⁸.

⁵ Veja-se Bernard Bruneteau, *O Século dos Genocídios*, Lisboa, Instituto Piaget, 2008.

⁶ É o caso do dito genocídio do Camboja. Como já tivemos oportunidade de escrever, “a ideia, bastante repetida, de que se verificou um genocídio no Camboja, sob o regime de Pol Pot, não encontra fundamento no direito internacional. Sem com isto pretendermos minimizar as hediondas e egrégias violações dos direitos do homem então ocorridas, parece claro que as mesmas não cabem no conceito jurídico-internacional de genocídio, uma vez que com elas não se visava a destruição, total ou parcial, de um grupo étnico, religioso, racial ou nacional, mas antes acabar com todos os que se opunham ao regime. Cremos que a confusão terminológica advém de uma lei cambojana, de 1979 (o decreto-lei n.º 1, de 15 de Julho), ao abrigo da qual o Tribunal Popular Revolucionário julgou, à revelia, Pol Pot. De acordo com ela, constituiriam genocídio o massacre planeado de pessoas inocentes; a evacuação forçada de pessoas das suas terras; a concentração de pessoas e sua condenação a trabalhos forçados, em condições física e moralmente esgotantes; a abolição da religião e a destruição das estruturas económicas e culturais, da família e das relações sociais”, o que não coincide com a noção internacionalmente afirmada de genocídio (Maria de Assunção do Vale Pereira, *A Intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 483-484). Também considerando não se ter verificado um genocídio naquele caso, mau grado os milhões de pessoas mortas ou sujeitas a graves sofrimentos, veja-se M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity. Historical evolution and contemporary application*, Cambridge / New York, Cambridge University Press, p. 254. Apesar disso, as Câmaras Extraordinárias do Tribunal do Camboja condenaram, em novembro de 2018, dois antigos líderes do regime Khmer Vermelho por crimes de genocídio cometidos contra o povo vietnamita e contra os muçulmanos cham.

⁷ Recorde-se que a União Soviética tinha sido invadida pelas tropas nazis em finais de junho de 1941.

⁸ Prime Minister Winston Churchill's Broadcast to the World about the Meeting with President Roosevelt, August 24, 1941, texto disponível em <http://www.ibiblio.org/pha/policy/1941/410824a.html> [19-03-2005] (italico nosso).

O esforço de tipificação deste *crime without a name* foi assumido por Raphael Lemkin, que lhe deu o nome – genocídio – e cujo trabalho foi também fundamental na definição dos contornos desse crime⁹.

Em finais de 1944, Lemkin publica a sua obra capital – *Axis Rule in Occupied Europe* –, cujo capítulo nuclear era o que tratava do genocídio, “um conceito novo, inventado por Lemkin, para se referir à ‘destruição de uma nação ou... um grupo étnico’. Ele contruiu o termo a partir da ‘palavra genos (raça, tribo) do grego antigo e da palavra latina cide (matança), correspondendo assim, na sua formação, a palavras como tiranicídio, homicídio, infanticídio, etc”¹⁰. E nessa obra começava a esboçar os contornos do crime, ao afirmar: “*De lege ferenda*, a definição de genocídio (...) deve consistir de duas partes essenciais: na primeira deve ser incluída toda a ação que infrinja a vida, liberdade, saúde, integridade física, subsistência económica e a honra da população quando cometida devido à sua pertença a um grupo nacional, religioso ou racial; e na segunda, toda a política destinada à destruição ou ao engrandecimento de um desses grupos em prejuízo ou detrimento de outro”¹¹.

Como se sabe, em 1945, foi criada a Organização das Nações Unidas, através da adoção do seu tratado constitutivo – a Carta das Nações Unidas (CNU) –. No contexto da época, em que estavam muito vivos os desmandos verificados durante a Segunda Guerra Mundial, a questão do genocídio aparecia como matéria premente para uma Organização que tem por fim principal “manter a paz e a segurança internacionais”, como se lê no art. 1.º, 1) daquele documento.

Atendendo a que, nos termos do art. 13.º, n.º 1, *a*) da CNU, a Assembleia Geral (AG) era encarregada de “incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação”, bem se percebe que a regulamentação do genocídio – a sua definição e criminalização – surgisse como questão a tratar com alguma premência.

⁹ Lemkin era um polaco, de origem judia, que fugiu do seu país natal para os Estados Unidos, onde chegou em abril de 1941, depois de uma longa e complicada viagem. Acerca dessa turbulenta viagem, veja-se o capítulo 2 (intitulado “Escape from Poland”) da obra de John Cooper, *Raphael Lemkin and the Struggle for the Genocide Convention*, New York, Palgrave MacMillan, 2008, pp. 26-39.

¹⁰ John Cooper, *Raphael Lemkin and the Struggle for the Genocide Convention*, *cit.*, pp. 56-57.

¹¹ Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, 1944, p. 93.

Tendo o processo de elaboração da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio sido bastante complexo, far-lhe-emos referência mencionando apenas alguns tópicos¹².

Assim, a AG vai, através da resolução 96 (I), de 11 de dezembro de 1946, “[e]ncarrega[r] o Conselho Económico e Social de levar a cabo os estudos necessários com vista a redigir um projeto de Convenção sobre o crime de genocídio (...)”. Diga-se que o Conselho Económico e Social vai devolver a questão ao Secretário-Geral para que, socorrendo-se do auxílio de peritos, elabore um primeiro projeto. Foi, então, elaborado um primeiro projeto no seio do Secretariado – sendo os peritos que colaboraram na sua redação Raphael Lemkin, Donnedieu de Vabres e Vespasian V. Pella –, que incluía um texto de 24 artigos, com comentários e ainda dois projetos de estatutos de um tribunal internacional criminal, no que se excedia o mandato conferido pela resolução 96 (I). Este projeto foi enviado para o Comité para o Desenvolvimento Progressivo do Direito Internacional e sua Codificação a 13 de junho de 1947, que considerou não ter condições para se pronunciar sobre ele por falta de comentários dos governos, apesar de a isso instados.

O projeto de Convenção acabou por regressar à Assembleia Geral, na sua sessão de 1947, enviado pelo Sexto Comité (Jurídico). Face à escassez de comentários recebidos, a AG convida o Conselho Económico e Social a prosseguir os seus trabalhos para a elaboração de um projeto de Convenção e a apresentá-lo na sua sessão do ano seguinte¹³. Este Conselho, no início de 1948, cria um Comité *ad hoc*, com apenas sete membros, para tratar da questão.

Finalmente, o projeto apresentado pelo Sexto Comité foi adotado como Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, por resolução da AG, na sua 3.ª sessão, a 9 de dezembro de 1948¹⁴.

Com a adoção desta Convenção consubstanciou-se, do ponto de vista jurídico, aquele que é visto como o “crime dos crimes”, como foi apelidado pelo

¹² Para maiores desenvolvimentos acerca desse processo, veja-se William A. Schabas. *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge, New York, 2003, pp. 51-80 ou ainda Hiram Abtahi / Philippa Webb, *The Genocide Convention. The Travaux Préparatoires*, Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

¹³ Cf. Resolução AG 180 (III), de 21 de novembro de 1947.

¹⁴ E com ela foram adotadas duas outras resoluções em matérias conexas: uma apelando à criação de um tribunal internacional penal e outra relativa à aplicação da Convenção aos territórios não-autónomos. Assim, a resolução que adotou a Convenção é a resolução 260 (III) – A, e as duas outras referidas são, respetivamente, as resoluções 260 (III) – B e 260 (III) – C.

Tribunal Penal para o Ruanda (TPIR)¹⁵. E, reforçando esta ideia, diga-se que as normas que proíbem o genocídio são incontestadamente qualificadas como de *jus cogens*, como é genericamente assumido pela doutrina¹⁶ e foi reconhecido pelo Tribunal Internacional da Justiça, apesar da parcimónia com que usa a expressão¹⁷.

Apesar disso, a primeira sentença proferida por um tribunal internacional condenando alguém pela prática do crime de genocídio só viria a ocorrer a 2 de setembro de 1998, quando uma Câmara de primeira instância do TPIR veio condenar Jean-Paul Akayesu pela prática de vários crimes, entre os quais o de genocídio¹⁸. Acontece que, dois dias depois, ou seja, a 4 de setembro de 1998, nos deparávamos com nova condenação por crime de genocídio, por esse mesmo Tribunal, agora de Jean Kambanda.

3. A tipificação do crime de genocídio

Como referimos, o conceito de crime de genocídio que surge no art. 6.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI) reproduz os termos em que ele está definido no art. 2.º da Convenção sobre o Crime de Genocídio¹⁹, o que acontece também com os principais textos de Direito Internacional que referem o instituto, evitando, assim discrepâncias de interpretação.

Vamos de seguida proceder ao apuramento dos elementos deste crime.

¹⁵ Como se lê na sentença proferida pela Câmara de primeira instância desse Tribunal, no caso *Prosecutor v. Jean Kambanda* (Caso ITR-97-23-S, Sentença proferida a 4 de setembro de 1998, par. 16). Aliás, esta qualificação do crime foi aproveitada por Willim A. Schabas para o título da sua monografia *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*, que teve a sua 1.ª edição em 2000.

¹⁶ Nesse sentido, Correia Baptista, depois de referir o carácter costumeiro da proibição do genocídio, afirma: “A sua posterior reafirmação como crime internacional individual (...) pela Assembleia Geral das Nações Unidas, pela Convenção de Prevenção e Repressão do Genocídio, de 1948, e pelos Estatutos dos Tribunais Internacionais para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda, mais não fez do que confirmar este seu carácter costumeiro e claramente *iuris cogentis*” (Eduardo Correia Baptista, *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lisboa, Lex, 1997, p. 406).

¹⁷ Veja-se a sentença proferida a 3 de fevereiro de 2006, no caso *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), p. 32, par. 64.

¹⁸ Condenação confirmada por sentença da Câmara de Recurso, a 1 de junho de 2001.

¹⁹ Embora o mesmo não se possa dizer em relação à versão oficial portuguesa dos dois textos, já que no art. 2.º da versão portuguesa da dita Convenção sobre o Crime de Genocídio – publicada no *Diário da República*, I Série-A, n.º 157, de 11 de julho de 1978 – se refere que este é constituído por “(...) os atos abaixo indicados, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, *tais como* (...)” em lugar de *enquanto tais*, em virtude de manifesto erro de tradução, corrigido na publicação do Estatuto do TPI.

3.1 Os grupos protegidos

Na obra de Lemkin referida, o autor afirmava ser seu objetivo, ao definir o crime de genocídio, proteger os indivíduos de atos que não eram dirigidos contra eles na sua individualidade, mas enquanto membros de determinado grupo. Nesse sentido, sustentou a elaboração de um tratado internacional que protegesse “grupos minoritários da opressão em razão da sua nacionalidade, religião ou raça”²⁰.

Na resolução 96(I), que constituiu o ponto de partida para a elaboração de uma Convenção sobre o crime de genocídio, referia-se que “os autores principais e seus cúmplices, sejam pessoas privadas, funcionários públicos ou homens do Estado, devem ser punidos, quer o crime seja praticado por motivos religiosos, raciais, políticos ou quaisquer outros”; e, num primeiro esboço da Convenção, surgiam como grupos protegidos, os “os grupos de seres humanos raciais, nacionais, linguísticos, religiosos ou políticos”²¹. Num segundo projeto caíam os grupos linguísticos, mantendo-se como grupos protegidos os grupos raciais, nacionais, religiosos ou políticos. Porém, quanto a estes últimos grupos verificou-se forte divisão, contestando-se a sua inclusão em virtude do seu caráter não permanente, bem como pelo facto de se fundar num conjunto de teorias conceituais, ao contrário dos demais grupos protegidos, fundados em laços afetivos ou de tradição²², embora Verhoven considere que, independentemente das justificações formuladas, a sua rejeição deveu-se “à vontade política de uma maioria de ver uma convenção sobre a prevenção e a repressão do crime de genocídio ratificada por Estados (socialistas) que a teriam rejeitado categoricamente se os grupos políticos tivessem sido visados na sua definição”²³.

O grupo que não figurava nestas versões iniciais era o grupo étnico. Todavia, logo em 1946, surge nas propostas das delegações de Cuba, Índia e Panamá e acaba por ser acolhido²⁴.

Do texto do art. 6.º do ETPI decorre que são quatro os grupos protegidos: grupo racial, grupo étnico, grupo nacional e grupo religioso. E a verdade é que não tem havido qualquer aceitação face a tentativas de incluir outros grupos como grupos protegidos; ou seja, “um alargamento desta proteção [estabelecida

²⁰ Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, cit., p. 93.

²¹ Veja-se UN Doc. E/447, de 1947.

²² Cf. Carola Lingaas, “Defining the Protected Groups of Genocide Through the Case Law of International Courts”, *ICD Brief* 18, December 2015, p. 1.

²³ Joe Verhoeven, “Le crime de génocide, originalité et ambiguïté”, *Revue Belge de Droit International*, 1991, p. 21.

²⁴ Cf. Hirad Abtahi, Philippa Webb, *The Genocide Convention. The Travaux Préparatoires*, cit., p. 3.

na Convenção] de modo incluir qualquer grupo criado pela imaginação do perpetrador tem sido consistentemente rejeitado”²⁵. Aliás, no primeiro julgamento por crime de genocídio por um tribunal internacional – o referido caso *Prosecutor c. Jean-Paul Akayesu* (doravante referido como caso Akayesu), julgado pelo Tribunal Internacional Penal para o Ruanda –, a Câmara de Primeira Instância, ao tentar apurar a existência de um grupo protegido, ponderou uma abordagem segundo a qual “o conceito de genocídio não deve ser apurado tendo apenas em conta os grupos discriminados no art. 2.º do Estatuto (grupo nacional, étnico, racial e religioso), mas deve estender-se a qualquer grupo estável e permanente, cujos membros o integram por nascimento”. Questiona, por conseguinte, se os grupos protegidos nos termos do art. 6.º do Estatuto se restringem aos quatro expressamente mencionados, “ou se se deve compreender entre eles qualquer grupo que, à semelhança dos ditos quatro grupos, é caracterizado pela sua estabilidade e pela sua permanência”²⁶. Todavia, este entendimento “não ficou sem crítica, censurando-se o alargamento do conceito para além dos seus termos explícitos, numa área do direito (o Direito Penal) em que rege o princípio *nullum crimen sine lege*. Além disso, segundo Rafaëlle Maison, “o reenvio à intenção dos autores da Convenção conduz a utilizar descrições de grupos humanos hoje cientificamente reprovados”²⁷. Aliás, durante as negociações do Estatuto do TPI, foram apresentadas propostas visando “alargar a definição de genocídio ‘para abranger grupos sociais e políticos’, com base na ideia de que ‘qualquer lacuna na definição devia ser preenchida.’ No entanto, houve uma fortíssima resistência contra a adulteração desta ‘definição abalizada... que é amplamente aceite pelos Estados’ e a definição existente de genocídio foi reafirmada no Estatuto do TPI”²⁸.

Por outro lado, um aspeto unânime na doutrina é o de que a pertença a um grupo decorre da verificação de determinadas características próprias desse grupo e não, por via negativa, da ausência de verificação de traços específicos de outro grupo.

²⁵ Carola Lingaas, “Defining the Protected Groups of Genocide Through the Case Law of International Courts”, *cit.*, p. 1.

²⁶ TPIR, *Prosecutor v. Akayesu* (Caso ITR-96-4-T), Sentença da Câmara de Primeira Instância, de 2 de setembro de 1998, pars. 516.

²⁷ Maria de Assunção do Vale Pereira, “Algumas considerações acerca da proteção da mulher no Direito Internacional Humanitário”, in *Estudos em Comemoração do Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra: Almedina, 2003, pp. 578-579, onde se inclui citação de Rafaëlle Maison, “Le crime de génocide dans les premiers jugements du Tribunal Pénal International pour le Rwanda”, *RGDIP*, 103/1999/1, p.137.

²⁸ Payam Akhavan, “The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence”, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, vol. 3, issue 4, pp. 998-999.

Como bem se percebe, não estamos face a grupos de contornos bem delimitados, o que “difícilmente surpreende (...) porque os conceitos de grupo racial, étnico e nacional são *a priori* imprecisos”, como refere Verhoven²⁹; além de que “o entendimento de raça, etnicidade, nacionalidade e religião mudou, em paralelo com os desenvolvimentos tecnológico, científico e sociológico”³⁰. Por outro lado, deve também ter-se em conta a interpretação que vem sendo feita da questão da pertença a um desses grupos pela jurisprudência internacional, dado que essa interpretação vem acentuando fundamentalmente a dimensão subjetiva dessa pertença; o mesmo é dizer que “[a] pertença ao grupo não é (...) determinada por meio de parâmetros objetivos duvidosos como a cor da pele, mas pela percepção do grupo como diferente”³¹, aspeto que se revela de forma clara se tivermos em conta a referida primeira sentença condenatória pela prática de genocídio. Então, o Tribunal Internacional para o Ruanda deparou-se com a necessidade de apurar o que deveria entender-se por cada um dos grupos protegidos. Nesse sentido, sustenta, com base na decisão proferida pelo TIJ no caso *Nottebohm*, que um grupo nacional é definido por “um conjunto de pessoas que consideram partilhar um vínculo jurídico fundado sobre uma cidadania comum, associada uma reciprocidade de direitos e deveres”³². Por seu lado, “[o] grupo étnico qualifica geralmente um grupo cujos membros partilham uma língua ou uma cultura comum”, enquanto “[a] definição clássica do grupo racial é fundada sobre traços físicos hereditários, frequentemente identificados com uma região geográfica, independentemente de fatores linguísticos, culturais, na-

²⁹ Joe Verhoeven, “Le crime de génocide, originalité et ambigüité”, *cit.*, p. 21.

³⁰ Carola Lingaas, “Defining the Protected Groups of Genocide Through the Case Law of International Courts”, *cit.*, p. 4.

³¹ Carola Lingaas, “Defining the Protected Groups of Genocide Through the Case Law of International Courts”, *cit.*, p. 1.

³² TPIR, *Prosecutor v. Akayesu* (Caso ITR-96-4-T), Sentença da Câmara de Primeira Instância, *cit.*, par. 512, que refere o caso *Nottebohm*, em que o TIJ considerou que a nacionalidade “é um vínculo jurídico que tem como base um facto social de apego, uma conexão genuína de existência, interesses e sentimentos, juntamente com a existência de direitos e deveres recíprocos” (*TIJ Rep. 1955, Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, p. 23). Refira-se que a tendência para uma subjetivação da avaliação da pertença a grupos, que referimos, não se manifesta nesta sentença do TIJ, em que está fundamentalmente em causa a existência de um vínculo de nacionalidade por via de naturalização e a pretensão de, com base nele, o Liechtenstein exercer a proteção diplomática em favor de Friedrich Nottebohm; ou seja, está em questão a existência de vínculos objetivos. Por isso, Lingaas considera que o Tribunal para o Ruanda “combinou critérios objetivo (abordagem *Nottebohm*) com subjetivos (percepção). (...) Referindo-se a *Nottebohm*, o TPIR aparentemente justapõe a nacionalidade à cidadania. Esta abordagem não é incontestada. Na verdade, existem discrepâncias no que diz respeito à definição de um grupo nacional, que oscila desde as minorias nacionais à cidadania e até mesmo à pátria como um conceito mais amplo” (Carola Lingaas, “Defining the Protected Groups of Genocide Through the Case Law of International Courts”, *cit.*, pp. 5-6).

cionais ou religiosos”. Por fim, “[o] grupo religioso é um grupo cujos membros partilham a mesma religião, confissão ou prática de culto”³³.

No referido caso Akayesu, o Tribunal vai ater-se sobretudo ao conceito de grupo étnico e, a propósito, conclui que “a população tutsi não possui a sua própria língua nem tem uma cultura diferente da do resto da população ruandesa”, o que levaria à conclusão de que não estaríamos face a grupos étnicos distintos, face ao conceito de grupo étnico apurado. Mas, na sentença em causa, o Tribunal continua, afirmando que “considera, no entanto, que há um certo número de fatores objetivos que fazem desse grupo uma entidade distinta”, com destaque para a obrigatoriedade, até 1994, de cada ruandês ter um documento de identidade em que figurava uma entrada para o ‘grupo étnico’ (hutu, tutsi ou twa³⁴); para o facto de as leis em vigor até àquela data – Constituição incluída – identificarem os ruandeses por referência ao ‘grupo étnico’ a que pertenciam (sendo certo que essas menções só desapareceram em consequência dos acordos de Arusha, celebrados em agosto de 1993 entre a entre o Governo do Ruanda e a Rwandan Patriotic Front); e ainda para o facto de existirem também regras de direito costumeiro que regulavam a pertença a cada um dos grupos, determinada pela ascendência paterna. O Tribunal constata que “as testemunhas ruandesas que depuseram perante si identificaram-se pelo seu grupo étnico e sabiam geralmente a que grupo étnico pertenciam os seus amigos e seus vizinhos. Além disso, os tutsis foram percebidos como formando um grupo étnico distinto por aqueles que os identificavam como alvo a abater”³⁵. Portanto, mais do que a existência de grupos étnicos objetivamente definidos, o Tribunal preocupa-se em apurar a existência de uma perceção subjetiva de grupos étnicos distintos.

E a verdade é que, como sustentou o Tribunal para a ex-Jugoslávia, “[t]entar definir, hoje, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso usando critérios objetivos e cientificamente irreprensíveis seria um exercício perigoso cujo resultado não corresponderia necessariamente à perceção das pessoas envolvidas por tal categorização”³⁶.

³³ TPIR, *Prosecutor v. Akayesu* (Caso ITR-96-4-T), Sentença da Câmara de Primeira Instância, *cit.*, pars. 513 a 516.

³⁴ Os twa são pigmeus, geralmente considerados os primeiros habitantes da região, que não se viram diretamente envolvidos no conflito que opôs hutus e tutsis, no Ruanda, em 1994.

³⁵ TPIR, *Prosecutor v. Akayesu* (Caso ITR-96-4-T), Sentença da Câmara de Primeira Instância, *cit.*, pars. 170-171.

³⁶ TPIex-J, *The Prosecutor v. Jelisić*, Case IT-95-10-A, Judgment (14 December 1999), para. 70.

3.2 Elementos objetivo e subjetivo do crime de genocídio

A nível do direito penal, é feita uma distinção entre o elemento material ou objetivo do comportamento criminoso e o seu elemento subjetivo; ou seja, para que alguém possa ser criminalmente condenado, não basta que se prove que praticou determinado ato (elemento objetivo ou *actus reu*), tornando-se ainda necessário apurar que agiu intencionalmente (elemento subjetivo ou *mens rea*), o que é frequentemente traduzido pela máxima latina *actus non facit reum nisi mens sit rea*.

No caso da noção de genocídio constante do art. 6.º do ETPI, esta exigência revela-se de uma forma particularmente evidente, atendendo a que, nessa disposição, aqueles dois requisitos surgem ‘fisicamente’ separados, se atentarmos em que a exigência do elemento subjetivo (*mens rea*), surge no corpo do artigo, ao passo que a enumeração dos comportamentos em que o crime se traduz aparece nas alíneas que integram a referida disposição. Passemos à sua análise.

3.2.1 Elemento objetivo (*actus reus*) do crime de genocídio

O elemento objetivo do crime de genocídio reporta-se aos comportamentos materiais (*actus reus*) em que o mesmo se traduz. Esses comportamentos estão enumerados de forma taxativa – “qualquer um dos actos que a seguir se enumeram” – no art. 6.º: *a*) Homicídio de membros do grupo; *b*) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; *c*) Sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial; *d*) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; *e*) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Tendo em conta os comportamentos enumerados, a doutrina considera que o genocídio pode revestir diferentes formas, nomeadamente física, biológica e cultural, reportando-se o genocídio físico aos comportamentos referidos nas três primeiras alíneas transcritas; o biológico, aos atos contemplados à quarta alínea; e o cultural aos que cabem na última das alíneas referidas³⁷. Diga-se, aliás, que já nos trabalhos preparatórios conducentes à adoção da Convenção, era referido que “o Professor Lemkin distingue o genocídio “físico” (destruição dos

³⁷ Logo no Comentário ao Projeto de Convenção apresentado pelo Secretário-Geral das Nações Unidas em junho de 1947 (*Secretariat Draft E/447*), era afirmado, sob o título *As três formas de genocídio*: “o Artigo I descreve as três formas de genocídio que o Prof. Lemkin designou por genocídio “físico”, “biológico” e “cultural”” (Hirad Abtahi, Philippa Webb, *The Genocide Convention. The Travaux Préparatoires*, cit., p. 232). No entanto, esta última forma de genocídio foi desde muito cedo contestada.

indivíduos), o genocídio “biológico” (obstáculo aos nascimentos), o genocídio “cultural” (destruição brutal das características específicas de um grupo)”³⁸.

O primeiro dos comportamentos referidos nas alíneas que integram o art. 6.º do ETPI é o “homicídio de membros do grupo”, o que supõe, de acordo com os *Elementos dos Crimes*³⁹, que “o perpetrador tenha matado uma ou mais pessoas”, tendo essa “conduta tido lugar no contexto de um padrão manifesto de conduta similar dirigida contra esse grupo ou tenha podido, por si mesma, causar essa destruição”⁴⁰, sendo certo que este último elemento figura em relação a todas as alíneas do art. 6.º. No já referido caso Akayesu, a Câmara de Primeira Instância do Tribunal Internacional para o Ruanda referiu que o texto desta disposição refere “meurtre” na versão francesa e “killing” na versão inglesa, entendendo que a noção de “killing”, da versão inglesa, “parece demasiado geral (...), pois poderia abranger tanto os homicídios intencionais como os homicídios não intencionais, enquanto que “meurtre”, na versão francesa, é mais preciso. Reconhece-se que *le meurtre* [o assassinato] é executado sempre que tenha sido intencionalmente provocada a morte (...)”⁴¹.

Na alínea *b*) do art. 6.º é referido, como *actus reus* do crime, “ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo”. Agora, os *Elementos do Crime* exigem que o perpetrador tenha causado ofensas graves à integridade física ou mental de uma ou mais pessoas, o que não traz grandes esclarecimentos quanto aos comportamentos que cabem nesta alínea, se bem que o referido documento contenha uma nota em que se esclarece que “esta conduta pode incluir, mas não se restringe necessariamente a, atos de tortura, violação, violência sexual ou tratamentos desumanos ou degradantes”.

A propósito da interpretação desta alínea, o TPIR faz apelo ao julgamento de Eichmann, em que o Tribunal do Distrito de Jerusalém considerou que podiam ser infligidas ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo “pela escravização, fome, deportação e perseguição (...) e pela sua detenção em guetos, campos de trânsito e campos de concentração em condições que fo-

³⁸ Hiram Abtahi, Philippa Webb, *The Genocide Convention. The Travaux Préparatoires*, cit., p. 79, que refere o doc. A/AC.10/41, de 6 de junho de 1947 (Projet de Convention concernant la Prévention et la Répression su Génocide et Commentaires y relatifs), em que esses três tipos de genocídio aparecem claramente identificados.

³⁹ *Elementos dos Crimes* é o título de um documento adotado pela Assembleia dos Estados Partes com vista a auxiliar o Tribunal a interpretar e a aplicar os artigos em que estão tipificados os crimes sobre os quais tem competência. Veja-se o art. 9.º do Estatuto do TPI.

⁴⁰ *Elementos dos Crimes*, art. 6.º *a*), Elementos 1 e 4. Obviamente, a referência a “esse grupo” reporta-se a um dos grupos protegidos (Elemento 2.), a que já nos referimos; e a “essa destruição” refere-se ao elemento subjetivo de que trataremos no ponto 3.3.

⁴¹ TPIR, *Prosecutor v. Akayesu* (Caso ITR-96-4-T), Sentença da Câmara de Primeira Instância, cit., par. 500 – itálico nosso.

ram concebidas para causar sua degradação, privação de seus direitos como seres humanos, e para os eliminar e causar-lhes sofrimentos desumanos e tortura”; e explicita que “entende como ofensas graves à integridade física ou mental, sem a isso se limitar, os atos de tortura, quer seja física quer seja mental, os tratamentos desumanos ou degradantes, a violação, as violências sexuais, a perseguição”⁴². A propósito da violação e violências sexuais, sustenta que “constituem indubitavelmente atentados graves contra a integridade física e mental das vítimas e são mesmo (...) um dos piores meios de atentar contra a integridade da vítima, uma vez que esta é duplamente atacada: na sua integridade física e na sua integridade mental”⁴³; e que esses atos “eram exclusivamente dirigidos contra mulheres tutsis, que foram, em grande número, sujeitas às piores humilhações, mutiladas e violadas, frequentemente repetidas vezes, frequentemente em público, nas instalações do Bureau Comunal ou noutros locais públicos, e muitas vezes por mais de um agressor. Estas violações tiveram por efeito anular física e psicologicamente as mulheres tutsis, suas famílias e sua comunidade. A violência sexual fazia parte integrante do processo de destruição particularmente dirigida contra as mulheres tutsis, tendo contribuído especificamente para a sua anulação e a do grupo tutsi enquanto tal”⁴⁴.

Por fim, esclarece que “uma ofensa grave à integridade física ou mental de membros do grupo não necessita que o dano seja permanente e irremediável”⁴⁵.

A alínea *c*) refere, como comportamentos que podem integrar crime de genocídio, a “sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial”. Socorrendo-nos, uma vez mais, dos Elementos dos Crimes para apurar o sentido da expressão referida, encontramos explicitado que “as condições de vida eram calculadas para conduzir à destruição física desse grupo, no todo ou em parte”, o que, convenhamos, não esclarece grande coisa. Uma vez mais, será uma nota que acresce a esse elemento a lançar algum aluz sobre o conteúdo daqueles termos ao sustentar que “a expressão “condições de vida” pode incluir, mas não se limita necessariamente a, privação deliberada de recursos indispensáveis à sobrevivência, tais como alimentos ou serviços médicos, ou expulsão sistemática das suas casas”.

⁴² TPIR, *Prosecutor v. Akayesu* (Caso ITR-96-4-T), Sentença da Câmara de Primeira Instância, *cit.*, pars. 503 e 504.

⁴³ TPIR, *Prosecutor v. Akayesu* (Caso ITR-96-4-T), Sentença da Câmara de Primeira Instância, *cit.*, par. 731.

⁴⁴ TPIR, *Prosecutor v. Akayesu* (Caso ITR-96-4-T), Sentença da Câmara de Primeira Instância, *cit.*, par. 731.

⁴⁵ TPIR, *Prosecutor v. Akayesu* (Caso ITR-96-4-T), Sentença da Câmara de Primeira Instância, *cit.*, par. 502.

Socorrendo-nos da jurisprudência internacional, encontramos o Tribunal para o Ruanda a explicitar que “considera que, pelos termos sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial, deve entender-se meios de destruição pelos quais o autor não procura necessariamente matar imediatamente os membros do grupo, mas, a prazo, visa a sua destruição física”⁴⁶. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPIex-J) esclarece que “não é suficiente deportar um grupo ou uma parte de um grupo. Deve ser traçada uma clara distinção entre a destruição física e mera dissolução de um grupo. A expulsão de um grupo ou de parte de um grupo não é, em si, suficiente para genocídio. Como Krefß afirmou, “[i]sto é verdade mesmo se a expulsão pode ser caracterizada como uma tendência para a dissolução do grupo, sob a forma da sua fragmentação ou assimilação. Isto é assim porque a dissolução do grupo não deve ser equiparada à destruição física”. Neste contexto, a Câmara recorda que uma proposta da Síria no Sexto Comité no sentido de incluir “[i]mpor medidas visando obrigar os membros do grupo a abandonar os seus lares com vista a escapar da ameaça de subsequentes maus tratos” como um parágrafo diferenciado do art. 2.º da Convenção sobre o Genocídio foi rejeitada por vinte e nove votos contra cinco, com oito abstenções”⁴⁷.

Por seu lado, a alínea *d*) define como comportamento em que se pode traduzir o elemento material do genocídio a “imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo”. Também aqui, os *Elementos dos Crimes* não dão grande auxílio quanto à determinação das atuações que nesta alínea podem caber, na medida em que o Elemento 4 a ela relativo se limita a estabelecer que “[a]s medidas impostas visavam impedir nascimentos no seio desse grupo”. A verdade é que desde os debates dos primeiros projetos da Convenção sobre o Genocídio se considerou que se incluiria nesta designação a esterilização forçada e/ou o aborto forçado; a segregação de sexos; e os obstáculos ao casamento⁴⁸. E que estes comportamentos cabem na previsão da alínea em causa não tem sofrido contestação. No entanto, já em 1960, Robinson sustentava que “[a] medida imposta não tem de ser a ação clássica de esterilização; a separação de sexos, a proibição de casamentos e *similares* são medidas igualmente restritivas e produzem os mesmos resultados”⁴⁹.

⁴⁶ TPIR, Caso *Prosecutor v. Akayesu* (Caso ITR-96-4-T), Sentença da Câmara de Primeira Instância, *cit.*, par. 505.

⁴⁷ TPIex-J, *The Prosecutor v. Stakić* (Case IT-97-24-T), Judgment, 31 July 2003, par. 519.

⁴⁸ Cf. William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge, New York, 2003, p. 172.

⁴⁹ Nehemiah Robinson, *The Genocide Convention: A Commentary*, New York: Institute of Jewish Affairs, 1960”, p. 64 (itálico nosso).

A verdade é, antes do TPI, os Tribunais *ad hoc* criados nos anos 90 depararam-se com problemas de interpretação desta disposição, no sentido de apurar se determinado comportamento, que não um dos tradicionalmente elencados, poderia caber nesta disposição. Essa situação verificou-se logo no já referido caso Akayesu, em que o Tribunal Internacional para o Ruanda teve de se pronunciar acerca da possibilidade de a violação consubstanciar um crime de genocídio⁵⁰. Para além de ter de começar por definir em que consiste a violação⁵¹, o Tribunal considera que, nos termos da alínea em análise, “a expressão ‘medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo’ compreende necessariamente a mutilação sexual, a prática da esterilização, a utilização forçada de meios contraceptivos, a separação de sexos, a interdição de casamentos”. Mas vai mais longe, ao afirmar: “No contexto de sociedades patriarcais, em que a pertença ao grupo é determinada pela identidade do pai, um exemplo de medida destinada a impedir nascimentos no seio de um grupo é o caso em que, durante uma violação, uma mulher do referido grupo é deliberadamente engravidada por um homem de um outro grupo, com a intenção de levar ao nascimento de uma criança que não pertencerá ao grupo da sua mãe”⁵². E não se ficou por aqui, referindo ainda considerar que não se pode limitar o âmbito desta disposição a medidas de carácter físico, mas ela deve também abranger medidas psicológicas. Assim, a título de exemplo, considera que podem ser aqui inseridos casos de “violação (...) se a pessoa violada se recusa posteriormente a procriar, assim

⁵⁰ Diga-se, no entanto, que a violação só surge, neste caso, na acusação corrigida pois, na primeira versão, a violação não constava das acusações formuladas contra Akayesu. O facto de “testemunhas terem atestado violências sexuais, da pressão da Juíza Pillay, a única mulher na Câmara do Tribunal, e de grupos de direitos humanos resultou em investigações subsequentes e numa acusação emendada” (DIANE MARIE AMANN, “International Decisions. Prosecutor v. Akayesu”, *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, p. 196). Como refere Askin, “a sua presença [de mulheres] na tomada de decisões representa um avanço mundial sobre o papel tradicionalmente minimizado da mulher e o seu estatuto em organizações, incluindo anteriores tribunais internacionais de crimes de guerra” (KELLY D. ASKIN, “Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current Status”, *AJIL*, 1999, vol. 93, p. 98).

⁵¹ Veja-se o conceito apurado e as alterações que lhe foram introduzidas pela jurisprudência sucessiva desses tribunais em Maria de Assunção do Vale Pereira, “A violência sexual em conflitos armados”, *O Direito Internacional e o uso da força no século XXI*, Maria Luísa Duarte e Rui Tavares Lanceiro (coords.), Lisboa, AAFDL, pp. 430-431 e 434-436.

⁵² TPIR, *Prosecutor v. Akayesu* (Caso ITR-96-4-T), Sentença da Câmara de Primeira Instância, *cit.*, par. 507.

como casos em que os membros de um grupo podem ser levados, através de ameaças ou traumatismos infligidos, a não mais procriar”⁵³.

Segundo Schabas, “estes entendimentos podem parecer exagerados porque não é realista e talvez seja absurdo acreditar que um grupo possa ser destruído no todo ou em parte por violação ou crimes similares”. No entanto, há que ter em conta, como o autor afirma, que a alínea a que nos estamos a referir “não exige que as medidas para limitar os nascimentos sejam ‘calculadas’ para provocar a destruição do grupo no todo ou em parte, mas apenas que visem impedir os nascimentos no seio do grupo”⁵⁴; e, nesse sentido, faz apelo ao julgamento de Eichmann. Na verdade, Eichmann foi acusado de “conceber medidas com vista que impedir a gestação de crianças entre os judeus”; e, sendo certo que o Tribunal não considerou provado o seu envolvimento na imposição de medidas desse tipo, não deixou de o condenar por ter concebido “medidas cujo propósito era impedir a gestação de crianças entre os judeus, através das suas instruções proibindo nascimento e determinando a interrupção da gravidez das mulheres judias no gueto Terezin com a intenção de exterminar o povo judeu”⁵⁵.

Por seu lado, o Tribunal Internacional Penal para a ex-Jugoslávia reconheceu, também ele, que “a violação sistemática de mulheres ... é em alguns casos dirigida a transmitir uma nova identidade étnica à criança”⁵⁶.

Por fim, a alínea e) – que consubstancia, na economia desta disposição, o que tem sido visto como genocídio cultural –, refere a “transferência forçada de menores do grupo para outro grupo” que, nas palavras de Schabas, “foi acrescentada à Convenção quase como uma consideração *a posteriori*, com um escasso debate substantivo ou ponderação. A disposição é enigmática porque os redatores rejeitaram claramente o conceito de genocídio cultural”⁵⁷. A verdade é que, dos três peritos que intervieram na redação da Convenção, só Lemkin entendia que a mesma devia integrar o genocídio cultural, sustentando Donnedieu de Va-

⁵³ TPIR, *Prosecutor v. Akayesu* (Caso ITR-96-4-T), Sentença da Câmara de Primeira Instância, *cit.*, par. 508. Foi provado que Akayesu incitou à prática de violação de mulheres tutsi pelos membros da Interhamwe e foi condenado por violação enquanto crime de genocídio, reconhecendo-se que aqueles que não perpetraram materialmente o ato (no caso, a violação) podem por ele ser individualmente responsáveis por esse crime se ajudaram e/ou instigaram à sua prática, como decorria da al. c) do n.º 3 do art. 2.º e do n.º 1 do art. 6.º do Estatuto do TPIR e resulta também do art. 25.º do ETPI.

⁵⁴ William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes f Crimes*, Cambridge, *cit.*, p. 174.

⁵⁵ A-G Israel v. Eichmann, District Court, Jerusalem, Criminal Case No. 40/61, Judgment, 1 December 1961, texto disponível em http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Israel/Eichmann_Judgement_11-12-1961.pdf [20/06/2015].

⁵⁶ TPI ex-J, *Prosecutor v. Karadzic and Mladic* (Case Nos. IT-95-5-R61, IT-95-18-R61), Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11 July 1996, para. 93.

⁵⁷ William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, *cit.*, p. 175.

bres e Pella que se tratava de “uma extensão indevida do conceito de genocídio”. Lemkin, por seu lado, considerava que “um grupo racial, nacional ou religioso não poderia continuar a existir, a não ser que preservasse o seu espírito e unidade moral. Um tal direito à existência do grupo é justificado não apenas do ponto de vista moral, mas também do ponto de vista do valor do contributo desse grupo para a civilização em geral”⁵⁸. E entendia que o genocídio cultural como “uma política que, por métodos drásticos, visava o rápido e completo desaparecimento da vida cultural, moral e religiosa de um grupo de seres humanos”⁵⁹.

A verdade é que “presumivelmente, quando as crianças são transferidas de um grupo para outro, a sua identidade cultural pode perder-se. Serão criados no seio de outro grupo, falando a sua língua, participando da sua cultura, e praticando a sua religião”⁶⁰.

Obviamente, o teor da disposição suscitou logicamente a questão de se tratar de uma dimensão de genocídio cultural, apesar da rejeição generalizada da sua integração na Convenção. Por outro lado, a verdade é que o conceito de genocídio cultural integra comportamentos que vão muito além do disposto na alínea e) do art. 6.º do ETPI. Nesse sentido, atente-se em que, segundo Davison, o genocídio cultural se traduz no “enfraquecimento intencional e a destruição final de valores culturais e práticas de exogrupos temidos. O objetivo do genocídio cultural pode ser debilitar o grupo inimigo ou pode ser enfraquecer gravemente a cultura do inimigo como parte de um programa para minar a resistência efetiva à conquista ou domínio”⁶¹.

Além destas questões, esta disposição coloca ainda alguns problemas de interpretação, o primeiro dos quais se prende com o entendimento de

⁵⁸ Hiram Abtahi, Philippa Webb, *The Genocide Convention. The Travaux Préparatoires*, cit., p. 234

⁵⁹ Hiram Abtahi, Philippa Webb, *The Genocide Convention. The Travaux Préparatoires*, cit., p. 235. Diga-se, aliás, que as citações constantes do texto se referem aos comentários ao já referido projeto de Convenção apresentado pelo Secretário-Geral, em que o genocídio cultural aparecia corporizado não só numa alínea equivalente à atual alínea e) do art. 6.º do ETPI, mas ainda em comportamentos que se traduziam em “*exílio forçado e sistemático de indivíduos que representam a cultura do grupo*”, “*proibição do uso da língua nacional mesmo nos relacionamentos privados*” (o que incluía a língua usada em casa e na correspondência), “*destruição sistemática de livros impressos na língua nacional, ou de trabalhos religiosos ou proibição de novas publicações*” e ainda “*destruição sistemática de monumentos históricos ou religiosos ou o seu desvio para usos diferentes, destruição ou dispersão de documentos e objetos de valor artístico ou religioso e de objetos usados no culto religioso*” (*ibid.*, pp. 235-236).

⁶⁰ William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, cit., p. 176.

⁶¹ Lawrence Davison, *Cultural Genocide*, New Brunswick / New Jersey / London, Rutgers University Press, 2012, pp. 18-19.

“criança”⁶². Sendo certo que os Elementos dos Crimes referem, como tal, as pessoas com idade inferior a 18 anos – no que segue o que, em termos gerais, é estabelecido no art. 1.º da Convenção sobre os Direitos da Criança (embora neste documento se salguarde a possibilidade de a maioridade poder ser atingida mais cedo segundo a lei aplicável)⁶³ –, parece que os objetivos próprios do genocídio serão gorados se se fizer a transferência com crianças com idades mais próximas da idade adulta. Facilmente se percebe que este processo não tem os mesmos resultados em relação a todas as idades abrangidas pelo termo “criança”. Certamente os objetivos da atuação em causa (que os visados percam a sua identidade cultural de origem e assimilem a identidade cultural do grupo para que são transferidos) poderão ser plenamente atingidos em relação a recém-nascidos e crianças de tenra idade, mas já não com crianças de mais idade que não vão perder completamente a sua identidade cultural de origem.

Por outro lado, também a interpretação da expressão “transferência forçada” pode suscitar dúvidas. A este propósito, já o TPIR afirmara, no caso *Akayesu* que “não se trata apenas de punir um ato direto de transferência forçada fisicamente, mas também de punir os atos de ameaças ou traumatismos infligidos que conduzam a forçar a transferência de crianças de um grupo para outro grupo”⁶⁴. No âmbito dos Elementos dos Crimes, é referido: “1. O perpetrador transferiu à força uma ou mais pessoas”, o que, por si, não traz grandes esclarecimentos. No entanto, foi acrescentada uma nota em que se explicita que “a expressão “à força” não se restringe à força física, mas pode incluir ameaça de força ou coerção, tal como a causada pelo medo da violência, pressão, detenção, opressão psicológica ou abuso de poder contra tal pessoa ou tais pessoas ou outra pessoa, ou pelo aproveitamento de um ambiente coercivo”⁶⁵.

Apesar de todas as dúvidas, a verdade é que “a transferência forçada de crianças poderá ter consequências particularmente sérias para a viabilidade futura do grupo enquanto tal”, como referiu a Comissão de Direito Internacio-

⁶² Nos textos autênticos do Estatuto do TPI, que usam o alfabeto latino, são usados termos que se traduzem por “crianças” e não por “menores”, como figura na versão oficial portuguesa. Assim, o texto desta alínea, em inglês, é “[f]orcibly transferring children of the group to another group”; em francês é “[t]ransfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe; e em espanhol é “[t]raslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

⁶³ Dispõe o referido art. 1.º: “Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

⁶⁴ TPIR, *Prosecutor v. Akayesu* (Caso ITR-96-4-T), Sentença da Câmara de Primeira Instância, *cit.*, par. 509.

⁶⁵ Acerca dos comportamentos genocidas que cabem nesta alínea *e*), veja-se Miguel Salgueiro Meira, “Transferência forçada de crianças de um grupo para outro grupo – um acto de genocídio cultural punível pela Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio das Nações Unidas”, *RDeS – Revista de Direito e Segurança*, n.º 10, 2017, pp. 171-195.

nal, em comentário ao artigo sobre o genocídio constante do seu ‘Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind’⁶⁶.

3.2.2 Elemento subjetivo (*mens rea*) do crime de genocídio

Como resulta do conceito de genocídio inscrito no art. 6.º do ETPI, para a verificação deste crime é necessário que se apure a existência de um *dolus specialis*, que o distingue de outros crimes. Ou seja, como foi dito pelo Tribunal Penal Internacional para o Ruanda, “[o] crime de genocídio é único devido ao seu elemento de *dolus specialis* (intenção especial) que exige que o crime seja cometido com a intenção de “destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal”⁶⁷.

Como explicou o TPlex-J, “[o] genocídio é um crime único em que é colocado especial ênfase na intenção específica. O crime é, de facto, caracterizado e distinguido por um “surplus” de intenção. Os atos proscritos no art. 4.º, n.º 2, alíneas *a*) a *e*) do Estatuto⁶⁸ são elevados a genocídio quando provado que o perpetrador não apenas quis cometer esses atos, mas também pretendeu destruir o grupo alvo no todo ou em parte como uma entidade separada e distinta. O nível desta intenção é o *dolus specialis* ou a “intenção específica”, termos que podem ser usados indistintamente⁶⁹. Portanto, “a vítima é escolhida, não em virtude da sua identidade individual, mas antes em razão de ser um membro de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”⁷⁰. Ou, como a AG afirmou, logo no primeiro ano do seu funcionamento, “[o] genocídio é a recusa do direito à existência de grupos humanos, tal como o homicídio é a recusa do direito à existência de um indivíduo; uma tal recusa choca a consciência humana, inflige grandes perdas à humanidade, que se encontra assim privada dos contributos culturais ou outros desses grupos e é contrário à lei moral bem como ao espírito e fins das Nações Unidas”⁷¹.

Portanto, o que se exige é que o perpetrador do crime tenha claramente procurado provocar o resultado visado no artigo que define o crime; seja tenha atuado com o dolo especial do crime de genocídio, que reside na “intenção de

⁶⁶ *Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Eighth Session*, 1996, p. 46.

⁶⁷ TPIR, caso *Prosecutor v. Jean Kambanda* (Caso ITR-97-23-S), Sentença da Câmara de Primeira Instância, de 4 de setembro de 1998, par. 16.

⁶⁸ Esta numeração refere-se ao Estatuto do TPlex-J e os comportamentos aí referidos corresponde aos enumerados nas mesmas alíneas do art. 6.º do ETPI.

⁶⁹ TPlex-J, *The Prosecutor v. Stakić* (Case IT-97-24-T), Judgment, 31 July 2003, par. 520.

⁷⁰ TPIR, *The Prosecutor v. Musema*, (Case No. ICTR- 96-13-A), Judgment, 27 January 2000, para. 165.

⁷¹ Resolução AG 96 (I), de 11 de dezembro de 1946.

destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal”.

Assim, o grupo alvo deve ser visado “enquanto tal”. Ora, como o TPIex-J teve oportunidade de explicar, “o grupo deve ser visado devido às suas peculiares características, e a intenção específica deve ser a de destruir o grupo enquanto entidade separada e distinta. Como a Câmara de Primeira Instância sublinhou, no caso *Sikirica*: Enquanto são os indivíduos que constituem as vítimas da maioria dos crimes, a vítima do genocídio é o grupo, embora a sua destruição exija necessariamente a comissão de crimes contra os seus membros, ou seja, contra indivíduos pertencentes a esse grupo”⁷².

Por outro lado, a intenção de destruição pode ser dirigida a um grupo apenas “em parte”. Sobre o que atender em relação a esta expressão, o TPIR sustentou que “não existe um patamar numérico de vítimas para estabelecer um genocídio (...). A intenção de destruir deve ser, pelo menos, de destruir uma parte substancial do grupo”⁷³. Desenvolvendo a questão, o TPIex-J veio considerar que “a intenção de destruir um grupo, ainda que apenas em parte, significa procurar destruir uma parte distinta do grupo por oposição a uma acumulação de indivíduos isolados que o integram. Embora os perpetradores do genocídio não tenham de procurar destruir a totalidade do grupo protegido pela Convenção, eles devem ver a parte do grupo que querem destruir como uma entidade distinta, que deve ser eliminada enquanto tal. Uma campanha que resulte na morte, em diferentes locais espalhados por uma ampla área geográfica, de um número limitado de membros de um grupo protegido pode não ser, portanto, qualificado como genocídio, apesar do elevado número de baixas, porque não revelaria uma intenção, pelos perpetradores, de atingir a própria existência do grupo enquanto tal. Inversamente, o homicídio de todos os membros ou de parte de um grupo localizada numa pequena área geográfica, apesar de resultar num número menor de vítimas, seria considerado como genocídio se realizado com a intenção de destruir essa parte do grupo enquanto tal, localizada nessa pequena área geográfica”⁷⁴.

Um outro aspeto que, a propósito deste elemento, tem causado alguma dificuldade de interpretação prende-se com o apuramento da ‘intenção’ de quem alegadamente comete genocídio, atendendo a que a intenção tem dimensão essencialmente interior, psicológica, que se afirma no processo de decisão, o que colocaria entraves ao apuramento da sua verificação. Esta questão foi colocada logo no primeiro caso em que um Tribunal internacional – no caso, o Tribunal

⁷² TPIex-J, *The Prosecutor v. Stakić* (Case IT-97-24-T), Judgment, 31 July 2003, par. 521.

⁷³ TPIR, *Prosecutor v Laurent Semanza* (Case No. ICTR-97-20-T), Judgment and Sentence, 15 May 2003, para. 316.

⁷⁴ TPIex-J, *The Prosecutor v. Krstić* (Case No.: IT-98-33-T), Judgment. 2 August 2001, par. 590.

Penal Internacional para o Ruanda – teve de lidar com a verificação de um crime de genocídio, tendo essa pronúncia sido secundada por esse mesmo tribunal noutros casos, bem como pelo Tribunal para a ex-Jugoslávia. No caso Akayesu, a Câmara de Primeira Instância do TPIR afirmou: “Tratando-se da questão de saber como determinar a intenção específica do agente, a Câmara considera que a intenção é um fator de ordem psicológica que é difícil, ou mesmo impossível, de apreender. É a razão pela qual, na falta de confissão por parte de um acusado, a sua intenção se pode deduzir de um certo número de factos. Por exemplo, a Câmara considera que é possível deduzir a prevalência da intenção genocidária na comissão de um particular ato do contexto dos atos e propósitos do acusado, ou ainda no contexto geral de perpetração de outros atos repreensíveis, sistematicamente dirigidos contra o mesmo grupo, quer esses outros atos sejam cometidos pelo mesmo agente quer por outros agentes. Outros fatores, tais como a escala das atrocidades cometidas, o seu caráter geral, numa região ou num país, ou ainda o facto de deliberada e sistematicamente as vítimas serem escolhidas em razão da sua pertença a um grupo particular, excluindo os membros de outros grupos, pode igualmente permitir à Câmara deduzir uma intenção genocidária”⁷⁵.

Como decorre desta pronúncia, há uma objetivação do elemento subjetivo, permitindo que ele seja deduzido dos comportamentos levados a cabo. Em consonância, a Câmara deste Tribunal condenou Akayesu pela prática do crime de genocídio⁷⁶, afirmando *inter alia* que resulta dos testemunhos apresentados perante o Tribunal, sobretudo do do próprio acusado que “são os Tutsi, enquanto membros do grupo que formavam no contexto da época, que eram visados durante esses massacres”⁷⁷. Mesmo reconhecendo que também existiram vítimas hutus, “eles foram mortos, não por serem Hutu, mas simplesmente porque foram considerados, por uma ou outra razão, como tendo tomado o partido dos Tutsi”⁷⁸.

⁷⁵ TPIR, *Prosecutor v. Akayesu* (Caso ITR-96-4-T), Sentença da Câmara de Primeira Instância, *cit.*, par. 523.

⁷⁶ Incluindo pelo crime de violação como ato de genocídio, sendo certo que Akayesu não foi acusado de violar ninguém. Mas foi provado que Akayesu incitou à prática de violação de mulheres tutsi pelos membros da Interhamwe e foi condenado por violação enquanto crime de genocídio, reconhecendo-se que aqueles que não perpetraram materialmente o ato (no caso, a violação) podem por ele ser individualmente responsáveis por esse crime se ajudaram e/ou instigaram à sua prática, como decorria da al. c) do n.º 3 do art. 2.º e do n.º 1 do art. 6.º do Estatuto do TPIR e resulta também do art. 25.º do ETPI.

⁷⁷ TPIR, *Prosecutor v. Akayesu* (Caso ITR-96-4-T), Sentença da Câmara de Primeira Instância, *cit.*, par. 122.

⁷⁸ TPIR, *Prosecutor v. Akayesu* (Caso ITR-96-4-T), Sentença da Câmara de Primeira Instância, *cit.*, par. 122, nota 57.

4. Haverá interesse em manter o crime de genocídio como crime autónomo?

É sabido que alguns autores vêm defendendo que não faz sentido a manutenção do genocídio como crime autónomo, tendo em conta que os comportamentos em que o mesmo se traduz se encontram também tipificados como crimes contra a humanidade, desde que cometidos no contexto de um ataque geral ou sistemático contra uma população civil, havendo conhecimento desse ataque. Condição que genericamente se verificaria quando ocorrem crimes de genocídio. Ou seja, deixaria de fazer sentido manter o genocídio como crime autónomo, uma vez que seria ‘absorvido’ pelos crimes contra a humanidade.

Sem prejuízo da validade dos argumentos aduzidos, por nós, cremos que eliminar o crime de genocídio se traduziria num prejuízo quer para o Direito Internacional, quer para a comunidade internacional. Desde logo porque se perderia uma dimensão psicológica fundamental que faz com que o genocídio seja considerado, como referido, “o crime dos crimes”. E essa dimensão tem um impacto fundamental na forma como a comunidade e a sociedade internacionais avaliam e, em consequência, reagem perante comportamentos qualificáveis como genocídio.

Aliás, este aspeto ficou bem patente aquando do genocídio verificado no Ruanda, em 1994. Face ao desenrolar dos acontecimentos, verificou-se, por parte de alguns Estados, um esforço para evitar a divulgação da palavra ‘genocídio’. A verdade é que não havia Estados disponíveis para intervir no Ruanda e a comunidade internacional passaria uma fraca imagem de inação numa situação em que se reconhecesse estar a ser perpetrado um genocídio maciço. Portanto, calou-se a palavra ‘genocídio’ e as informações que vinham do terreno. Em consequência, “vários dos membros não permanentes do Conselho de Segurança, e, ao que parece, também o Reino Unido (ao menos numa fase inicial), vieram posteriormente denunciar não estarem plenamente informados da situação realmente vivida no Ruanda. Queixaram-se, nomeadamente, de não terem tido acesso ao relatório de Dallaire [que liderava a UNAMIR – United Nations Assistance Mission for Rwanda]. Segundo a então Presidente do Conselho de Segurança (da Austrália), se os membros não permanentes tivessem tido conhecimento do alerta de genocídio, o Conselho poderia ter agido de forma bem diferente”⁷⁹.

No mesmo sentido, recorde-se a reação da Turquia face à aprovação pelo o Parlamento alemão, praticamente por unanimidade (verificou-se apenas um voto contra e uma abstenção), de uma resolução, a 2 de junho de 2016, que qualificava o massacre de arménios, em 1915, pelas forças otomanas como

⁷⁹ Maria de Assunção do Vale Pereira, *A Intervenção Humanitária no Direito Internacional*, cit., p. 679, n. 940.

genocídio. A proposta partiu do Partido Os Verdes que apresentou um texto intitulado “Lembrança e comemoração do genocídio de arménios e outras minorias cristãs há 101 anos”, onde se lia: “O destino dos arménios é exemplar na História dos extermínios em massa, das limpezas étnicas, das deportações e, sim, do genocídio, que marcou de forma terrível o século XX”. A votação já havia sido adiada por mais de uma vez precisamente pelo impacto que poderia ter nas relações germano-turcas. A verdade é que, apesar desse genocídio já ter sido reconhecido por vários países dos continentes europeu e americano, a Turquia continua a negar veemente esta qualificação dos factos, que considera “um erro histórico”, sustentando que as centenas de milhares vítimas que reconhecem (300 a 600 mil contra 1.500.000 de que falam os arménios⁸⁰, no que são secundados por vários historiadores⁸¹) foram “apenas” consequência de uma guerra civil. A verdade é que, face à aprovação da referida resolução, Ancara mandou chamar, de imediato, o seu embaixador em Berlim e gerou-se uma situação de tensão entre os dois países⁸².

Estes dois exemplos revelam o forte impacto negativo da qualificação de atuações como “genocídio” gera reações na comunidade internacional, o que constitui uma mais-valia no combate a este tipo de crimes; e que se perderia se deixassem de ter autonomia face a outros crimes.

⁸⁰ Nesse sentido, Bernard Bruneteau, *O Século dos Genocídios*, *cit.*, p. 74.

⁸¹ Francisca Gorjão Henriques, “Alemanha agrava relações com Turquia ao reconhecer o genocídio arménio”, *Público*, 2 de junho de 2016, disponível em <https://www.publico.pt/2016/06/02/mundo/noticia/turquia-avisa-alemanha-que-voto-sobre-genocidio-armenio-e-irracional-1733822> [02-06-2016].

⁸² Francisca Gorjão Henriques, “Alemanha agrava relações com Turquia ao reconhecer o genocídio arménio”, *cit.*

CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Mário Ferreira Monte

Artigo 7.º

Crimes contra a Humanidade

1 - Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por «crime contra a Humanidade» qualquer um dos actos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a. Homicídio;
- b. Extermínio;
- c. Escravidão;
- d. Deportação ou transferência à força de uma população;
- e. Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais do direito internacional;
- f. Tortura;
- g. Violação, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h. Perseguição de um grupo ou colectividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de sexo, tal como definido no n.º 3, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis em direito inter-

nacional, relacionados com qualquer acto referido neste número ou com qualquer crime da competência do Tribunal;

- i. Desaparecimento forçado de pessoas;
- j. Crime de apartheid;
- k. Outros actos desumanos de carácter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento, ferimentos graves ou afectem a saúde mental ou física.

2 - Para efeitos do n.º 1:

- a. Por «ataque contra uma população civil» entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de actos referidos no n.º 1 contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses actos ou tendo em vista a prossecução dessa política;
- b. O «extermínio» compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;
- c. Por «escravidão» entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;
- d. Por «deportação ou transferência à força de uma população» entende-se a deslocação coactiva de pessoas através da expulsão ou de outro acto coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido em direito internacional;
- e. Por «tortura» entende-se o acto por meio do qual uma dor ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controlo do arguido; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas acidentalmente;
- f. Por «gravidez à força» entende-se a privação de liberdade ilegal de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo al-

gum, ser interpretada como afectando as disposições de direito interno relativas à gravidez;

- g. Por «perseguição» entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da colectividade em causa;
- h. Por «crime de apartheid» entende-se qualquer acto desumano análogo aos referidos no n.º 1, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo rácico sobre um ou outros e com a intenção de manter esse regime;
- i. Por «desaparecimento forçado de pessoas» entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política, ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa em reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a protecção da lei por um longo período de tempo.

3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo «sexo» abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.

Comentário

1. Fonte

A fonte inspiradora mais próxima desta norma está no Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945 que instituiu o Tribunal de Nuremberga¹. No anexo,

¹ Naturalmente que já anteriormente havia alusões aos crimes contra a humanidade. Como nos dão conta Christopher Hall e Kai Ambos, “Article 7”, in Otto Triffterer/Kai Ambos, *Rome Statute of the International Criminal Court*, London: Beck/Hart, 2016, p. 152, já desde a Declaração de São Petersburgo de 1868 se limitava o uso de explosivo ou projeteis incendiários como ‘contrary to the laws of humanity’, ao que se seguiram referências aos crimes contra a humanidade, até ao ETPI. Por sua vez, William Schabas, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, 2.º ed., Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 147, remete para 1915 a primeira referência aos crimes da Turquia contra a humanidade e a civilização. Mas, enquanto fonte normativa do artigo 7.º, sem dúvida que é no Acordo de Londres que encontramos uma formulação que está muito próxima da atual norma do ETPI.

encontramos a *Carta do Tribunal Militar Internacional* e é no artigo 6, alínea c), que aparece a definição de crime contra a humanidade²: “(c) *Crimes against humanity*: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated”.

Nesta norma exigia-se que o contexto em que os factos elencados poderiam ser considerados crimes contra a humanidade fosse o de uma guerra (“before or during the war”). Atualmente, como veremos, não existe esta exigência e, portanto, podemos dizer que tanto a noção de crime contra a humanidade vem a ser agora mais ampla como, por consequência, a competência do TPI vem a ser alargada.

Esta norma, embora seguramente constitua um esforço³ de consolidação de visões divergentes e tradições jurídicas diversas, pressupõe algumas dificuldades de análise e aplicação, como de resto todo o ETPI, a que não será alheio, por um lado, o seu carácter inovador e, por outro, a sua matriz compromissória. Mas também por isso impõe que se não faça uma análise negativamente crítica e que, ao invés, se procure nela os méritos de se ter conseguido um texto internacional para regular categorias tão delicadas e desafiadoras da soberania dos Estados como são as de natureza penal.

2. Fundamento da incriminação

Quanto ao fundamento da incriminação, como pode ver-se a partir daquela formulação inicial emergente do Acordo de Londres, a norma do artigo 7.º do Estatuto não anda muito longe dos fundamentos e dos fins ali previstos. O objetivo era claramente o de, independentemente de tais crimes estarem previstos em lei estadual, serem julgados por um tribunal internacional, atenta a sua gravidade e relevância internacional. Atualmente, o ETPI não necessita de fazer referência ao direito interno, porque o próprio Estatuto veio, através do princípio

² Nesse sentido e para mais desenvolvimentos, veja-se Maria Leonor Assunção, “Apontamento sobre o crime contra a humanidade”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 81; igualmente, Susana Aires de Sousa, “Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade”, in http://www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/01%29_Do_bem_juridico-penal_protegido_nos_crimes_contra_a_humanidade_de_Souza.pdf, consultado em 16 de fevereiro de 2018, p. 4 e s.

³ Por isso, apesar de o resultado nem sempre ser satisfatório – e muitas vezes, à luz de uma tradição europeia continental, intimamente sustentada numa dogmática jurídico-penal muito rigorosa e desenvolvida, parecer criticável –, não duvidamos em acompanhar Leonor Assunção, “Apontamento...”, p. 93, quando, referindo-se ao artigo 7.º, afirma que esta norma se caracteriza “por um evidenciado esforço de rigor e clareza (...)”.

da legalidade, enunciar esses crimes. E, portanto, são crimes contra a humanidade, agora, aqueles que estão previstos no artigo 7.º do ETPI, por serem os “crimes mais graves que afectam a comunidade internacional no seu conjunto” (art. 5.º) e por serem cometidos “no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque” (art. 7.º).

O fundamento é, desta feita, duplo: maior gravidade e relevância internacional. A sua concretização, nos crimes contra a humanidade, passa pela exigência de um elemento distintivo muito relevante: que os factos tenham sido realizados no quadro de um ataque à população civil executado de acordo com a política de um Estado ou de uma organização com vista a praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política.

3. Bem jurídico

Relativamente ao bem jurídico, existe nos crimes contra a humanidade uma relação de codeterminação entre bem jurídico e comportamento que o torna internacional e lhe concede autonomia. A análise de um sempre convocará o exame do outro. Para compreendermos o que acabamos de dizer, basta atender a que cada uma das condutas previstas no n.º 1, quando consideradas isoladamente, já ofendem bens jurídicos específicos e, portanto, já realizam tipos legais de crime autónomos. Mas, porque tais condutas são cometidas “no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil”, então o modo (a conduta) como o bem jurídico é posto em causa é diferente do que habitualmente se exige para a verificação dos respetivos crimes. Tomemos um exemplo. O crime de homicídio (simples) realiza-se com a morte de alguém. Isto é assim porque se ofende um bem jurídico (vida), sem que exista qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpa que afaste a punição penal. Porém, nos termos desta norma, há que ter em conta que a vida é ofendida num contexto de “ataque, generalizado ou sistemático, contra a população civil”. Logo, o bem jurídico (vida) só por si não determina todos os elementos da tipicidade; pelo contrário, a própria conduta, porque realizada num determinado contexto, acaba por condicionar a tipicidade, ao ponto de autonomizar o crime e o converter em crime “de maior gravidade com alcance internacional”, como está previsto no artigo 1.º deste Estatuto e que o transforma em crime internacional e mais severamente punido⁴.

Dito isto, o bem jurídico nunca será apenas aquele interesse que para cada uma das condutas estará em causa quando realizadas autonomamente e

⁴ Neste sentido, falando de “elemento internacional ou jurisdicional”, veja-se M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity*, Haya: Kluwer Law International, 1999, p. 243; no mesmo sentido, analisando a doutrina de Bassiouni, veja-se Susana Aires de Sousa, *op. cit.*, p. 12, e Leonor Assunção, “Apontamento...”, p. 95.

fora do contexto previsto neste artigo 7.º (homicídio e extermínio: vida; escravidão, deportação, prisão, perseguição, desaparecimento forçado: liberdade e às vezes outros interesses específicos; tortura e outros atos desumanos: integridade física e moral; agressões sexuais: autodeterminação sexual ou liberdade sexual; *apartheid*: igualdade), mas um bem jurídico que, tendo em conta esta base, se projete na especial relação entre conduta e estes bens jurídicos. Um bem jurídico, portanto, de cariz “internacional”, *rectius*, humanitário. Internacional, porque este tipo só se autonomiza porque se trata de um crime de maior gravidade e com alcance internacional, aferido pelo âmbito concreto de um ataque a uma população civil executado de acordo com uma ação política. Humanitário, porque o que vem a estar em causa, na sua globalidade, é não só um ataque a bens jurídicos individuais mas, por via daquela primeira razão, à humanidade no seu todo.

Não nos parece, no entanto, necessário encontrar aqui um “novo” bem jurídico que aglutine toda a ilicitude das várias espécies de crimes previstos no n.º 1, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana ou a humanidade⁵. E isto apenas porque não é possível – e também seria desnecessário – fazer um exercício de abstração tal que nos permitisse desligar de cada uma das condutas-base e de nelas não reconhecer verdadeiros bens jurídicos dignos de tutela penal. Mas também não nos parece aceitável ficarmos-nos pelos bens jurídicos presentes em cada uma das espécies de crimes previstos no n.º 1, porque isso significaria que estaríamos perante vários tipos de crime (homicídio, extermínio, escravatura, etc.), mas não diante crimes contra a humanidade. Porque estamos perante crimes contra a humanidade, internacionais, mas realizados através da concretização de determinadas condutas que colocam em causa bens jurídicos previamente definidos, pensamos que é lógico reconhecer aqui uma tutela de *bens jurídicos individuais e determinados embora de transcendência internacional e humanitária*⁶.

Em suma, em causa estarão sempre bens jurídicos como a vida, a integridade física ou moral, a liberdade, a liberdade ou autodeterminação sexual, a igualdade, etc., com uma transcendência humanitária e internacional.

⁵ Hipótese defendida, por exemplo, por Susana Aires de Sousa, *op. cit.*, p. 15: “Entendemos que o bem jurídico penalmente protegido nos crimes contra a humanidade coincide com a dignidade humana”. Leonor Assunção, “Apontamento...”, p. 101 e ss., dá-nos conta de outras propostas de outros autores: “comunidade internacional”, “dignidade humana”, “humanidade”.

⁶ Em sentido próximo e convergente vai Leonor Assunção, “Apontamento...”, p. 100 e s., admitindo que em causa estão bens jurídicos individuais, “[a]inda que possa e deva afirmar-se que esta é uma tutela especial que só se verifica, se justifica e legitima, quando ocorra um particular circunstancialismo fáctico que permita concluir que a ofensa desses bens jurídicos individuais significa uma ofensa à humanidade ínsita em cada homem e, em consequência, uma ameaça aos fundamentos a comunidade de homens”.

4. Elementos do tipo objetivo (*actus reus*)

Quanto à *autoria*, os crimes contra a humanidade são *crimes comuns*⁷, e portanto qualquer tipo de participação acaba por ser aqui relevante. Porém, quando cometidos por chefes e superiores hierárquicos, são-no por omissão de controlo e, portanto, nessa medida, são *crimes específicos impróprios* – só aqueles que tenham o poder de controlo e de tomar medidas é que podem cometer o crime. Sendo a responsabilidade penal destes crimes unicamente individual, é importante atentar no que determina o artigo 25.º para as várias formas de participação.

Nos termos do artigo 25.º, os crimes contra a humanidade, para serem relevantes no ETPI, só podem ser cometidos por pessoas singulares. São admitidas várias possibilidades de autoria: *imediata ou direta*, em *autoria ou coautoria* (“Cometer esse crime individualmente ou em conjunto...”), na medida em que o agente é que executa o facto; *mediata ou indireta* (“...ou por intermédio de outrem...”), quer o executante seja ou não criminalmente responsável. É ainda admitida a *instigação*, a *cumplicidade*, quando o agente colabora na prática de qualquer crime contra a humanidade, ou qualquer outro tipo de *participação*, quando o agente contribui para a prática de um crime cometido *por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum*.

Os crimes contra a humanidade são cometidos por *ação*, embora, relativamente aos chefes e superiores hierárquicos, nos termos do artigo 28.º, possa admitir-se a realização típica por *omissão de controlo* (veja-se o que dizemos, a este propósito, quanto aos princípios gerais de direito penal internacional, sobre a responsabilidade de chefes e superiores hierárquicos).

Passemos agora aos vulgarmente conhecidos como “elementos contextuais”⁸.

Há um elemento comum a todas as condutas previstas no artigo 7.º, a que já fizemos referência, enquanto fundamento para a incriminação dos crimes

⁷ Os crimes são comuns quando podem ser praticados por qualquer pessoa e são específicos (puros ou próprios) quando só podem ser praticados por certas pessoas. Por vezes, a qualidade do agente ou o dever que sobre ele impende pode agravar a responsabilidade, e nesse caso estamos perante crimes específicos impuros ou impróprios. Sobre a distinção entre crimes comuns e específicos e, dentro destes, entre próprios ou puros e impróprios ou impuros, veja-se, por todos, Figueiredo Dias, *op. cit.*, p. 303 e s.

⁸ Schabas, *op. cit.*, p. 153 e ss., refere-se a cinco elementos contextuais (que nós preferimos analisar em dois grandes blocos) e realiza uma análise detalhada de cada um destes elementos, para onde remetemos para eventual aprofundamento. Seriam eles: a) um ataque dirigido contra a população civil; b) o Estado ou uma organização civil; c) um ataque de natureza generalizada ou sistemática; d) o nexa entre o ato individual e o ataque; e) e o conhecimento do ataque. Para uma análise detalhada destes elementos previstos no “Chapeau” do artigo 7.º, veja-se Christopher Hall e Kai Ambos, *op. cit.*, p. 155 e ss.

contra a humanidade, mas que agora deve ser realçado por ser um elemento objetivo indispensável: o facto de as condutas deverem ser realizadas “no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque” (art. 7.º). Esta exigência exclui, portanto, do tipo quaisquer factos que pudessem integrar qualquer uma das categorias tipificadas, mas que, por se não realizarem no âmbito de um ataque daquela natureza, integrassem um crime de foro doméstico. Convém dizer ainda que as condutas previstas no artigo 7.º têm de estar ligadas ao ataque – tem de haver um nexo entre facto e ataque⁹ –, de tal modo que podem consistir no próprio ataque. Neste caso, o tipo estará consumado porque o que importa é que se realizem no quadro de um ataque daquela natureza, não importando se são uma parte do ataque ou se constituem o próprio ataque. Relevante é que não tem de ser um ataque militar. Mas urge, a nosso ver, esclarecer que, no âmbito de conflitos militares – em que uma força militar se opõe a outra –, podem suceder ataques à população civil. Ora, em concreto, se for possível identificar um ataque sistemático ou generalizado à população civil, ainda que realizado no âmbito de um conflito militar¹⁰, o crime pode considerar-se consumado.

Naturalmente que situações haverá em que será muito difícil discernir sobre o que será considerado em concreto “ataque contra população civil” e prova do conhecimento desse ataque. Embora no n.º 2, alínea a), do ETPI se esclareça que “[p]or «ataque contra uma população civil» entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de actos referidos no n.º 1 contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses actos ou tendo em vista a prossecução dessa política”, a verdade é que o TPI entendeu necessário fazer um esclarecimento adicional. E acrescentou¹¹ que “[por] ‘ataque contra uma população civil’ (...) entende-se uma linha de conduta que implique a prática múltipla dos atos a que se refere parágrafo 1 do artigo 7 do Estatuto contra uma população civil a fim de cumprir ou promover a política de um Estado ou de uma organização de cometer esse ataque. Não é necessário que os atos constituam um ataque militar. Entende-se que a ‘política de cometer esse ataque’ requiere que o Estado ou a organização promova ou encoraje ativa-

⁹ “There must be a *nexus* or link between the acts perpetrated by the accused and the attack directed against the civilian population”, afirma Schabas, *op. cit.*, p. 166.

¹⁰ Como explicam Christopher Hall e Kai Ambos, *op. cit.*, p. 166, “[o] ataque pode ter lugar antes, durante ou depois de um conflito armado, todavia não é requerido que seja parte deste”.

¹¹ International Criminal Court, *Elements of Crimes*, Hague, 2013, p. 3 e s., doravante citado por ICC, *Elements*. Também disponível em castelhano: *Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002* (ICC-ASP/1/3 y Corr. 1), parte II.B. *Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010* (RC/11), parte II.

mente um ataque dessa índole contra uma população civil”. Não pode dizer-se que a formulação inicial seja feliz, mas pode assegurar-se que o esclarecimento não colhe a nossa adesão.. O ataque deveria ser relevante por ser feito contra população civil. O facto de isso ser realizado de acordo com uma política de um Estado ou de uma organização não deveria ser relevante. Um ataque a uma população civil pode realizar-se de modo generalizado e desorganizado. Não tem de ser necessariamente sistemático e organizado. Por isso, o requisito de que deva corresponder a uma política de um Estado ou de uma organização, quando a responsabilidade penal destes crimes é individual, é discutível. O que importa é que, independentemente de quem promova e das motivações com que o faça, o simples facto de ser a população civil a sofrer o ataque e de, no âmbito desse ataque, se praticarem os atos previstos no n.º 1 do artigo 7, deveria ser suficiente para podermos considerar o crime como sendo contra a humanidade.

Ainda assim, este requisito não deve deixar de se ter por cumprido, caso contrário, o crime não está realizado. Para serem considerados crimes contra a humanidade, tais ataques à população civil e respetivas condutas previstas no artigo 7.º devem ter, a preceder, uma *ação ou política estadual*¹². Este é um elemento objetivo ou um “elemento contextual” do tipo que não pode deixar de estar preenchido. Naturalmente que se não ignora a *ratio essendi* deste requisito: a exigência de uma ação política com vista ao ataque dá ao crime uma maior relevância internacional¹³.

Coisa diferente é saber se os autores devem ter conhecimento de que os atos que realizam se inserem no quadro de um ataque à população civil e se esses atos e o ataque se inserem numa ação ou política estadual ou de uma organização com essa intenção. Cremos que deve fazer-se a exigência do conhecimento do ataque, porque tal exigência está no tipo, mas não necessariamente de que tal ataque é resultado de uma ação política e muito menos de que o agente se revê nessa ação política – adiante, na análise dos elementos subjetivos, aprofundaremos este tópico.

¹² Como “base fundadora essencial para que se atinjam os autores da política e os responsáveis pelas decisões (...) que espoletam a cadeia de eventos propiciadores de uma ambiência favorável à adopção dos específicos comportamentos individuais que recaem na noção de crimes contra a humanidade”, nas palavras de Francisco de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 309, quem, adiante (p. 315 e ss.) explica, com pormenor, em que consiste este elemento.

¹³ Sobre a análise deste requisito – ataque generalizado ou sistemático organizado na realização de uma política estadual ou de uma organização –, vale a pena atentar na reflexão de Leonor Assunção, “Apontamento...”, p. 96, para quem, vem a ser “na especial relação de poder que este estabelece entre uma organização e a população sobre a qual aquela exerce um domínio de facto, que poderá encontrar-se a fundamentação e a legitimidade para a qualificação de uma conduta como crime contra a humanidade com a índole de crime internacional”.

E fazendo-se a exigência do conhecimento do ataque, tudo passa por saber se, havendo conhecimento, a ação do agente terá correspondido a uma efetiva vontade sua. Ora, apesar de o conhecimento do ataque ser um elemento contextual¹⁴ – e nesta medida, para haver responsabilidade, sempre terá de se provar o conhecimento do ataque –, ele contudo não se desliga da vontade – para nós, conhecimento e vontade são duas faces da intenção, são aquilo que normalmente entendemos por elementos intelectual e volitivo do dolo, e que encontra acolhimento no artigo 30.º, como veremos melhor adiante. Porque, havendo conhecimento do ataque, para haver responsabilidade, é preciso que, ainda assim, o agente tenha querido realizar a conduta. Mas como isto já é matéria dos elementos subjetivos, guardamos para a sua análise uma posição sobre o assunto¹⁵.

O tipo consistirá em realizar cada uma das *condutas* descritas em cada uma das alíneas previstas no nº 1, naquele quadro acabado de expor, a saber:

a) *homicídio*, que consistirá na morte de uma ou mais pessoas¹⁶;

b) *extermínio*, que consiste na “sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população”. O tipo não exige a ocorrência da

¹⁴ Claramente nesse sentido, Schabas, *op. cit.*, p 167 e s., e Christopher Hall e Kai Ambos, *op. cit.*, p. 175.

¹⁵ Em certo sentido, mas por outras palavras, cremos que é para isso que advertem Christopher Hall e Kai Ambos, *op. cit.*, 176, quando, admitindo que o conhecimento do ataque se trata de um elemento mencionado no artigo 7.º, “o requisito do conhecimento constitui um elemento mental adicional a ser distinguido a partir do geral *mens rea* requerido no artigo 30”.

¹⁶ Apesar de o homicídio não encerrar especiais exigências na determinação dos seus contornos, contudo, tendo em conta sobretudo diferentes concepções internacionais sobre o fenómeno, é interessante verificar como Christopher Hall e Kai Ambos, *op. cit.*, p. 178 e ss., desfiem uma série de considerações pertinentes para quem queira aprofundar este tópico.

morte¹⁷, uma vez que o crime se consuma com o desvalor de ação que, de acordo com o TPI, consiste na “imposição de condições de existência destinadas deliberadamente a causar a destruição de parte de uma povoação”¹⁸. Todavia, o TPI¹⁹, nos esclarecimentos que veio fazer, entende que se realiza quando se dá a morte de uma ou mais pessoas. Naturalmente que, se daí resultar a morte de uma ou mais pessoas – situação normal, quando falamos de extermínio, uma vez que se trata de destruir uma parte da população, e portanto tratar-se-ia de homicídio em grande escala –, pode haver concurso de crimes, uma vez que o tipo referido ao extermínio, tal como está explicitado na alínea b) do n.º 2, não exige a produção do resultado morte, mas tão-só a realização de uma ação que coloca em causa a sobrevivência de uma parte da população²⁰. Certo é que, a nosso ver, nessa hipótese, o crime de extermínio consumiria o crime de homicídio;

¹⁷ E, por isso, não concordamos com autores como Schabas, *op. cit.*, p. 173, que dizem que o crime de extermínio é similar ao crime de homicídio, exceto que as mortes naquele são em grande escala. No mesmo sentido, Christopher Hall e Kai Ambos, *op. cit.*, p. 187. Sem dúvida que sim, quando existem mortes – e esta é a situação normal deste crime. Mas o tipo, para nós, não exige a produção do resultado morte. Exige que o agente sujeite as pessoas a condições de vida tais que possam causar a destruição de uma parte da população. Para se achar consumado o crime, para nós, é suficiente que se prove a sujeição a essas condições de vida, com aquela intenção. Não é necessário que ocorram mortes. Certo que o TPI, num esforço de elucidação – ICC, *Elements*, p. 4 –, admite que o extermínio possa ocorrer com a morte de apenas uma pessoa, desde que faça parte da sujeição a condições dirigidas a destruir uma parte da população. Aspecto que é sublinhado por Christopher Hall e Kai Ambos, *op. cit.*, p. 188, no sentido de que o importante é que essa morte seja parte de uma matança em larga escala. Cremos, no entanto, que este esclarecimento do TPI não ajudou. Se a morte de uma só pessoa pode ser considerada para efeitos de extermínio é porque este consiste na sujeição a condições de vida que podem levar à destruição de uma parte da população. É, portanto, a sujeição a essas condições, com essa intenção, que releva para a consideração de extermínio, e não a morte dessa pessoa. Por este raciocínio, não deveria ser necessária a morte de alguém para que se encontrasse realizado o tipo, se considerarmos a própria formação típica que nunca coloca o elemento morte como resultado necessário do tipo.

¹⁸ Cfr. ICC, *Elements*, p. 4.

¹⁹ ICC, *Elements*, p. 4: “The perpetrator killed one or more persons”.

²⁰ Problemas surgem quando, além da ação, se produz o resultado pretendido e se verifica homicídio em larga escala. Aqui as fronteiras entre o crime de homicídio e o crime de extermínio, à luz do ETPI, são de difícil percepção, como nos dá conta Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 399. Há quem entenda que o extermínio se verifica quando se dá homicídio em larga escala. Neste caso, não faria sentido aludir ao homicídio previsto na alínea a). Mas também seria necessário, nesta situação, distinguir do genocídio. Para ajudar, há que ter em conta que o extermínio se dá quando se sujeita um grupo de pessoas a condições de vida que podem causar destruição total ou parcial de um grupo de pessoas, que isso tenha sido realizado de modo planeado, ou seja, como o tipo exige, com vista a causar a destruição de parte da população, e finalmente, independentemente do resultado provocado (é irrelevante que, estando estas condições satisfeitas, daí resulte a morte de apenas uma ou muitas pessoas e, a nosso ver, o tipo até se considera consumado mesmo que não resulte a morte). Sobre isto, veja-se nota *supra*.

c) *escravidão*, que consiste no “exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças”. O TPI esclarece que alguém exerce sobre outra pessoa o poder ou poderes que traduzem o exercício do direito de propriedade quando realiza sobre essas pessoas ações como “como comprar, vender, emprestar ou dar em troca, ou lhes tenha imposto algum tipo similar de privação de liberdade”²¹;

d) *deportação ou transferência* à força de uma população, que consiste na “deslocação coactiva de pessoas através da expulsão ou de outro acto coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido em direito internacional”. Há, portanto, duas formas claras de cometer o crime: a deportação e a transferência à força²². O TPI entende que isto ocorre quando o autor “deporta ou força a transferência, sem quaisquer motivos autorizados de acordo com o direito internacional, uma ou mais pessoas para outro Estado ou outro lugar”²³. Não se confunde isto com o desaparecimento forçado de alguém (previsto na alínea i) do n.º 1); aqui, na alínea d), o que está em causa é a violação do direito de residência e a liberdade de circulação e de permanência. E também convém anotar que, quando o TPI exclui situações de deportação ou transferência por motivos autorizados, é porque essas situações excluiriam a ilicitude, uma vez que pode, por razões de segurança ou bem-estar da população, ser necessário retirar as pessoas para outro lugar. Isto, como é óbvio, não só não será crime, como poderá ser uma ação meritória. O importante é que, uma vez restabelecidas as condições de segurança e de saúde pública, as pessoas tenham o direito de regressar ao lugar de onde foram movidas;

e) *prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave*, que consiste na privação de liberdade, em violação das normas fundamentais do direito

²¹ ICC, *Elements*, p. 4. Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 409, após análise detalhada, conclui que o “crime de escravidão abarca a escravatura *stricto sensu*, a servidão e o trabalho forçado”. E Christopher Hall e Kai Ambos, *op. cit.*, p. 191, entendem que, por um lado, os arquitetos do ETPI não terão pretendido reduzir a jurisdição do TPI a uma simbólica e tradicional forma de escravatura traduzida nas relações de uma pessoa que tem o direito sobre outra, e por outro, é “lógico supor que os redatores desejavam que o Tribunal tenham jurisdição sobre outras práticas semelhantes à escravidão, como a servidão e a escravidão por dívida, bem como práticas relacionadas, como o trabalho forçado ou compulsório, como crimes contra a humanidade”.

²² Sobre a distinção entre as duas formas, veja-se, por todos, Christopher Hall e Kai Ambos, *op. cit.*, p. 193 e 195.

²³ ICC, *Elements*, p. 4. Explica o TPI que isto pode ocorrer pela força ou qualquer tipo de coação (temor, intimidação, detenção, opressão social ou abuso de poder). E convém reter que isto pode suceder mesmo que venha a ser deportada uma única pessoa. Como explica Schabas, *op. cit.*, p. 179, uma transferência forçada “refere-se à situação em que o indivíduo não tem liberdade ou ‘genuína’ opção de permanecer no território”. É, por isso, um problema de falta de liberdade.

internacional – há aqui uma certa redundância, uma vez que qualquer tipo de privação de liberdade física já englobaria o encarceramento²⁴;

f) *tortura*, que consiste no “acto por meio do qual uma dor ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controlo do arguido; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas acidentalmente”. O TPI esclarece²⁵ que estes atos podem consistir na imposição de sofrimentos físicos ou mentais a outra pessoa – não entendemos que seja necessário provar que essa pessoa estivesse “sob custódia ou controlo” do autor²⁶, porque a tortura é sempre censurável, tem sempre gravidade, independentemente da relação que existe entre o autor e a vítima; e, relativamente ao facto de se considerar que a tortura não deva ser “resultado unicamente da imposição de sanções legítimas, não fosse inerente nem incidental a elas”, é necessário dizer que esta visão do ETPI legitima a tortura como sanção ou efeito da sanção, na medida em que os autores podem sempre legalizar a tortura e invocar essa lei para obstar a uma responsabilidade criminal.

²⁴ No sentido de uma certa falta de clareza, sobretudo no que à prisão diz respeito, vão Christopher Hall e Kai Ambos, *op. cit.*, p. 200: “Não está claro que os redatores pretendessem que a palavra 'prisão' deve ser usado em seu senso estrito de prisão após a condenação por um tribunal ou em seu sentido mais amplo de detenção, como na *Control Council Law n.º 10* dos aliados, mas a justaposição com 'privação de liberdade física' pode sugerir que a definição mais restrita é que a que estaria destinada”. Mas os autores admitem que segundo o direito internacional costumeiro a prisão como crime contra a humanidade tem um significado mais amplo do que o da prisão, como sanção imposta por sentença. E admitem que os redatores tivessem querido incorporar este sentido do direito internacional costumeiro.

Há, no entanto, quem, como Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 419, veja aqui um certo alargamento do termo prisão, permitindo “a sua aplicação a inúmeras condutas que, sem constituírem prisão em sentido verdadeiro e próprio (aqui sinónimo de encarceramento), representam, todavia, fora de dúvida, formas de privação graves da liberdade física”.

²⁵ ICC, *Elements*, p. 5.

²⁶ Embora haja quem, como Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 425, encontre aqui alguma racionalidade: “trata-se de acudir a situações em que a vítima se encontra numa posição de especial vulnerabilidade e sem quaisquer possibilidades de escapar. Com isto se enlaça a exigência de um certo grau de gravidade”.

Por isso, o ETPI não prevê esta causa de exclusão de ilicitude e o TPI, na interpretação que faz, também a não deveria propor²⁷;

g) *violação*, que, no entendimento do TPI²⁸, consiste na “invasão do corpo de uma pessoa mediante uma conduta que tenha causado a penetração, por insignificante que fosse, de qualquer parte do corpo da vítima ou do autor com um órgão sexual ou do orifício anal ou vaginal da vítima com um objeto ou outra parte do corpo”, desde que isso seja contrário à vontade da vítima²⁹, pelo emprego “da força ou mediante a ameaça de força ou mediante coação, como a causada por temor à violência, a intimidação, a detenção, a opressão social ou o abuso de poder, contra essa ou outra pessoa ou aproveitando um ambiente de coação, ou se tenha realizado contra uma pessoa incapaz de dar o seu livre consentimento”. Nos casos em que o autor realiza atos destes mas não chega a invadir o corpo de outra pessoa, não chega a causar penetração de qualquer parte do corpo da pessoa, seguramente que ainda assim terá praticado um ato de violência sexual, pelo que seria sempre punido nos termos da parte final da alínea g);

h) *escravatura sexual*, que, no entendimento do TPI³⁰, consiste no exercício de “um dos atributos do direito de propriedade sobre uma ou mais pessoas, como comprar, vender, emprestar ou dar em troca, ou todos eles, ou lhes tenha imposto algum tipo similar de privação de liberdade” para a realização de atos sexuais;

i) *prostituição forçada*, que, de acordo com o TPI³¹, consiste em forçar a “que uma ou mais pessoas realizem um ou mais atos de natureza sexual pela força, ou mediante a ameaça da força ou mediante coação, como a causada pelo temor à violência, a intimidação, a detenção, a opressão psicológica ou o abuso de poder contra essa ou essas pessoas ou outra pessoa, ou aproveitando um ambiente de coação ou a incapacidade dessa ou dessas pessoas de dar o seu livre consentimento”, desde que o autor ou outra pessoa obtenham ou esperem vir

²⁷ Note-se que nesta matéria, e em contramão do ETPI, a *Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, de 10 de dezembro de 1984, adotada pela ONU, na definição que tem de tortura, no artigo 1.º, inclui a prática de “qualquer acto pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de (...) puni-la por um acto que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido”. Ora, convém dizer que nesta Convenção, quando a tortura é uma sanção, é repudiada e os Estados são incentivados a adoptar medidas que censurem esta situação. Por isso, o facto de o ETPI salvaguardar a aplicação da tortura como “imposição de sanções legítimas” é no mínimo estranho.

²⁸ ICC, *Elements*, p. 5.

²⁹ Sobre as questões relacionadas com o consentimento, no contexto em que os crimes contra a humanidade são cometidos, veja-se Christopher Hall e Kai Ambos, *op. cit.*, p. 210.

³⁰ ICC, *Elements*, p. 6.

³¹ *Idem*, p. 6.

a obter “vantagens pecuniárias ou de outro tipo em troca dos atos de natureza sexual ou relacionados com eles”. Caso este último elemento falte, evidentemente que se tratará de um caso de violação, escravatura sexual ou de violência sexual. Pode inclusivamente haver concurso de crimes: o autor pode violar a vítima e pode forçá-la à prostituição e se a mantiver na condição de “coisa sua”, exercendo um direito de propriedade sobre ela, para a utilizar para fins sexuais, pode ainda realizar o crime de escravatura sexual. Por isso, tem-se afirmado que este tipo é infeliz na sua concepção³²;

j) *gravidez à força*, que consiste na “privação de liberdade ilegal de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez”. Convém dizer que forçar alguém a engravidar não tem de ser apenas pela força física, podendo ser por outro tipo de coação moral – contrariamente ao que parece admitir o TPI³³. O ETPI, corroborado pela interpretação do TPI, considera ainda que a conduta se realiza quando se prova “a intenção de modificar a composição étnica de uma população ou de cometer outra infração grave do direito internacional”³⁴. Compreende-se que a gravidez forçada, para consistir num crime autónomo dos crimes sexuais, não pode ser simplesmente resultado destes crimes. Deve haver, da parte do autor, uma intenção que consiste em engravidar de modo forçado uma pessoa. Mas não deveria essa intenção confinar-se à modificação étnica de uma população ou outra infração grave do direito internacional. Bastaria que o autor, por qualquer razão e sem que seja simplesmente o resultado de um crime sexual, pretendesse forçar alguém a engravidar. A gravidez forçada, independentemente das motivações do autor, que sempre levantará problemas de prova, feita no contexto de um ataque à população civil, deveria ser suficiente para, tal como se autonomizam outros atos sexuais da violação, também se poder autonomizar a gravidez forçada da prática de atos sexuais, sem necessidade de adicionar um requisito que passa pela prova da vontade de alterar “a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional”. Também merece reparo, neste caso, a omissão do ETPI em punir o aborto forçado. Se é grave forçar alguém a engravidar, não é menos grave forçar alguém a abortar. E, portanto, o ETPI deveria ter descrito, nas condutas típicas, a hipótese

³² Dão-nos conta disso Christopher Hall e Kai Ambos, *op. cit.*, p. 214, sobretudo pelas confusas interligações com o crime de escravatura sexual, gerando equívocos sobre o seu alcance e sugerindo até uma interpretação desfavorável à vítima, na medida em que pode confundir-se com uma atividade sexual iniciada pela vítima em vez do agressor.

³³ Pelo menos, na versão espanhol, é essa a leitura que resulta (“...por la fuerza...”) – cfr. *Elementos*, p. 254.

³⁴ ICC, *Elements*, p. 6.

do aborto forçado. Certamente que uma tal situação terá cobertura na alínea k) – “Outros actos desumanos de carácter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento, ferimentos graves ou afectem a saúde mental ou física”. Mas isto significa uma opção em termos de hierarquização de valores no mínimo discutível. Uma opção que é tanto mais discutível quanto é certo que algumas delegações chegaram a questionar este crime de gravidez forçada pelo facto de poder haver países que, por não terem políticas de serviços de aborto, pudessem ser interpretadas como gravidez forçada³⁵. É espantoso que, perante isto, os casos inversos, ou seja, de aborto forçado, não tenham recebido qualquer preocupação dos redatores do ETPI;

l) *esterilização forçada*, que, no entender do TPI³⁶, consiste na privação imposta ou não consentida pela vítima da “capacidade de reprodução biológica” de uma ou mais pessoas. Poderá discutir-se a exclusão de condutas em que tal esterilização tenha sido realizada por comprovadas razões de tratamento médico ou clínico da vítima e no seu total interesse. Pelo menos, nestes casos, faltaria o dolo do tipo. A esterilização forçada, como é óbvio, não cobre as situações de aborto forçado (não previstas no tipo, a não ser ao abrigo da alínea k). O que reforça a nossa crítica já feita, porque se se considera, e bem, grave a esterilização forçada de uma pessoa, por maioria de razão ter-se-ia de considerar grave o aborto forçado, uma vez que já existe uma vida humana (intrauterina);

m) *violência sexual*, que, de acordo com o TPI³⁷, consiste na realização de “um ato de natureza sexual contra uma ou mais pessoas ou tenha feito com que essa ou essas pessoas realizassem um ato de natureza sexual por força ou mediante a ameaça da força ou mediante coação, como a causada pelo temor à violência, a intimidação, a detenção, a opressão psicológica ou o abuso de poder, contra essa ou essas pessoas ou outra pessoa ou aproveitando um entono de coação ou a incapacidade dessa ou dessas pessoas de dar o seu livre consentimento”. O modo como o tipo está formulado nesta parte – “qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável” – acaba por ser uma forma residual de incriminação de todos os tipos de violência sexual que não se integrem nas condutas anteriores, nomeadamente a violação, desde que tais atos de violência sexual tenham uma gravidade semelhante às dos atos descritos na alínea g) do número l;

n) *perseguição*, que consiste na “privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da colectividade em causa”. Nisto se manifesta uma certa intenção discriminatória relevante para a consideração do crime

³⁵ Cf. Christopher Hall e Kai Ambos, *op. cit.*, p. 215 e s.

³⁶ ICC, *Elements*, p. 6.

³⁷ *Idem*, p. 7.

como de perseguição e não, por exemplo, de genocídio³⁸. Ainda assim, o tipo não está suficientemente claro. Por isso, o TPI³⁹ no esforço de esclarecimento, veio acrescentar que se trata de privar “gravemente uma ou mais pessoas dos seus direitos fundamentais em contravenção do direito internacional”, desde que o autor tenha dirigido a sua ação contra essa pessoa, “em razão da identidade de um grupo ou coletividade ou contra o grupo ou a coletividade como tais”. E para que não restem dúvidas de como pode identificar-se o grupo como tal, o TPI esclarece que a conduta tem de ser dirigida “por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de género, tal como definido no n.º 3 do artigo 7.º, ou por motivos universalmente reconhecidos como inaceitáveis em direito internacional”. Parece-nos que este esforço de elucidação não é muito bem sucedido porque, ao mesmo tempo que no tipo se pretende simplesmente punir quem priva, de modo intencional e grave, o exercício de direitos fundamentais em violação do direito internacional por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa, os esclarecimentos do TPI acabam por colocar um conjunto de adicionais requisitos que, a nosso ver, vão para lá do que o tipo exige, restringindo, portanto, a sua abrangência. Por exemplo, o requisito segundo o qual “a conduta se tenha cometido em relação com qualquer ato dos que estão assinalados no número 1 do artigo 7 do Estatuto ou com qualquer crime da competência do tribunal” é desnecessário, porque o que tem de se provar é que a conduta tenha consistido na privação de modo grave de direitos fundamentais, por razões relacionadas com a identidade do grupo ou da coletividade;

o) *desaparecimento forçado de pessoas*⁴⁰, que envolve “a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política, ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa em reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a protecção da lei por um longo período de tempo”. O TPI⁴¹ nesta conduta veio fazer um esforço

³⁸ Neste sentido, com o qual concordamos, Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 440.

³⁹ ICC, *Elements*, p. 7.

⁴⁰ Vale a pena ler a explicação que nos dão Christopher Hall e Kai Ambos, *op. cit.*, p. 226, sobre a fonte deste crime. Ao que tudo indica, o “Autor” deste tipo terá sido, de algum modo, e por ironia, Adolf Hitler, com o seu *Nacht und Nebel Erlass* (Decreto da Noite e do Nevoeiro) de 7 de dezembro de 1941. Como explicam os autores, era um diploma que visava justamente tratar do destino a dar às pessoas que eram apanhadas nos territórios ocupados, que, não sendo logo executadas, eram feitas desapareceras à força, sem vestígios, nem sequer informações, mesmo quando fosse apenas para tratar do funeral. Esta situação valeu ao Marechal de Campo Keitel a condenação pelos desaparecimentos forçados, apesar de este tipo de crimes não ter sido incluído na Carta de Nuremberga.

⁴¹ ICC, *Elements*, p. 7 e s.

assinalável de precisão. E considerou que o desaparecimento forçado aconteceria quando se desse a apreensão, detenção ou sequestro de uma ou mais pessoas ou que se negue a reconhecer tais atos ou a dar informação sobre o paradeiro de alguma pessoa. Na verdade, qualquer conduta que tenha como intenção fazer desaparecer alguém⁴². O TPI⁴³ acrescenta ainda dois requisitos que devem ser tidos em conta: “a) Que tal apreensão, detenção ou sequestro tenha sido seguido ou acompanhado de uma negativa a reconhecer essa privação de liberdade ou a dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessa pessoa ou pessoas; ou b) Que tal negativa tenha sido precedida ou acompanhada dessa privação de liberdade”. Estes requisitos são compreensíveis porque há situações em que a apreensão ou detenção podem ser legais, sobretudo num quadro de guerra. Mas já não seria compreensível, por exemplo, que alguém sonegasse informação sobre o paradeiro dessa pessoa, ainda que esta estivesse legalmente detida. A sonegação de informação, neste caso, vale como desaparecimento forçado;

p) *apartheid*, que, no entendimento do TPI⁴⁴, consiste na prática de “um ato desumano contra uma ou mais pessoas”, devendo esse ato ser um dos que está mencionado no n.º 1 do artigo 7 do Estatuto, realizado de modo consciente e que tenha sido cometido “no contexto de um regime institucionalizado de opressão e dominação sistemáticas de um grupo racial sobre um ou mais grupos raciais”. Não nos parece suficiente, como admite o TPI, que a conduta possa consistir apenas num “ato desumano contra uma ou mais pessoas”. Um ato pode ser desumano e não consistir em segregação, em *apartheid*. Neste tipo exige-se que o ato desumano consista em discriminação racial e que seja levado a cabo com a intenção de manter essa discriminação ou segregação. De algum modo, o esclarecimento do TPI não ajudou. Basta, a nosso ver, a prova de que se realizou qualquer tipo de ato que consista na discriminação racial ou religiosa, ou na segregação social de alguém, no âmbito de um ataque a uma população civil – o próprio ataque pode ser expressão disso – para que o tipo se encontre realizado. Porque, o que importa é que se coloque em causa a igualdade entre todos os cidadãos⁴⁵;

q) *outros atos desumanos de carácter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento, ferimentos graves ou afectem a saúde mental ou física.*

⁴² Daqui decorre que seriam quatro os elementos deste crime: a) privação da liberdade; b) levada a cabo por representantes do Estado; c) com recusa de reconhecer a privação e liberdade e de fornecer informações sobre o paradeiro da vítima; d) e com a intenção de isolar as pessoas desaparecidas – cfr. Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 442 e s.

⁴³ ICC, *Elements*, p. 8.

⁴⁴ *Idem*, p. 8.

⁴⁵ Nesse sentido, e em análise do artigo 240.º do CP português, veja-se Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.º edição actualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 900.

Trata-se de uma hipótese residual, subsidiária das anteriores, mas por isso mesmo problemática⁴⁶. Terão de ser atos que tenham sempre uma relevância semelhante à dos anteriores, além, como é óbvio, de deverem ter uma transcendência internacional e humanitária que permita a sua consideração como crimes contra a humanidade. Esta categoria impõe sérios problemas de interpretação⁴⁷, uma vez que se trata de legitimar o uso da analogia para este tipo de atos – o Tribunal teria de, em concreto, aferir se determinado ato é semelhante a outros, no que diz respeito ao seu carácter desumano –, quando o próprio ETPI, no artigo 22.º, n.º 2, proíbe o uso da analogia incriminadora. De qualquer modo, o que nele se protege é a integridade física e moral e a liberdade de ação e decisão⁴⁸. Mas não só: como é um tipo residual, pode suceder que se não resista à tentação de considerar um mesmo facto como realizando um dos crimes previstos no artigo 7.º e, simultaneamente, este da alínea k). A este propósito, Schabas sublinha que, embora isso possa suceder, pelo carácter residual do tipo, como é evidente, não pode ser acolhido pelo Tribunal, invocando o caso *Katanga* onde foi discutida semelhante situação e o Tribunal se pronunciou contra a prossecução dos factos por não poderem ser “simultaneamente perseguidos como homicídio e ‘outros atos desumanos’”⁴⁹.

Estas condutas devem ser avaliadas segundo uma interpretação restritiva, ou seja, de acordo com o princípio da legalidade, não deve ir-se além do que o tipo admite⁵⁰, incluindo os dois requisitos gerais.

⁴⁶ Desenvolvidamente sobre esta “cláusula residual de qualificação relativa a crimes contra a humanidade que permite a acomodação de formas de conduta desumanas que não estão proibidas pelo artigo 7.º”, e seus respetivos nós problemáticos, veja-se, por todos, Christopher Hall e Kai Ambos, *op. cit.*, p. 235 e ss.

⁴⁷ Em sentido crítico do modo como está formulada esta “cláusula geral residual”, veja-se Bacelar Gouveia, *Direito Internacional Penal. Uma Perspectiva Dogmático-crítica*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 276.

⁴⁸ De algum modo, o artigo 243.º do CP português contém uma previsão idêntica, embora mais pormenorizada e sistematizada. Dali resulta que o bem jurídico protegido é a integridade física e a liberdade de ação e decisão de outra pessoa – cfr. Pinto de Albuquerque, *op. cit.*, p. 904.

⁴⁹ Schabas, *op. cit.*, p. 208 e s.

⁵⁰ O TPI explica assim a sua posição: “Como o artigo 7 corresponde ao direito penal internacional, as suas disposições, de acordo com o artigo 22, devem interpretar-se de forma estrita, tendo em conta que os crimes contra a humanidade, definidos no artigo 7, se encontram entre os crimes mais graves de transcendência para a comunidade internacional no seu conjunto, justificam e envolvem a responsabilidade penal individual e requerem uma conduta que não é permissível com referência ao direito internacional geralmente aplicável, como se reconhece nos principais sistemas jurídicos do mundo” – cfr. ICC, *Elements*, p. 3.

5. Elementos do tipo subjetivo (*mens rea*)

O tipo subjetivo admite a *realização dolosa* dos crimes, nas suas várias modalidades: direta, necessária e eventual⁵¹. Falamos, como é óbvio, do dolo do tipo. É impossível conceber-se a realização típica dos crimes contra a humanidade sem nos acautelarmos que a *mens rea* destes crimes passa pelo conhecimento e a vontade de cometer determinados e concretos crimes que são os que estão objetivamente descritos no tipo (alíneas a) a k) do n.º 1 do artigo 7.º), tal como decorre do artigo 30.º (“que actue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais”). Seria impensável que alguém fosse punido por um desses crimes se não soubesse ou não quisesse realizá-los, ainda que soubesse que isso estaria a acontecer no âmbito de um ataque à população civil. Portanto, em primeiro lugar, para cada conduta descrita no tipo exige-se o dolo do tipo que, em termos genéricos, significa o conhecimento dos elementos objetivos de cada conduta e a vontade de a querer realizar.

É importante notar que faz parte do dolo do tipo também o conhecimento do ataque generalizado ou sistemático à população civil, que está previsto no n.º 1 do artigo 7.º, e a vontade de querer realizar a conduta nesse contexto. Não se trata de um elemento adicional ou sequer de um dolo específico. Trata-se ainda e só do dolo do tipo, porque cada uma das condutas previstas no n.º 1 do artigo 7.º só é crime contra a humanidade quando cometida no âmbito daquele ataque e desde que o agente tenha conhecimento dessa circunstância. Este dolo do tipo projeta as condutas para uma dimensão internacional e de maior gravidade. Não basta querer matar, violar ou escravizar. É necessário que isso seja feito no âmbito de um ataque à população civil, que o autor tenha conhecimento desta situação e, como é evidente, ainda assim, a queira realizar. Este requisito impõe-se para que se possa considerar o crime internacional. Assim sendo, se uma pessoa realiza um dos atos descritos no n.º 1 à margem de um ataque à população civil, comete cada um dos crimes à luz do direito nacional, porque sabia que o cometia e quis realizá-lo; mas não chega a ter relevância internacional. E o mesmo se dirá se o autor os comete no âmbito do ataque mas não por sua causa. Por isso é que se exige o conhecimento do ataque, embora a prova desse conhecimento, segundo o TPI, não deve ser no sentido “de que o autor tivera conhecimento de todas as características do ataque nem dos detalhes precisos do plano ou a política do Estado ou a organização. No caso de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil que está a começar, a cláusula de intencionalidade do último elemento indica que esse elemento existe se o autor tinha a intenção

⁵¹ Ainda que se conceda, em concordância com Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 335, ser de difícil comprovação a realização das infrações previstas no artigo 7.º, com dolo eventual do tipo, e dolos específicos que as tonam internacionais. Mas, não excluindo o tipo esta hipótese, ela deve ser considerada atendendo a que a realização típica, quanto ao elemento subjetivo, pode sempre passar por graus diferentes de conhecimento (representação) e de vontade.

de cometer um ataque dessa índole⁵². Conhecimento do ataque e vontade de realizar as condutas do n.º 1 no âmbito desse ataque são elementos (intelectual e volitivo) do dolo do tipo que, não se verificando, atiram a conduta para fora dos crimes contra a humanidade (embora não arredados da alçada do direito penal nacional).

Discutível ainda será aquilatar se se exige que o agente soubesse que tal ataque, nos termos do n.º 2, alínea a), estaria a ser realizado “de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses actos ou tendo em vista a prossecução dessa política” e que atuasse com a intenção de a realizar. Uma tal exigência atirar-nos-ia para uma intenção específica: a de, com aquelas condutas, realizadas no âmbito de um ataque à população civil, se realizar uma determinada política estadual ou de uma organização. Já antecipámos, na análise dos elementos objetivos, que a resposta deve ser negativa. O tipo, no n.º 1, exige o “conhecimento desse ataque”; mas não o conhecimento da motivação do ataque⁵³ e muito menos a intenção de a ela se associar. A exigência do conhecimento de uma tal motivação, em seguida, poderia sugerir-nos uma outra questão: e poderia o agente estar em desacordo com essa motivação e ainda assim realizar o ataque? Naturalmente que estaríamos a elevar a fasquia a um tal ponto que facilmente permitiria evitar a responsabilidade penal. Ponto é que o tipo exija ou não determinado elemento. E, ainda que objetivamente o ataque deva obedecer a uma ação política do Estado ou de uma organização, não parece, pela leitura do n.º 1, que o conhecimento do ataque se estenda ao conhecimento das motivações do ataque⁵⁴. E muito menos, portanto, que o agente tenha atuado com a intenção de realizar aquela política.

Acresce ainda, para algumas das condutas previstas, a eventualidade da exigência de um dolo específico⁵⁵. Por exemplo, entre outros casos, no crime de gravidez forçada, exige o n.º 2, alínea f), que se realize “com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves

⁵² ICC, *Elements*, p. 3.

⁵³ Isto porque, de algum modo e em concordância com Christopher Hall e Kai Ambos, *op. cit.*, p. 177, também é irrelevante saber quais são as motivações pessoais do agente quando toma parte no ataque à população civil. Importante é que ele tenha conhecimento do ataque.

⁵⁴ O tema é controverso, como nos dá conta Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 337 e ss., sobretudo a partir do crime de perseguição; mas cremos poder concluir com o autor que relevante é que os agentes estejam “perfeitamente conscientes de que o seu comportamento se inscreve no contexto mais vasto de um ataque generalizado ou sistemático contra uma determinada população”.

⁵⁵ Em sentido relativamente discordante, Leonor Assunção, “Apontamento...”, p. 95: “no âmbito da interpretação dos elementos que compõem a parte subjectiva do crime [contra a humanidade] que não exige um dolo específico”. Em geral, estamos de acordo; mas em particular, pelo menos para algumas condutas, não parece que possamos desprender-nos dessa aferição.

do direito internacional”⁵⁶; no crime de perseguição, exige-se no n.º 2, alínea g), uma “privação intencional e grave dos direitos fundamentais em violação do direito internacional por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da colectividade”⁵⁷; no crime de *apartheid*, exige-se, no n.º 2, alínea h), a *intenção* de manter um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo rácico sobre um ou outros⁵⁸. São situações que, a título meramente exemplificativo, exigem a comprovação da intenção específica. A inexistência dessa intenção específica naturalmente que inviabilizaria uma responsabilidade penal, por falta de *mens rea*.

Em suma, para que cada crime previsto no artigo 7.º, n.º 1, possa imputar-se subjetivamente ao agente é necessário que este tenha vontade de o cometer e que tenha conhecimento tanto dos elementos objetivos de cada conduta como do elemento contextual comum a todas, que é o ataque à população civil de acordo com uma política estadual ou de uma organização, levado a cabo independentemente da motivação pessoal do agente quanto a esta política, e, nos casos em que se exige uma intenção específica, o conhecimento dessa exigência e a vontade de a querer atingir.

Sobre uma hipotética imputação a título de negligência, a nossa posição tende a ser desfavorável. Não só porque é muito difícil conceber-se uma situação em que alguém comete um crime desta natureza que por definição exige o conhecimento de um conjunto de elementos objetivos e a vontade de ainda assim querer realizar as condutas, mas também porque, não prevendo o ETPI a punição por negligência, dificilmente se conseguiria sustentar uma tal hipótese à luz do artigo 30.º que expressamente exige para cada crime a “vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais”. Esta exigência é dificilmente compatível com uma violação do dever de cuidado pressuposto nas situações de negligência. Salvaguarda-se aqui a disciplina do artigo 28.º quanto aos chefes e superiores hierárquicos que pressupõe uma atuação omissiva, podendo mesmo ser de algum modo negligente. Mas sobre este ponto remetemos para o

⁵⁶ Nesse sentido, inequivocamente, Christopher Hall e Kai Ambos, *op. cit.*, p. 274, assestando ao crime de gravidez forçada um dolo específico (“specific intent”).

⁵⁷ À hipótese do crime de perseguição, como exigente de um “*animus* discriminatório ou persecutório”, de uma “*intenção criminal agravada* (dolo específico)”, se refere Francisco de Almeida, *op. cit.*, p. 334.

⁵⁸ Falando de uma intenção específica (dolo específico) previsto na alínea h) do n.º 2 do artigo 7.º, em adição ao crime de *apartheid* previsto na alínea j) do n.º 1 do artigo 7.º, vão Christopher Hall e Kai Ambos, *op. cit.*, 285, e com uma explicação curiosa: “The specific intent that acts be ‘committed with the intention of maintaining that regime’ was required as a result of concerns that the definition would extend to white supremacist organisations that were not seeking to implement a government segregationist system”.

que já dizemos na análise dos princípios gerais do direito penal internacional sobre o tema da responsabilidade penal individual.

6. Realização típica

O tipo aqui previsto abrange a possibilidade de num mesmo quadro de ataque contra a população civil se realizarem vários tipos de condutas e, consequentemente, vários tipos de crimes, se considerarmos os bens jurídicos individualmente subjacentes. *Quid iuris?*

Uma primeira hipótese de solução seria a de as condutas previstas no artigo 7.º realizarem sempre e só um único crime contra a humanidade e não vários crimes contra bens jurídicos individuais. Seria uma perspectiva global e unitária de conceber os crimes contra a humanidade que deixaria de considerar os crimes em função de bens jurídicos individuais e passaria a considerar as várias condutas sob a tipicidade de um único crime contra a humanidade. Esta tese justificaria afinal que existisse um crime contra a humanidade diferente dos crimes-base que em si mesmos considerados não teriam dimensão internacional. E nem mesmo a crítica que costuma ser apontada no sentido de que um único crime unitário e global não seria, afinal, tão grave quanto os vários crimes parcelares, bem vistas, seria relevante, porquanto, na gravidade do crime e na determinação da medida da pena o julgador não estaria dispensado de considerar a gravidade do crime em função das condutas realizadas. Logo, a pena a determinar, quando em causa estivessem factos diversos que realizariam crimes diversos, mas enquanto crimes contra a humanidade, acaba por atingir uma pena mais grave (perpétua, por exemplo). O problema, portanto, nem estará tanto na dosimetria da pena.

Mas estará, a nosso ver, no próprio tipo legal de crime. O tipo não é um tipo de crime contra a humanidade, mas é um tipo complexo que integra vários tipos contra a humanidade. Já vimos que, para nós, não está em causa apenas um único bem jurídico – a dignidade humana ou a humanidade –, mas vários bens jurídicos, consoante as condutas típicas, com uma transcendência internacional e humanitária. Não se trata de considerar cada uma das condutas como integrantes de um único tipo, mas de várias condutas integrantes de tipos diversos, todos contra a humanidade. Por isso, a nosso ver, o artigo 7.º admite a hipótese de concurso de crimes quando o agente realizar condutas diferentes como estão previstas no artigo 7.º

Naturalmente que a consideração exclusiva e autónoma dos bens jurídicos presentes em cada um dos crimes parcelares não esgota a ilicitude típica deste crime, uma vez que se não trata de uma soma de partes, mas de uma realidade que, integrando as partes, tem uma relevância adicional por se tratar de crimes contra a humanidade, ou seja, internacional e humanitariamente relevantes.

A qualificação de “qualquer um dos actos seguintes” (homicídio, extermínio, escravidão, etc.) como crime contra a humanidade significa que, quem cometer homicídio (ou qualquer dos outros factos), comete homicídio mas, porque é realizado no quadro de um “ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil” e, portanto, tendo relevância internacional, não deixando de ser homicídio, passa a ser qualificado como crime contra a humanidade, com as consequências que daqui advêm. Não estando perante um novo bem jurídico, não deixa de ser relevante o facto de estarmos perante um novo e diferente modo de ofender o bem jurídico.

Este modo de ver as coisas acaba por ter implicações na própria configuração da pena. Não haverá vários crimes de homicídio, quando num ataque a uma população resulta a morte de várias pessoas, mas a prática de um crime contra a humanidade de homicídio pela morte de várias pessoas (“The perpetrator killed one or more persons”, é o que entende o ETPI⁵⁹). Mas pode haver mais do que um crime contra a humanidade se, por exemplo, no mesmo ataque o autor mata pessoas (crime contra a humanidade de homicídio) e viola pessoas (crime contra a humanidade de violação). E até pode suceder um concurso de crimes contra a humanidade de homicídio, por exemplo, quando em ataques sucessivos há mortes de pessoas.

Nos termos do artigo 25.º, n.º 3, alínea f), a *tentativa* é sempre punível, embora a desistência ou a realização de atos que impeçam a consumação do crime poderá excluir a punição se o autor tiver renunciado total e voluntariamente ao propósito delituoso.

7. Transposição dos crimes contra a humanidade para o direito português –breve nota

O Código Penal português já contém algumas disposições que de algum modo coincidem com as incriminações previstas no artigo 7.º do ETPI. São exemplo disso os artigos 240.º (discriminação racial, religiosa ou sexual), 243.º (tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos), 244.º (tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos graves), para além de outros que entretanto foram revogados⁶⁰. Mas estas normas, além de não cobrirem todas as hipóteses previstas no artigo 7.º do ETPI, não podem considerar-se, em bom rigor, crimes contra a humanidade, porquanto não se exige nestes tipos

⁵⁹ ICC, *Elements*, p. 4.

⁶⁰ Dando eco disso, como um bom “exemplo da absorção”, Bacelar Gouveia, *Direito Internacional da Segurança*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 125. No entanto, o Autor não deixa de no *seu Direito Internacional Penal*, p. 431 e ss., chamar a atenção para as dificuldades que se enfrentou na transposição do regime do ETPI para o direito interno português.

a realização dos factos em contexto de ataque a uma população civil nem que tenham relevância internacional. No entanto, daqui pode sublinhar-se a ideia de que Portugal há muito que se preocupava com este tipo de condutas.

Entretanto, para adaptar a legislação portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, a Lei 31/2004, de 22 de julho, atualizada pela Lei 59/2007, de 4 de abril, tipificou as condutas previstas no ETPI, transpondo-as assim para o direito interno. Daqui resultou, quanto aos crimes contra a humanidade, o artigo 9.^o⁶¹

⁶¹ Fica aqui o teor do artigo 9.^o (Crimes contra a humanidade):

“Quem, no quadro de um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil, praticar:

- a) Homicídio;
 - b) Extermínio, entendido como a sujeição de toda ou de parte da população a condições de vida adversas, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, idóneas a provocar a morte de uma ou mais pessoas;
 - c) Escravidão, nos termos do artigo 159.^o do Código Penal;
 - d) Deportação ou transferência forçada de uma população, entendidas como a deslocação ilícita de uma ou mais pessoas para outro Estado ou local através da sua expulsão ou outro acto coercivo;
 - e) Prisão ou qualquer outra forma grave de privação da liberdade física de uma pessoa, em violação das normas ou dos princípios do direito internacional;
 - f) Tortura, entendida como o acto que consiste em infligir dor ou sofrimento, físico ou psicológico, grave, a pessoa privada da liberdade ou sob o controlo do agente;
 - g) Pela força, ameaça de força ou outra forma de coacção, ou aproveitando uma situação de coacção ou a incapacidade de autodeterminação da vítima:
 - i) Causar a penetração, por insignificante que seja, em qualquer parte do corpo da vítima, ou do agente, de qualquer parte do corpo do agente, da vítima ou de terceiro, ou de um objecto;
 - ii) Constranger uma pessoa, reduzida ao estado ou à condição de escravo, a praticar actos de natureza sexual;
 - iii) Constranger uma pessoa a prostituir-se;
 - iv) Provocar a gravidez de uma mulher com a intenção de, desse modo, modificar a composição étnica de uma população;
 - v) Privar uma pessoa da capacidade biológica de reproduzir;
 - vi) Outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
 - b) Perseguição, entendida como a privação do gozo de direitos fundamentais, em violação do direito internacional, a um grupo ou colectividade que possa ser identificado por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos, de sexo ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional;
 - 3) Desaparecimento forçado de pessoas, entendido como a detenção, a prisão ou o sequestro promovido por um Estado ou organização política, ou com a sua autorização, apoio ou concordância, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a protecção da lei por um longo período de tempo;
 - 4) Apartheid, entendido como qualquer acto desumano praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre outro ou outros, com a intenção de manter esse regime;
 - 5) Actos desumanos de carácter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento, ferimentos graves ou afectem a saúde mental ou física;
- é punido com pena de prisão de 12 a 25 anos”.

Duas notas devem ser aqui evidenciadas: a) as condutas tipificadas nesta norma são, de um modo geral, as mesmas que estão no artigo 7.º do ETPI; b) o legislador português teve o cuidado de, relativamente a algumas condutas, fazer um esforço de precisão quanto à descrição dos elementos objetivos, nomeadamente o que se refere à descrição da própria conduta, coisa que na maior parte dos casos do ETPI isso não sucede. Daqui decorre, às vezes, uma certa diferença da tipicidade. Naturalmente que se uma pessoa for julgada em Portugal, nos termos do artigo 5.º da Lei 31/2004, de 22 de julho, aplicar-se-ão as normas desta Lei e não do ETPI. Mas uma coisa é certa: o âmbito de proteção jurídico-penal concedido pelo ETPI está perfeitamente salvaguardado com esta lei especial.

Há contudo uma diferença substancial que deve ser realçada: a pena prevista para os crimes contra a humanidade, de acordo com o artigo 9.º, é de 12 a 25 anos. Não há pena de prisão perpétua, nem podia haver, uma vez que Portugal, tendo uma Constituição humanista que proíbe tanto a pena de morte como a prisão perpétua, não poderia ter adoptado estas penas.

Pelos crimes contra a humanidade, nos termos da lei portuguesa – diferentemente do que sucede no ETPI – respondem os maiores de 16 anos, por força do artigo 4.º daquela Lei e do artigo 19.º do CP.

E, finalmente, ao arrepio do que é tradição no direito português, os crimes contra a humanidade previstos nesta lei especial, tal como determina o artigo 7.º, são imprescritíveis, tanto quanto ao procedimento criminal como relativamente às penas.

CRIMES DE GUERRA

Maria de Assunção do Vale Pereira

Artigo 8.º

Crimes de guerra

1 - O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes.

2 - Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por «crimes de guerra»:

a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes actos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:

i) Homicídio doloso;

ii) Tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas;

iii) O acto de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde;

iv) Destruição ou apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária;

v) O acto de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob protecção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga;

- vi) Privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob protecção do seu direito a um julgamento justo e imparcial;
 - vii) Deportação ou transferência, ou a privação de liberdade ilegais;
 - viii) Tomada de reféns;
- b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no quadro do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes actos:
- i) Atacar intencionalmente a população civil em geral ou civis que não participem directamente nas hostilidades;
 - ii) Atacar intencionalmente bens civis, ou seja, bens que não sejam objectivos 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 protecção 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 carácter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e directa que se previa;
 - v) Atacar ou bombardear, por qualquer meio, aglomerados populacionais, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objectivos militares;
 - vi) Provocar a morte ou ferimentos a um combatente que tenha depositado 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, directa ou indirecta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro 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 objectivos 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 efectuadas 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 acções dos nacionais da parte inimiga;
- xv) O facto de uma parte beligerante obrigar os nacionais da 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, projecteis, 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, projecteis, materiais e métodos de combate sejam objecto de uma proibição geral e estejam incluídos num anexo ao pre-

sente 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 actos 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;

xxvi) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar activamente nas hostilidades;

c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3.º comum às quatro Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos actos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem directamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo:

i) Actos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura;

ii) Ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;

iii) A tomada de reféns;

iv) As condenações proferidas e as execuções efectuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça

todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como indispensáveis;

d) A alínea c) do n.º 2 do presente artigo aplica-se aos conflitos armados que não tenham carácter internacional e, por conseguinte, não se aplica a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, actos de violência esporádicos ou isolados ou outros de carácter semelhante;

e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm carácter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes actos:

i) Atacar intencionalmente a população civil em geral ou civis que não participem directamente nas hostilidades;

ii) Atacar intencionalmente edifícios, material, unidades e veículos sanitários, bem como o pessoal habilitado a usar os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, de acordo com o direito internacional;

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 protecção conferida pelo direito internacional dos conflitos armados aos civis e aos bens civis;

iv) Atacar intencionalmente 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 objectivos militares;

v) Saquear um aglomerado populacional ou um local, mesmo quando tomado de assalto;

vi) Cometer actos 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 ou qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave do artigo 3.º comum às quatro Convenções de Genebra;

vii) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou em grupos, ou utilizá-los para participar activamente nas hostilidades;

viii) Ordenar a deslocação da população civil por razões relacionadas com o conflito, salvo se assim o exigirem a segurança dos civis em questão ou razões militares imperiosas;

- ix) Matar ou ferir à traição um combatente de uma parte beligerante;
- x) Declarar que não será dado abrigo;
- xi) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de outra 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 efectuadas no interesse dessa pessoa, e que causem a morte ou ponham seriamente a sua saúde em perigo;
- xii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o exijam;
- xiii) Utilizar veneno ou armas envenenadas;
- xiv) Utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou similares ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo;
- xv) 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.

f) A alínea e) do n.º 2 do presente artigo aplicar-se-á aos conflitos armados que não tenham carácter internacional e, por conseguinte, não se aplicará a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, actos de violência esporádicos ou isolados ou outros de carácter semelhante; aplicar-se-á, ainda, a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos.

3 - O disposto nas alíneas c) e e) do n.º 2 em nada afectará a responsabilidade que incumbe a todo o Governo de manter e de restabelecer a ordem pública no Estado e de defender a unidade e a integridade territorial do Estado por qualquer meio legítimo

I - Introdução

1. Apresentação

De entre os crimes que cabem na competência *ratione materiae* do TPI, figuram os crimes de guerra (art. 5.º, n.º 1, c), do Estatuto do TPI (ETPI), o que bem se compreende se atendermos em que a grande motivação que conduziu

à criação deste Tribunal foi a de que “os crimes de maior gravidade que afetam a comunidade internacional no seu conjunto não devem ficar impunes”; e a que, de entre esses crimes, figuram certamente aquelas violações graves dos direitos fundamentais dos seres humanos que ocorrem em situações de conflito armado, em que “milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da Humanidade”, como se lê no Preâmbulo do Estatuto deste Tribunal.

Os crimes de guerra correspondem a violações graves das normas que regulamentam os comportamentos que devem ser adotados em situação de conflito armado, que estão tipificadas como tal. Falamos, portanto, de violações graves do Direito Internacional Humanitário (DIH), que corresponde, no essencial, ao *jus in bellum*, e que pode ser definido como “conjunto de normas jurídicas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado em situações de conflitos armados, internacionais ou não internacionais, e que limita, por razões de humanidade, o direito das partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou que protege as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados, pelo conflito”¹. Do que resulta que o DIH é constituído por normas aplicáveis em tempo de conflito armado com vista a, por um lado, proteger as pessoas que não participam ou deixaram de participar das hostilidades, e, por outro lado, limitar, por razões de humanidade, os métodos e meios de fazer a guerra.

2. Breve resenha histórica

Apesar de o ano de 1864 ser geralmente cunhado como o da “data de nascimento” do DIH², já anteriormente existiam muitas normas limitadoras dos comportamentos admissíveis em combate, quer de direito consuetudinário, quer

¹ Maria de Assunção do Vale Pereira, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 3.

² Foi nesse ano que foi celebrado o primeiro tratado internacional na matéria, concretamente a Convenção de Genebra, de 22 de agosto de 1864, para melhorar a sorte dos militares feridos nos exércitos em campanha. Acerca do contexto conducente à sua aprovação, veja-se Maria de Assunção do Vale Pereira, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, *cit.*, pp. 5 a 9.

consagradas em regulamentos dos exércitos (direito interno)³, muitos dos quais estabeleciam penas para as violações graves dos mesmos⁴.

A nível internacional, encontramos uma primeira referência ao conceito de crimes de guerra no Tratado de Versalhes, em cujo art. 228.º o Governo alemão “reconhece o direito das Potências Aliadas e Associadas de levar perante tribunais militares pessoas acusadas de ter cometido *atos em violação das leis e costumes de guerra*”⁵. Sendo certo que esta disposição não se refere a qualquer tribunal internacional, constata-se a afirmação do direito de julgar presumíveis autores de violações das leis e costumes de guerra⁶.

Nova referência, em documento internacional, a crimes de guerra surge na Carta do Tribunal Internacional Militar, de 1945 (Tribunal de Nuremberga), cujo art. 6.º, que define a competência *ratione materiae* do Tribunal, integra na alínea b) “*crimes de guerra*: nomeadamente, violações das leis ou costumes de guerra. Tais violações incluem, mas não se limitam a, homicídio, maus-tratos ou deportação para trabalho escravo ou qualquer outro fim da população civil de, ou em, território ocupado, homicídio ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou pessoas nos mares, assassinato de reféns, a execução de reféns, a pilhagem de propriedade pública ou privada, destruição de cidades ou povoações, ou a devastação não justificada por necessidade militar”.

Identicamente, a Constituição do Tribunal Militar para o Extremo Oriente (vulgo, Tribunal de Tóquio) prevê, no art. 5º, que “os seguintes atos, ou qualquer deles, são crimes no âmbito da jurisdição do Tribunal, pelos quais deve

³ Podem ver-se vários exemplos em Stephen C. Neff, *War and the Law of Nations. A General History*, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2005. Merece particular destaque, pelo grau de desenvolvimento e pela influência que teve na evolução do DIH, o Código Lieber (de seu nome, *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*), promulgado em 1863, pelo Presidente Lincoln, em plena guerra da secessão, pelo que “[o] Código Lieber (1863) foi, durante a Guerra da Secessão, a primeira regulamentação escrita aplicável, no quadro de uma guerra civil, pelas duas partes” (LOUIS LAFRANCE. *Droit humanitaire et guerres déstructurées*, Montréal: Liber, 2006, p. 27).

⁴ Assim, o art. 71.º do dito Código Lieber dispunha: “Quem intencionalmente infligir ferimentos adicionais a um inimigo já totalmente incapaz de combater, ou matar um inimigo nessas condições ou ordenar ou incitar soldados a fazê-lo, deverá sofrer a morte, se devidamente condenado, quer pertença ao Exército dos Estados Unidos, quer seja um inimigo capturado depois de ter cometido tais ilícitos”. Também o seu art. 11.º proíbe determinados comportamentos no decurso da guerra e afirma: “As infrações a esta regra serão severamente punidas, especialmente se forem cometidas pelos oficiais”.

⁵ Itálicos nossos.

⁶ A expressão *leis e costumes da guerra* generalizou-se a partir da adoção da II Convenção da Haia, de 1899, precisamente sobre *leis e costumes da guerra*, que aprova o *Regulamento sobre as leis e costumes da guerra em terra*, que figura como anexo dessa Convenção. Diga-se, aliás, que esta Convenção foi desenvolvida em 1907, pela IV Convenção da Haia desse ano, que tem idêntica designação e igualmente um anexo com o mesmo título.

ser estabelecida responsabilidade individual: (...) (b) *Crimes de Guerra Convencionais*: nomeadamente, violações das leis e costumes de Guerra: (...)”.

E, em 1950, são afirmados, pela Comissão de Direito Internacional, os *Princípios de Nuremberga*, reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberga e nos julgamentos desse Tribunal. Nesse documento, são referidos os crimes de guerra, onde se enquadram os comportamentos previstos no art. 6.º b), da Carta do Tribunal de Nuremberga, embora com uma redação que retira o carácter exemplificativo que existia naquele outro texto⁷.

Em 1949 – ou seja, na sequência da Segunda Guerra Mundial –, são aprovadas as quatro Convenções de Genebra (para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha; para melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos das Forças Armadas no Mar; Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra; Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, respetivamente) que, conjuntamente com os Protocolos Adicionais adotados em 1977, que as vieram desenvolver, constituem ainda hoje os grandes pilares do DIH. No texto daquelas Convenções não encontramos qualquer referência à expressão “crimes de guerra”. Todavia, os artigos 50.º, 51.º, 130.º e 147.º das I, II, III e IV Convenções, respetivamente, elencam um conjunto de comportamentos que devem ser considerados como “infrações graves” (por oposição a “infrações”), sendo certo que cada um dos artigos referidos vem afirmar deveres específicos das partes para garantirem que os presumíveis autores das ditas infrações graves sejam julgados⁸, como referido supra. Na verdade, a principal distinção, nas Convenções, entre ‘infrações’ e ‘infrações graves’ assenta no facto de que, “embora as partes no conflito tenham a obrigação de adotar as medidas necessárias para fazer cessar toda a violação às Convenções e ao I Protocolo, elas só estão vinculadas a levar a tribunal as pessoas que cometeram infrações graves a esses tratados, que são, em qualquer caso, consideradas como crimes de guerra”⁹.

Esta distinção entre infrações e infrações graves mantém-se no I PA. Assim, no n.º 4 do seu art. 11.º, pode ler-se: “4 - Qualquer acto ou omissão voluntária que ponha gravemente em perigo a saúde ou integridade física ou mental de uma pessoa em poder de uma Parte, que não aquela da qual depende, e que infrinja uma das proibições enunciadas pelos n.os 1 e 2, ou não respeite as

⁷ Veja-se Princípio VI b) do documento, que pode ser consultado em Maria de Assunção do Vale Pereira, *Textos de Direito Internacional*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2018, pp. 195-196.

⁸ Veja-se Maria de Assunção do Vale Pereira, “A Responsabilidade internacional do Indivíduo”, supra, p. 37.

⁹ Yves Sandoz, “Article 11”, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds), Geneva, International Committee of the Red Cross / Martinus Nijhoff Publishers, 1987, 158-159, par. 491.

condições prescritas pelo n.º 3, constitui infracção grave ao presente Protocolo”. Também no art. 85.º do I Protocolo Adicional (I PA), os n.ºs 3 e 4 aditam aos estabelecidos no art. 11.º outros comportamentos que devem ser considerados infracções graves; por fim, o n.º 5 dispõe: “Sob reserva da aplicação das Convenções e do presente Protocolo, as infracções graves a estes documentos são consideradas crimes de guerra”, surgindo, assim, a expressão num dos principais documentos de DIH. Refira-se, ainda, que o art. 86.º do documento em questão afirma ser dever das Partes Contratantes reprimir as infracções graves.

Na década de 90 do séc. XX, vão ser criados vários tribunais criminais *ad hoc*, de natureza internacional (designadamente, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia (TPIex-J) e o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (TPIR)) ou, quando menos, com uma dimensão internacional (como acontece com o Tribunal Especial para a Serra Leoa (TrEspSL)). No âmbito da competência *ratione materiae* destes Tribunais, aparece expressamente a referência aos crimes de guerra, embora essa referência seja feita em termos distintos. Assim, os arts. 2.º e 3.º do Estatuto do TPIex-J têm por epígrafe “Violações graves às Convenções de Genebra de 1949” e “Violações das leis ou dos costumes da guerra”, respetivamente, enquanto o art. 4.º do TPIR versa sobre “Violações do artigo 3.º comum às Convenções de Genebra e do Segundo Protocolo Adicional”, tal como acontece com art. 3.º do Estatuto do TrEspSL. Esta distinção prende-se com o tipo de conflito armado travado em cada um dos casos.

3. Os crimes de guerra no Estatuto do TPI

Como afirmamos, também no Estatuto do TPI os crimes de guerra são referidos, nos arts. 5.º, c), e 8.º, como crimes da competência deste Tribunal.

Nesta matéria, há que começar por ter em conta que, para que um comportamento possa ser considerado como crime de guerra, necessário se torna que o mesmo ocorra no contexto de um conflito armado¹⁰, seja ele internacional ou interno, atendendo à classificação fundamental que dos mesmos é feita e à luz da qual são determinadas as normas aplicáveis a cada um destes tipos de conflito. Por outro lado, há também que ter em atenção que o DIH não é aplicável a qualquer situação de tensão em que existam atos de hostilidade mais ou menos violentas, mas torna-se necessário que se atinja o patamar de conflito armado¹¹. Nesse sentido, tenha-se em conta que o n.º 2 do art. 1.º do II PA determina que esse documento “não se aplica às situações de tensão e de perturbação internas,

¹⁰ Refira-se que a expressão *conflito armado* veio substituir a palavra *guerra*, sobretudo no pós Segunda Guerra Mundial, como já referido em Maria de Assunção do Vale Pereira, “A Responsabilidade internacional do Indivíduo”, *supra*, p. 36, nota 6.

¹¹ Frequentemente essas situações de tensão podem evoluir para conflito armado e nem sempre será fácil determinar a partir de que momento se atingiu este patamar.

tais como motins, atos de violência isolados e esporádicos e outros atos análogos, que não são considerados como conflitos armados”¹². E o mesmo se podia já depreender do art. 3.º comum às quatro Convenções de Genebra, dado nele se afirmar expressamente só ser aplicável a situações de *conflito armado*.

Sendo certo que nem sempre é fácil determinar quando estamos face a um conflito armado, socorrendo-nos da jurisprudência do Tribunal Penal para o Ruanda, também adotada pelo Tribunal Penal para a ex-Jugoslávia, podemos afirmar que, para que o mesmo se verifique, terão de verificar-se duas características: por um lado, uma certa intensidade das hostilidades; por outro, algum grau de organização das partes. Nesse sentido, o referido Tribunal sustentou que, para se pronunciar acerca da existência de um conflito armado no Ruanda, “será necessário, portanto, apreciar a intensidade do conflito e da organização das partes em conflito”¹³. E o Tribunal Penal para a ex-Jugoslávia especificou: “concluímos que existe um conflito armado sempre que há um recurso à força armada entre Estados ou violência armada prolongada entre Estados e grupos armados organizados ou entre esse grupos dentro de um Estado”¹⁴.

No ETPI, os comportamentos constitutivos de crimes de guerra surgem enumerados no n.º 2 do art. 8.º. Começamos por fazer agora uma breve explicação acerca da sua distribuição pelas diferentes alíneas desse n.º 2, que é feita, em larga medida, atendendo ao tipo de conflito em causa e às normas de DIH que lhe são aplicáveis.

¹² Segundo o Comité Internacional da Cruz Vermelha (CICV), as perturbações internas remetem-nos para situações em que, sem que haja propriamente lugar a falar de conflito armado não internacional, existe, no entanto, no plano interno, um confronto que apresenta um certo grau de gravidade ou de duração e comporta atos de violência, que podem revestir formas variáveis, indo do surgimento espontâneo de atos de revolta à luta entre grupos mais ou menos organizados e as autoridades no poder. Por seu lado, as tensões internas indicam a existência de um clima de tensão grave (político, religioso, racial, social, económico, etc.) ou surgem como seqüela de conflitos armados ou perturbações internas que se caracterizam, isolada ou conjuntamente, por: prisões maciças; elevado número de detenções por motivos políticos; provável existência de maus-tratos ou condições de detenção desumanas e degradantes; suspensão de garantias judiciais fundamentais, em virtude quer do estado de exceção quer de uma situação de facto; ou alegações de desaparecimentos (cf. SYLVIE-STOYANKA JUNOD, “Protocole II – Article premier”, *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, cit., p. 1379, pars. 4475 e 4476).

¹³ TPIR *Procurador c. Jean-Paul Akayesu*, Caso ICTR-96-4-T, Sentença da 1.ª Câmara, de 2 de setembro de 1998, par. 620. Esta ideia de organização “implica, no mínimo, uma estrutura comum de comando, comunicações adequadas, planeamento e execução de missão conjunta e cooperação na aquisição e distribuição de armamento” (Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, doc. A/68/389, 18 September 2013, par. 66).

¹⁴ TPIe-J, *Prosecutor v. Tadić*, Caso IT-94-1), Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de outubro de 1995, para. 70.

Nesse sentido, deve ter-se em conta que, até 1949, as normas de DIH regulavam exclusivamente os conflitos internacionais, o que, até então, era genericamente equivalente a conflitos interestaduais. O entendimento vigente era de que "se algum movimento se organizava e recorria a armas contra o Estado, essa era uma questão que só a esse Estado dizia respeito e em relação ao qual os demais não tinham o direito de opinar, sob pena de se estar a ingerir nos seus assuntos internos, ingerência essa que constituía um facto ilícito. Portanto, o que se passava no seio do Estado nascia e morria no seio do Estado, não cabendo ao direito internacional regular tal matéria"¹⁵. Apesar deste entendimento ainda estar bastante enraizado em 1949 – levando a que as ditas Convenções de Genebra se dirijam, em termos gerais, aos conflitos internacionais –, outra visão começava a impor-se, que conduziu a que, nas referidas quatro Convenções de Genebra, fosse integrado um art. 3.º comum, dirigido a conflitos não internacionais, e definido obrigações às partes nesses conflitos de salvaguardar, pelo menos, os direitos básicos dos que sofrem os efeitos dos mesmos¹⁶. Portanto, este artigo vem definir o que podemos considerar um *standard mínimo* de proteção, no contexto de conflitos armados não internacionais. "Esta disposição – de carácter tão essencial que já tem sido considerada um exemplo de norma de *jus cogens*"¹⁷ – vem atribuir relevância internacional ao modo como o Estado se comporta internamente face a um grupo que, por recurso às armas, pretende pôr em causa o poder nele estabelecido. E, mais do que isso, refere como "Parte no conflito" as forças em luta, colocando ao mesmo nível, no plano das obrigações que para cada uma decorrem, as forças estaduais e aquelas que as combatem, definindo, em relação a ambas, um leque de direitos e deveres que devem respeitar¹⁸. Trata-se,

¹⁵ Maria de Assunção do Vale Pereira, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, cit., p. 36.

¹⁶ Isto porque foi rejeitada a proposta do CICV que pretendia que as referidas Convenções se aplicassem a todo o conflito armado, incluindo de de carácter não internacional, que surgissem no território de uma ou mais partes contratantes.

¹⁷ Nesse sentido, veja-se LOUIS LAFRANCE, *Droit humanitaire et guerres déstructurées*, cit., p. 87, que considera que há qualquer coisa no conceito que transcende o direito e que "as normas de *jus cogens* traduziriam uma consciência humana universal que teria atravessado o tempo e estaria impregnada nas sociedades humanas" (*ibid.*).

¹⁸ Efetivamente, a expressão "cada uma das Partes" marca uma evolução no direito internacional. "Ainda recentemente era considerado juridicamente irrealizável a ideia de ligar através de uma Convenção internacional uma parte não signatária e, mais ainda, uma parte ainda não existente, que nem mesmo se exige que represente uma entidade jurídica capaz de se obrigar internacionalmente" (*Commentaire à la IV Convention de Genève*, Jean Pictet *et al.* (dir.), Genève, Comité international de la Croix Rouge, 1956, p. 42).

por consequência, de uma norma que pode considerar-se revolucionária ao nível do próprio conceito de regulação de conflitos¹⁹.

Como mencionado, as referidas Convenção de Genebra foram posteriormente desenvolvidas através de dois Protocolos adotados em 1977, o primeiro dos quais é “relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais”, enquanto o segundo é “relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais”, como se lê nos respetivos títulos²⁰.

Tendo em conta esta distinção entre conflitos internacionais e internos e o facto de existirem normas especificamente aplicáveis a cada um deles – sem prejuízo das normas de DIH aplicáveis em qualquer conflito armado –, percebe-se que as alíneas *a*) e *b*) do n.º 2 do art. 8.º do ETPI se referem a crimes cometidos no contexto de conflitos internacionais (a alínea *a*) refere-se a “violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949”, e a alínea *b*) a “outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais”²¹). E porque o Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia se destinava a julgar crimes cometidos no âmbito de conflitos armados entre os Estados surgidos da desintegração da República Federativa Socialista da Jugoslávia – portanto, conflitos interestaduais – bem se percebe que as disposições do seu Estatuto relativas aos crimes de guerra tivessem precisamente por epígrafe “Violações graves às Convenções de Genebra de 1949” e “Violações das leis ou dos costumes da guerra”.

Deve, todavia, alertar-se para o facto de o conceito de conflito armado internacional não se reconduzir hoje exclusivamente a conflitos interestaduais. Assim, deve atender-se ao disposto no n.º 4 do art. 1.º do I PA, segundo o qual “[n]as situações mencionadas no número precedente estão incluídos os conflitos armados em que os povos lutam contra a dominação colonial e a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas no exercício do direito dos povos à autodeterminação, (...)”. Como referimos em obra anterior, “da redação desta

¹⁹ Maria de Assunção do Vale Pereira, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, cit., p. 37.

²⁰ Pelo que o II PA é aplicável a “todos os conflitos armados (...) que se desenrolem em território de uma Alta Parte Contratante, entre as suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados, sob a chefia de um comando responsável, exerceram sobre uma parte do seu território um controlo tal que lhes permita levar a cabo operações militares contínuas e organizadas e aplicar o presente Protocolo”, como se lê no n.º 1 do seu art. 1.º.

²¹ Segundo Cottier, aquela expressão constitui “uma inusual mistura da noção mais antiga de ‘leis e costumes de guerra’ e a moderna terminologia do DIH. De qualquer modo, a expressão torna claro que todos os crimes de guerra nos termos da alínea *b*) só são aplicáveis em conflitos armados internacionais (...)” (Michael Cottier, “Article 8”, in *The Rome Statute of International Criminal Court. A Commentary*, 3.ª ed., Otto Triffterer / Kai Ambos (eds.), München, C.H. Beck, 2016, p. 35, par. 180); e decorrem de violações quer do referido Regulamento da Haia de 1907, quer do I PA ou ainda de outros tratados de Direito Internacional Humanitário.

disposição resulta que, mais do que integrar novos tipos de conflitos nos conflitos internacionais, se especificam conflitos que já estariam contemplados nas próprias Convenções de Genebra e que agora se afirma estarem aí incluídos²².

Por outro lado, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia sustentou, no julgamento do caso Tadić: “é indiscutível que um conflito armado é internacional se tem lugar entre dois ou mais Estados. Além disso, um conflito armado interno, que irrompe no território de um Estado, pode tornar-se internacional (...) se (i) um outro Estado intervém nesse conflito através das suas tropas, ou se (ii) alguns dos participantes no conflito armado interno agem por conta desse outro Estado²³. A situação referida em (i) remete-nos para a internacionalização de conflitos, embora num entendimento alargado²⁴; por seu lado, a referida em (ii) apela à imputação a um Estado – que não o Estado em cujo território o conflito que verifica – dos comportamentos de uma das partes num conflito aparentemente interno, à luz do art. 8.º do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Factos Internacionalmente Ilícitos, de que a AG tomou conhecimento pela resolução 56/83, de 28 de janeiro de 2002²⁵. Diga-se, no entanto, que este último entendimento do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia gerou forte reação por parte do Tribunal Internacional de Justiça²⁶.

²² Maria de Assunção do Vale Pereira, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, cit., pp. 87-88.

²³ Caso n. IT-94-1-I, Appeals Chamber Judgement of 15 July 1999, par. 84.

²⁴ Isto porque tradicionalmente se entendia que “a intervenção por um terceiro Estado em apoio de um grupo armado não governamental que se opõe às forças estaduais resulta na ‘internacionalização’ do conflito interno existente”; pelo contrário, “se um Estado intervém com as suas forças armadas ao lado de um outro Estado num conflito armado não internacional, é geralmente entendido que isso não altera a qualificação do conflito” (SYLVAIN VITÉ, “Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations”, *IRRC*, Vol. 91, N.º 873, 2009, p. 86). Ora, na sentença em causa não é feita essa distinção; ou seja, a internacionalização não parece depender de determinar em favor de qual das partes se verifica a intervenção.

²⁵ Nos termos dessa disposição, “[o] comportamento de uma pessoa ou de um grupo de pessoas será considerado como um facto do Estado segundo o direito internacional se essa pessoa ou esse grupo de pessoas, ao adotar esse comportamento, agiu de facto sob instruções ou direção ou controlo desse Estado”. O texto do referido Projeto pode ver-se em Maria de Assunção do Vale Pereira, *Textos de Direito Internacional*, cit., pp. 55 a 67.

²⁶ Acerca dessa problemática, veja-se PEREIRA, MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE, *A Intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 295 a 305.

Pelo contrário, as alíneas *c)* e *e)* do n.º 2 do art. 8.º referem-se a crimes cometidos em conflitos internos²⁷. Assim, a primeira destas alíneas refere-se a comportamentos ocorridos em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, especificamente às “violações graves do artigo 3.º comum às quatro Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949”²⁸, aplicável a este tipo de conflitos, como referimos. Por seu lado, a linha *e)* faz referência a ‘outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm carácter internacional’, “baseada principalmente nos Regulamentos da Haia de 1907 e no II Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, de 1977”²⁹.

O facto de o ETPI definir os crimes de guerra por referência à natureza do conflito bem como às fontes de DIH tem sido censurada por ignorar a tendência existente para uma aproximação dos regimes jurídicos dos diferentes tipos de conflitos armados, revelando uma incapacidade para “abolir a antiquada separação dos dois regimes conflitos e descurando a criação de um corpo uniforme de crimes aplicável a todos os conflitos”³⁰.

Em relação a estas alíneas, se há que reconhecer que, se as normas convencionais constantes dos documentos considerados como ‘os grandes pilares do DIH’ aplicáveis a conflitos internos são significativamente menos desenvolvidas – embora contendo os princípios fundamentais deste ramo do Direito Internacional –, deve também atender-se a que várias outras convenções de DIH, em

²⁷ Quanto à alínea *d)* limita-se a explicitar aquilo que decorre do âmbito material de aplicação do DIH – exclusivamente conflitos armados –, reiterando o que já deixamos afirmado supra, ao prever que a al. *c)* se aplica “aos conflitos armados que não tenham carácter internacional e, por conseguinte, não se aplica a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, actos de violência esporádicos ou isolados ou outros de carácter semelhante”.

²⁸ Pode estranhar-se o facto de esta disposição se referir apenas a violações do art. 3.º comum e já não a violação do II PA, como vimos acontecer nos Estatutos do TPIR e do TrEspS. A verdade é que se, em relação às Convenções de Genebra (CGs), o TIJ já afirmou claramente que “é sem dúvida pelo facto de um grande número de regras de direito humanitário ser tão fundamental para o respeito da pessoa humana e por “considerações elementares de humanidade”, segundo a expressão utilizada pelo Tribunal no seu acórdão proferido no caso *Détroit de Corfou* (...) que a IV Convenção da Haia e as Convenções de Genebra beneficiaram de uma larga adesão dos Estados. Estas regras fundamentais impõem-se, aliás, a todos os Estados, tenham ou não ratificado os instrumentos convencionais que as exprimem, porque constituem princípios intransigíveis do direito internacional costumeiro” (Parecer *Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires*, TIJ Rep., 1996, p. 257, par. 79). O reconhecimento da natureza consuetudinária, que tornaria a sua aplicabilidade independente da vinculação do Estado, às normas constantes dos Protocolos Adicionais – particularmente do II PA – sofre ainda contestação (mau grado o elevado número de Estados partes: 174, no caso do I PA e 168 quanto ao II PA), apesar de ter também defensores. Ora, tanto o Ruanda como a Serra Leoa (desde 1994 e 1986, respetivamente) são partes no II PA, pelo que não houve obstáculo a que os tribunais criados para julgar os crimes graves cometidos nos seus territórios pudessem conhecer de violações graves do II PA.

²⁹ Alexander Schwarz, “War Crimes”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.

³⁰ Alexander Schwarz, “War Crimes”, *cit.*, que cita Cassese e Kai Ambos no mesmo sentido.

matéria específicas, são aplicáveis quer em conflitos internacionais, quer internos³¹ e a que o costume é uma importante fonte de DIH. E dada essa importância, torna-se fundamental apurar as normas costumeiras vigentes. Atestando essa importância, na XXVI Conferência Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, foi recomendado que “o CICV seja convidado a preparar, com a assistência de peritos em DIH que representem as várias regiões geográficas e os diferentes sistemas jurídicos, e em consulta com peritos dos governos e das organizações internacionais, um relatório sobre as normas costumeiras de DIH aplicáveis nos conflitos armados internacionais e não internacionais, e a fazer circular o relatório entre os Estados e os organismos internacionais competentes”³². E, na sequência deste apelo, foi publicado um Relatório, que se propunha prosseguir *inter alia* dois objetivos: “o primeiro objetivo do estudo era determinar que normas de direito internacional humanitário fazem parte do direito internacional consuetudinário e, conseqüentemente, são aplicáveis a todas as partes num conflito, quer tenham ratificado ou não tratados que contêm essas normas ou outras idênticas”³³; por outro lado, “o segundo objetivo do estudo era determinar se o direito internacional consuetudinário regula os conflitos armados não internacionais de forma mais detalhada do que o direito convencional e, em caso afirmativo, em que medida”. O estudo em questão, elaborado por Jean-Marie Henckaerts e Louise Doswald-Beck, apurou cerca de 160 normas de natureza consuetudinária que, consoante os casos, se aplicam tanto a conflitos internacionais como não internacionais ou apenas a alguma dessas categorias³⁴. E a verdade é que, ao nível do DIH consuetudinário, se esbate consideravelmente a diferença de desenvolvimento do regime jurídico aplicável a cada um dos tipos de conflito, uma vez que grande parte dessas normas são aplicáveis a ambos.

Por fim, a alínea f) do n.º 2 do art. 8.º do TPI começa por reiterar, em relação à alínea e), o que a alínea d) afirmara quanto à aplicabilidade da alínea c): que a mesma não é aplicável “a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, actos de violência esporádicos ou isolados ou outros de carácter semelhante”. No entanto, nesta alínea, acrescenta-se que o disposto na alínea e) “aplicar-se-á, ainda, a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos”. Esta última

³¹ Pense-se, meramente a título de exemplo, no *Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados*, de 2000.

³² Recommendation II of the Intergovernmental Group of Experts.

³³ JEAN-MARIE HENCKAERTS, “Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict”, *cit.*, pp. 177.

³⁴ Veja-se in JEAN-MARIE HENCKAERTS / LOUISE DOSWALD-BECK, *Droit International Humanitaire Coutumier*, Volume I: Règles, Bruxelles / Genève: Bruylant/ CICR, 2006.

parte da disposição parece muito influenciada pela jurisprudência do TPIex-J que, na avaliação da existência de um conflito armado interno, colocou particular ênfase no carácter prolongado do conflito e no grau de organização das partes, como resulta da afirmação, no caso *Tadić*, de que “há um conflito armado sempre que há recurso à força armada entre Estados ou um *conflito armado prolongado* entre as autoridades governamentais e grupos armados *organizados* ou entre de tais grupos no seio de um Estado”³⁵. E, no caso *Delalić*, o mesmo Tribunal especificou que “[p]ara distinguir de casos de desordem civil ou atividades terroristas, a ênfase está na extensão prolongada da violência armada e no grau de organização das partes envolvidas”³⁶. Talvez este enquadramento explique a associação, na mesma alínea, da não aplicabilidade a situações de perturbação interna e da referência a conflitos prolongados.

No entanto, a interpretação desta alínea *f*) suscitou algumas divergências, levando certos autores a sustentar que nela se afirmava um novo tipo de conflito armado – o conflito prolongado – enquanto outros entendem que o que esta disposição faz é alargar o patamar definido no II PA (como já vinha sendo feito por via costumeira), retirando do seu âmbito as situações de perturbação interna.

Não cremos que se possa falar de um novo tipo de conflito armado. Além do mais, como já tivemos oportunidade de sustentar, “definir a duração do conflito como critério implica determinar a partir de que momento se considera que a duração das hostilidades é suficientemente prolongada para se poder concluir pela existência de um conflito armado reconduzível à alínea *f*) do n.º 2 do art. 8.º do ETPI”³⁷. E, como refere Sassòli, “[é] difícil imaginar que a obrigação de respeitar o DIH não surja no início de um conflito, mas somente a partir desse momento em que as hostilidades se tornem prolongadas”³⁸.

Por fim, deve ter-se em consideração que pode verificar-se a sobreposição de conflitos de diferentes tipos num mesmo cenário. Um caso em que isso se verificou de forma incontroversa foi na Sérvia, onde depois de iniciado um conflito armado interno iniciado em 1998 entre o exército sérvio e o UCK, os membros da NATO decidiram intervir, alegadamente com vista a fazer a Sérvia cumprir as resoluções que o CS lhe dirigira e ainda não cumpridas e a evitar uma catástrofe humanitária. A propósito deste caso, foi afirmado pelo CICV: “desde o início das

³⁵ Case N.º IT-95-9-T, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, October 2, 1995, para. 70 (itálicos nossos).

³⁶ Case N.º IT-96-21-T, Câmara de Primeira Instância, Caso *Prosecutor v. Zejnil Delalić*, 16 de Novembro de 1998 par. 184.

³⁷ Maria de Assunção do Vale Pereira, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, cit, p. 110.

³⁸ Marco Sassòli, “Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law”, *Humanitarian Policy and Conflict Research Occasional Paper Series*, Winter 2006, N.º 6, p. 7.

operações da NATO contra a República Federal da Jugoslávia, têm lugar dois conflitos simultâneos e sobrepostos um ao outro: por um lado, entre a Jugoslávia e os Estados-membros da NATO, que se inicia a 24 de março de 1999, e, por outro, entre as forças jugoslavas e o Exército de Libertação do Kosovo (UCK) que se inicia antes dos últimos acontecimentos³⁹.

II - Os crimes de guerra definidos no art. 8.º do ETPI

Passando à questão de identificação dos comportamentos constitutivos do elemento material dos crimes de guerra, e uma vez que não nos vamos debruçar sobre cada uma das alíneas, vamos agrupar os ditos comportamentos tendo em conta dos objetivos que o Direito Internacional Humanitário visa prosseguir e que identificamos quando referimos a sua noção, advertindo desde já que alguns deles visam a prossecução de mais do que um desses objetivos, em simultâneo.

1. Crimes contra pessoas e bens protegidos

De entre os comportamentos tipificados como crimes no art. 8.º do ETPI, vários decorrem do facto de consubstanciarem ataques dirigidos contra pessoas protegidas pelo DIH, causando-lhes danos e sofrimentos sem que tal decorra ou seja justificado por necessidade militar.

E, nesse sentido, a al. a) do n.º 2 do artigo em causa refere um conjunto de comportamentos que constituem “violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes actos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente”. E os comportamentos previstos nessa alínea incluem, designadamente, homicídio doloso; tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas; o ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde; ou ainda a tomada de reféns⁴⁰. Sendo certo que a referência às Convenções de Genebra nos remete para conflitos internacionais, deve dizer-se que a al. c) deste mesmo art. 8.º refere comportamentos idênticos quando tenham lugar quando constituam violações graves ao art. 3.º comum às referidas Convenções de Genebra – ou seja, no contexto de conflitos que não têm natureza internacional – contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a

³⁹ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, *Statement by the International Committee of Red Cross of 26 April 1999*, in «The Balkan Conflict and Respect for International Humanitarian Law», *IRRC*, vol. 82, n.º 834, 1999, p. 408.

⁴⁰ Nesse sentido, vejam-se as subalíneas i), ii), iii), viii).

combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo⁴¹, a saber: atos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura; os ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes; ou ainda a tomada de reféns⁴². Ainda nos termos da al. *a*) do art. 8.º, é definido como crime de guerra a “deportação ou transferência, ou a privação de liberdade ilegais” (subalínea vii), referindo-se a deportação à “remoção forçada de pessoas de um país para outro” e a transferência ao “movimento compulsória de pessoas de uma área para outra dentro do mesmo Estado”⁴³. Já na alínea *b*) se encontra uma subalínea (viii)) que repete substancialmente a anteriormente referida, ao criminalizar “a transferência, directa ou indirecta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território”⁴⁴. Em termos equivalentes, e em relação a conflitos não internacionais, é criminalizado “ordenar a deslocação da população civil por razões relacionadas com o conflito, salvo se assim o exigirem a segurança dos civis em questão ou razões militares imperiosas”⁴⁵.

Na al. *b*) são referidas outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais, algumas das quais traduzem violações de um dos princípios fundamentais do DIH – o princípio da distinção – que obriga a distinguir entre combatentes e civis, por um lado, e entre objetivos militares e bens de carácter civil, pelo outro⁴⁶. Nesse sentido, define-se como crime: atacar

⁴¹ Recorde-se que um dos objetivos do DIH é proteger quem não participa diretamente nas hostilidades e quem deixou de ter essa participação.

⁴² Vejam-se as subalíneas i), ii) e iii).

⁴³ Christopher K. Hall / Carsten Stahn, “Article 8”, in *The Rome Statute of International Criminal Court. A Commentary*, cit., p. 192, par. 44. Refira-se que a deportação ou transferência ilegais constituem infrações graves à luz do art. 147.º da IV CG.

⁴⁴ Como refere Dörmann, “há uma considerável sobreposição entre este crime e o crime nos termos do art. 8.º, n.º 2, *b*), viii) (...) na medida em que ambos têm por base o art. 49.º do IV GC (...). O elemento novo [na última subalínea] é relativo à transferência pela Potência Ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa (Knut Dörmann, “Article 8”, in *The Rome Statute of International Criminal Court. A Commentary*, cit., p. 348, par. 154).

⁴⁵ Art. 8.º, n.º 2, *e*), viii),

⁴⁶ Este princípio encontra-se afirmado no art 48.º do I PA, que tem por epígrafe *Regra Fundamental* e dispõe: “De forma a assegurar o respeito e a protecção da população civil e dos bens de carácter civil, as Partes no conflito devem sempre fazer a distinção entre população civil e combatentes, assim como entre bens de carácter civil e objectivos militares, devendo, portanto, dirigir as suas operações unicamente contra objectivos militares”. Por outro lado, recorde-se que ‘civis’ e ‘bens de carácter civil’ são definidos, no I PA, pela negativa; ou seja, é civil quem não é combatente, e é bem de carácter civil aquele que não constitui objetivo militar, como decorre dos arts 50.º, n.º 1 e 52.º, n.º 1, respetivamente.

intencionalmente a população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades⁴⁷; e atacar intencionalmente bens civis, ou seja, bens que não sejam objectivos militares. A mesma lógica conduz a que na subalínea iii) se qualifique como crime o facto de “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 protecção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados”; ou ainda o facto de “atacar ou bombardear, por qualquer meio, aglomerados populacionais, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objectivos militares”⁴⁸. Os mesmos motivos conduzem à criminalização – quer no contosto de conflitos internacionais quer de conflitos não internacionais - dos “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 objectivos militares”⁴⁹.

Estão ainda definidos como crimes o facto de “compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob protecção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga” ou de “privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob protecção do seu direito a um julgamento justo e imparcial”⁵⁰. As condenações e execuções proferidas em violação da obrigação de julgamento prévio são definidas como crime em relação a toda a ação penal, enquanto violação do art. 3.º comum às CGs, no art. 8.º, n.º2, c), iv), onde se lê: “as condenações proferidas e as execuções efectuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça todas as garantias judiciais geralmente

⁴⁷ Efetivamente, a proteção conferida aos civis cessa se eles participam diretamente nas hostilidades, tornando-se, então, objeto lícito de ataque. Por que nem sempre é fácil determinar quando há participação direta nas hostilidades e a duração da mesma, o CICV divulgou um *Guia Interpretativo sobre a Noção de Participação direta nas Hostilidades*.

⁴⁸ Art.8.º, n.º2, b), i) ii) iii) (sendo esta subalínea reproduzida na al. e), iii) e v).

⁴⁹ Art.8.º, n.º2, b), ix) e e), iv). Recorde-se que, nos termos do n.º 2 do art. 52.º, os objetivos militares se restringem aos que “pela sua natureza, localização, destino ou utilização contribuam efectivamente para a acção militar e cuja destruição total ou parcial, captura ou neutralização ofereça, na ocorrência, uma vantagem militar precisa”. Portanto, pode haver casos em que apesar da natureza dos bens em questão nos orientar no sentido de que os mesmos são bens civis (p. ex., uma escola), pode não ser essa a sua natureza se, por exemplo, estão a ser usados para fins militares (p. ex., como depósito de armas). Por outro lado, em relação aos monumentos históricos, é de referir que, em 1954, foi adotada a Convenção de Haia para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado, que conta com 110 Estados partes.

⁵⁰ Art.8.º, n.º2, a), v) e vi). Estes crimes estão definidos como *delitos graves* tanto no art. 130.º da III CG como no art.147.º da IV CG.

reconhecidas como indispensáveis⁵¹. Paralelamente, constitui também crime de guerra “declarar abolidos, suspensos ou não admissíveis em tribunal os direitos e acções dos nacionais da parte inimiga”⁵².

Além disso, há que ter em conta que a criminalização de certos comportamentos é afirmada não em termos absolutos mas relativizados, no sentido de se tornarem crimes se não justificados por necessidade militar. Ou seja, em situações em que é violado o princípio da proporcionalidade⁵³. Nesse sentido, constitui crime de guerra “lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de carácter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e directa que se previa”⁵⁴ ou ainda “a destruição ou apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária”⁵⁵.

Por outro lado, dissemos que o DIH protege quem deixa de participar nas hostilidade e, a essa luz, percebe-se que se defina como crime o facto de “provocar a morte ou ferimentos a um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido”⁵⁶.

As subalíneas x) da alínea b) e xi) da alínea e) do art. 8.º definem como crime “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 hospi-

⁵¹ Desenvolvendo a alínea pertinente do art. 3.º comum, o art. 6.º do II PA vem formular um conjunto de exigências em relação à ação penal.

⁵² Art.8.º, n.º2, b), xiv).

⁵³ Acerca deste princípio, veja-se Maria de Assunção do Vale Pereira, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, cit., pp. 169-173 e bibliografia aí referida.

⁵⁴ Art.8.º, n.º 2, b), iv) e e) xii), que surge na sequência da afirmação de que se trata de ataques sem discriminação aqueles “de que se possa esperar venham a causar incidentalmente perda de vidas humanas na população civil, ferimentos nas pessoas civis, danos nos bens de carácter civil ou uma combinação destas perdas e danos, que seriam excessivos relativamente à vantagem militar concreta e directa esperada” (art. 51, n.º 5, b) do IPA). Portanto, a morte de civis não é proibida *tout court*; pode constituir um dano colateral num ataque dirigido contra um objetivo militar, desde que seja respeitado o princípio da proporcionalidade.

⁵⁵ Art. 8.º, n.º2, a), iv).

⁵⁶ Art. 8.º, n.º2, b), iv). Esta regra aparece consagrada no art. 41.º do I PA e a sua razão de ser pode ver-se afirmada na seguinte afirmação de Rousseau (portanto, anterior à afirmação do DIH): “Sendo a finalidade da guerra a aniquilação do Estado inimigo, há o direito de matar os defensores enquanto estão em armas. Mas, logo que as depõem e se rendem deixam de ser inimigos, ou instrumento do inimigo, passam a ser simplesmente homens, sobre os quais nenhum direito de vida ou de morte subsiste” (JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *O Contrato Social*, Lisboa: Europa-América, 1981, pp. 17-18).

tales, nem sejam efectuadas no interesse dessas pessoas, e que causem a morte ou façam perigar seriamente a sua saúde”, baseando-se fundamentalmente nos arts. 11.º e 5.º, n.º 2, e) dos I e II PAs, respetivamente, que em ambos os casos se referem a pessoas em poder de uma parte no conflito, o que implica que se trate de pessoas que não estão em combate ou em condições de combater.

Por fim, e em atenção às funções que desempenham, são protegidos o pessoal e material sanitários bem como os habilitados com emblemas estabelecidos pelas Convenções de Genebra, pelo que se define como crime o facto de “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”, nos termos do art. 8.º, n.º 2, b), xxiv) e e) ii), o que decorre do art. 85.º, n.º 2 do I PA e do art. 9.º do II PA⁵⁷.

2. Crimes decorrentes da violação das normas relativas aos métodos e meios de combate

Como dissemos, as normas de DIH também limitam os meios e métodos de guerra, por razões de humanidade. A verdade é que já num dos primeiros documentos de DIH – concretamente, na Declaração de São Petersburgo, de 1868 – se afirmava o princípio fundamental de o “único objetivo legítimo (...) no decurso da guerra é o de enfraquecer as forças militares do inimigo” para o que “é suficiente pôr fora de combate o maior número de homens possível”, pelo que não há justificação para “o uso de armas que agravem inutilmente o sofrimento dos que estão fora de combate [fora de combate, ou os feridos], ou tornem a sua morte inevitável”. Portanto, a condução da guerra deve ser sempre limitada pela necessidade militar, respeitando o já referido princípio da distinção, bem como o princípio que proíbe causar danos supérfluos ou sofrimentos desnecessários.

Esse princípio está também afirmado no art. 35.º, n.º 1, do I PA, que determina: “Em qualquer conflito armado o direito de as Partes no conflito escolherem os métodos ou meios de guerra não é ilimitado”. Em consequência, são várias as normas de DIH que estabelecem limitações aos métodos e/ou aos

⁵⁷ Quanto aos símbolos reconhecidos, decorre do n.º 1 do art. 38.º do I PA que são a Cruz Vermelha, o Crescente Vermelho e o Leão e Sol Vermelhos, Todavia “em 1980, o Irão, em que se verificara, no ano anterior, uma revolução fundamentalista islâmica renuncia ao uso do emblema do leão e sol vermelho, passando a adotar o Crescente Vermelho”, pelo que hoje esses emblemas são o da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, a que acresce o do Cristal Vermelho, adotado pelo III Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 Relativo à Adoção de Um Emblema Distintivo Adicional, que visava a uniformização do emblema, mas sem grande sucesso (cf. Maria de Assunção do Vale Pereira, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, *cit.*, pp. 141-142).

meios de guerra, sendo que as violações graves das mesmas corporizam crimes guerra previstos no art. 8.º do ETPI.

2.1 Crimes relativos aos meios de guerra

Apesar de existir um conjunto relativamente importante de normas convencionais que proíbem diferentes tipos de armas, boa parte das quais com importante número de Estados partes, a verdade é que o elenco de meios de guerra cujo uso é referido como crime neste art. 8.º do ETPI é manifestamente parco. Para além das discussões havidas nas negociações acerca da inclusão de uma lista exaustiva de armas cuja utilização poderia constituir crime da competência do TPI, a maior controvérsia parece ter-se gerado em torno das armas de destruição maciça. Se uma larga maioria de delegados concordava em que o uso de armas químicas e biológicas deveria constituir crime de guerra sob jurisdição do TPI, a discordância surgiu pela recusa em incluir também, como crime sob jurisdição do Tribunal, o uso de armas nucleares (em particular pelos Estados detentores dessas armas, com exceção da Índia e do Paquistão), pois os Estados do movimento não-alinhado vizinhos de Estados que possuíam de armas nucleares viam nas armas químicas e biológicas as ‘armas de destruição maciça dos pobres’. Por isso, acabou por se incluir uma lista tristemente restrita – sem menção a qualquer das referidas armas ou a armas laser que provocam cegueira ou a minas anti-pessoal, ... – que deixou a maioria das delegações insatisfeita, pelo que se incluiu, na al *b*), xx) a menção à possibilidade de “uma alteração aprovada em conformidade com o disposto nos artigos 121.º e 123.º”.

Assim, no que se refere a meios de combate, foram incluídas apenas quatro subalíneas (xvii) a xx)) – e veremos que a final se resumem a três – inseridas na alínea *b*); ou seja, as condutas criminosas resultantes de utilização de armas proibidas só existiam no contexto de conflitos armados internacionais. E esta manifesta falha só foi ultrapassada com a adoção de emendas na Conferência de Kampala, de 2010, pelas quais foram inseridas na alínea *e*) – relativa a conflitos armados que não têm carácter internacional – três subalíneas (xii) a xv)) que reproduzem as anteriormente inseridas apenas na alínea *b*).

Em concreto, na alínea *b*), xvii), do art. 8.º - e posteriormente na alínea *e*), xiii), do mesmo artigo – é definido como crime de guerra a utilização de “veneno ou armas envenenadas”, o que nos remete para a arma química mais antiga na história da guerra e também a que é objeto de proibição há mais tempo, pelo que a inclusão do seu uso como crime de guerra não suscitou qualquer discordância. No contexto das normas de Direito Internacional Humanitário, já o art. 23.º dos Regulamentos da Haia, adotados pelas II e IV Convenções da Haia, de 1899 e de 1907, respetivamente, proibiam “empregar veneno ou armas envenenadas”, o

que constitui “a primeira proibição clara de AQB [Armas Químicas e Biológicas] e é claro que abrange armas deliberadamente contaminadas com gérmenes e agentes venenosos”⁵⁸. Por seu lado, o Departamento da Força Aérea dos Estados Unidos definiu ‘veneno’ como ‘substâncias biológicas ou químicas que causam a morte incapacidade permanente quando, ainda que em pequenas quantidades são inseridos, entram nos pulmões ou na corrente sanguínea, ou entram em contacto com a pele’⁵⁹. Com esta interpretação – que não é unânime – poderiam considerar-se incluídos no elenco de crimes de guerra o uso de armas químicas ou de armas biológicas. Por outro lado, nos *Elementos dos Crimes* estabelece-se a exigência de que a substância em questão “no decurso normal dos acontecimentos cause a morte ou um dano grave para a saúde em virtude das suas propriedades tóxicas”⁶⁰. A inclusão da expressão ‘no decurso normal dos acontecimentos’ remete-nos para um “patamar mínimo” pois são vários os fatores que determinam o efeito de determinada substância no organismo (como a dosagem e a concentração da mesma, o estado e sensibilidade do organismo, ou ainda a forma de administração), pelo este requisito é destinado a excluir do âmbito desta alínea meios de condução da guerra cujo resultado seja a morte ou danos sérios para a saúde, mas que não sejam inerentes à própria arma, mas um resultado accidental do seu uso⁶¹.

Por seu lado, na mesma alínea *b*), xviii) – e, a partir de 2010, na *e*), xiv) – estabelece-se, como crimes de guerra, a utilização de “gases asfixiantes, tóxicos ou similares, ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo”. De acordo com o que resulta dos *Elementos dos Crimes*, esta alínea refere-se à utilização de gás ou substância ou dispositivo análogo que, no decurso normal dos acontecimentos, cause a morte o um dano grave à saúde por força das suas propriedades asfixiantes ou tóxicas. A expressão empregue nesta alínea foi cunhada no Protocolo de Genebra para a Proibição do Uso de Gases Asfixiantes, envenenados ou Outros, e de Métodos Bacteriológicos de Condução da Guerra, de 1925. Mas o facto de na disposição em causa não serem mencionado os ‘Métodos Bacteriológicos’ leva a se questione se as armas biológicas estão incluídas nesta disposição⁶². Além disso, nos *Elementos dos Crimes*, é inserida a mesma

⁵⁸ Ingrid Detter, *The Law of War*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 252.

⁵⁹ Cit. apud Michael Cottier, “Article 8”, in *The Rome Statute of International Criminal Court. A Commentary*, cit., p. 457, par. 576.

⁶⁰ Elementos dos crimes, Art. 8.º, n.º2, *b*) xvii), 2.

⁶¹ Cf. Michael Cottier/ David Křivánek, “Article 8”, in *The Rome Statute of International Criminal Court. A Commentary*, cit., p. 458-259, par. 578. Como referem estes autores, a Paraselsus concluiu que “a diferença entre um veneno e um medicamento frequentemente radica na dosagem”.

⁶² Nesse sentido, Mark Klamberg, “Article 8”, *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Mark Klamberg (ed.), Brussels, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017, p. 147.

exigência de os efeitos da substancia em questão ocorram ‘no decurso normal dos acontecimentos’, o que gera questões de interpretação idênticas às referidas quanto à alínea anterior.

A subalínea xix) da mesma alínea b) – e também a alínea e), xv) – criminaliza o uso de “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. Esta disposição tem na sua origem a Declaração (IV,3) relativa a Balas que Expandem, adotada nas Conferências da Haia de 1899. O facto de se tratar de projéteis não cobertos integralmente por revestimento duro ou que possuam incisões leva a que os mesmos se expandam quando penetram no corpo humano, o que causa sofrimentos e danos bastante acrescidos em relação aos provocados por balas comuns e tornam o tratamento muito mais difícil. A sua utilização traduz-se, portanto, numa clara violação dos princípios afirmados na Declaração de São Petersburgo, que acima referimos.

Por fim, a alínea b), xx), refere o emprego de “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 objecto 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”. Portanto, nada se criminaliza nesta alínea que parece ter sido incluída apenas para atenuar o desconforto gerado pela criminalização do uso de tão poucos meios de combate. Efetivamente, o seu dispositivo revela-se “supérfluo, atendendo a que os arts. 121.º e 123.º do Estatuto preveem que as Conferências de Revisão podem alterar o Estatuto de Roma. Todavia, destinava-se a assinalar que, dado que a lista de armas incluída no Estatuto de Roma de 1998 era considerada demasiado curta por muitas delegações, a futura inclusão de armas adicionais sob jurisdição do TPI era vista como necessária e desejável pela Conferência de Roma”⁶³.

2.2 Crimes relativos aos métodos de guerra

Como já mencionados, alguns dos comportamentos definidos como crimes decorrem da violação de normas de DIH que limitam os métodos de guerra. Estão nesse caso o facto de “declarar que não será dado abrigo”⁶⁴,

⁶³ Michael Cottier/ David Křivánek, “Article 8”, in *The Rome Statute of International Criminal Court. A Commentary*, cit., p. 456, par. 571.

⁶⁴ Art.8.º, n.º2, b), xii) e e), x).

comportamento que já fora proibido e definido como um crime de guerra no Relatório da Comissão sobre Responsabilidade no rescaldo da Segunda Guerra Mundial⁶⁵. Também é criminalizado o facto de “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”⁶⁶ bem como a sua utilização como escudo humano⁶⁷. Do mesmo modo, constitui crime de guerra “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”⁶⁸, o que, nos termos do art. 37.º do I PA corporiza atos de perfídia, embora para a sua verificação não se exija o resultado requerido no crime de guerra em questão: que desses atos decorra a morte ou ferimentos graves. Ainda como atos de perfídia pode referir-se o crime de “matar ou ferir à traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigos”, referido no art. 8.º, n.º 2, *b)*, *xi*) e *e)*, *ix*)⁶⁹.

Também em matéria de métodos de condução dos conflitos armados a necessidade militar pode ser um critério para a definição de comportamentos criminosos, como acontece quando se estabelece o crime de “destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o determinem”. É ainda criminalizado “o facto de uma parte beligerante obrigar os nacionais da parte inimiga a participar em operações bélicas dirigidas contra o seu próprio país, ainda que eles tenham estado ao serviço daquela parte be-

⁶⁵ Cf. Alexander Schwarz, “War Crimes”, *cit*.

⁶⁶ Art.8.º, n.º 2, *b)*, xxv). Efetivamente, nos termos do n.º 1 do art. 54.º do I PA “É proibido utilizar, contra os civis, a fome como método de guerra”.

⁶⁷ Nesse sentido o art. 8.º, n.º2, *b)*, xxiii) define como crime o facto de “Aproveitar a presença de civis ou de outras pessoas protegidas para evitar que determinados pontos, zonas ou forças militares sejam alvo de operações militares”, no que secunda o estabelecido no art. 28.º da IV CG nos termos do qual “Nenhuma pessoa protegida poderá ser utilizada para colocar, pela sua presença, certos pontos ou certas regiões ao abrigo das operações militares” ou no n.º 7 do art. 51.º do I PA (“A presença ou os movimentos da população civil ou de pessoas civis não devem ser utilizados para colocar certos pontos ou certas zonas ao abrigo de operações militares, especialmente para tentar colocar objectivos militares ao abrigo de ataques ou para encobrir, favorecer ou dificultar operações militares. As Partes no conflito não devem orientar os movimentos da população civil ou das pessoas civis para tentar colocar objectivos militares ao abrigo de ataques ou para encobrir operações militares”).

⁶⁸ Art.8.º, n.º 2, *b)*, vii).

⁶⁹ Nesse sentido, atente-se noção perfídia constante no n.º 1 do art. 37.º do I PA, on se lê: “É proibido matar, ferir ou capturar um adversário recorrendo à perfídia. Constituem perfídia os actos que apelem, com intenção de enganar, à boa fé de um adversário para lhe fazer crer que tem o direito de receber ou a obrigação de assegurar a protecção prevista pelas regras do direito internacional aplicável nos conflitos armados”.

ligerante antes do início da guerra”, sendo certo que, quanto a este último, foi afirmado pelo CICV que “um princípio básico, universalmente reconhecido, no direito da guerra, proíbe estritamente os beligerantes de forçar inimigos a pegar em armas contra o seu próprio país”⁷⁰.

Um outro crime, nos termos da al. *b*), *xvi*) é o de “saquear uma cidade ou uma localidade, mesmo quando tomada de assalto”, a que corresponde, em relação aos conflitos armados não internacionais, o de saquear um aglomerado populacional ou um local, mesmo quando tomado de assalto⁷¹. Obviamente, não estão aqui incluídas as apropriações justificadas por necessidade militar, que não cabem do termo “saquear”.

Por outro lado, refira-se que por vezes são usados métodos de combate que visam degradar e humilhar o inimigo, o que não é admitido pelo DIH, pelo que o seu uso constitui crime de guerra. Assim o art. 8.º, n.º 2, *b*), *xxi*) refere como crime “ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes” e a subalínea *xxii*) o facto de “cometer actos 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”, sendo que os crimes referidos nesta última subalínea também estão afirmados relativamente aos conflitos não internacionais como decorre da al. *e*), *vi*). É sabido que, nos conflitos atuais, o recurso à violência sexual – e particularmente à violação – é muito generalizado precisamente porque “a violência sexual desmoraliza e humilha as suas vítimas. Instila medo, raiva, ódio e pode prolongar o conflito entre as partes que se opõem. Por último, o seu poder chega, para além das suas vítimas imediatas, a destruir a família e o tecido da sociedade”⁷². Sendo certo que as vítimas largamente maioritárias destes comportamentos são mulheres⁷³, vão-se tornando cada vez mais conhecidos – e não menos gravesos – os casos de violência sexual contra pessoas do sexo masculino⁷⁴.

⁷⁰ *Commentaire à la IV Convention de Genève*, p. 292.

⁷¹ Cf. art. 8.º, n.º2, *e*), *v*).

⁷² BASSIOUNI / MARCIA CORMICK, «Sexual Violence: An Invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia», *cit. apud* Gabrielle Kirk McDonald, «Crimes of Sexual Violence: The Experience of the International Criminal Tribunal», *ColJTL*, n.º 39, 2000-2001, p. 9.

⁷³ E alguns alguns são necessariamente perpetrados contra pessoas do sexo feminino, como acontece com a gravidez forçada.

⁷⁴ Cf. Maria de Assunção do Vale Pereira, “A violência sexual em conflitos armados”, *O Direito Internacional e o uso da força no século XXI*, Maria Luisa Duarte, Rui Tavares Lanceiro (coords.), Lisboa, AAFDL, pp 417-440.

Um outro método de combate que vem sendo usado de forma alargada, mas que constitui indubitavelmente um crime de guerra, consiste em recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar activamente nas hostilidades (art. 8.º, n.º2, *b*) xxiii)) que tem uma versão ligeiramente diferente no que se refere a conflitos não internacionais ao colocar em alternativa o seu recrutamento ou alistamento nas for vii) nas forças armadas nacionais *ou em grupos*⁷⁵. Efetivamente o uso de crianças – com idades tão baixas como os 5 anos – vem sendo crescente porque, como foi dito por um oficial do exército do Chade “Child soldiers are ideal because they don’t complain, they don’t expect to be paid, and if you tell them to kill, they kill”⁷⁶.

3. A título de uma breve conclusão

Da análise do art. 8.º do TPI resulta que se mantém uma distinção pretensamente severa entre crimes de guerra cometidos em conflitos internacionais e em conflitos não internacionais, que será certamente atenuada por via de recurso aos costumes aplicáveis em conflitos armados. Do qualquer modo, não cremos que estabelecer essa tipologia diferenciada de crimes, numa época em que os regimes jurídicos aplicáveis em conflitos armados internacionais ou internos são vão aproximando, fosse a melhor opção.

Por outro lado, se boa parte das violações graves de DIH surgem definidas como crimes nesta disposição, deve atender-se a que esta afirmação não se estende às violações relativas aos meios de guerra, uma vez que, tendo já sido alcançada a subscrição generalizada de normas que proíbem o uso de algumas armas, a sua utilização em conflitos armados não aparece definida como crime, o que noa parece lamentável...

⁷⁵ Cf. Art. 8.º, n.º 2, *e*), vii).

⁷⁶ <http://www.hrw.org/en/reports/2008/12/11/child-soldiers-global-report-2008> (20.12.2012).

CRIME DE AGRESSÃO

Flávia Novera Loureiro

Artigo 8.º Bis

Crime de agressão

1 - Para efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘crime de agressão’, o planeamento, a preparação, o desencadeamento ou a execução por uma pessoa que se encontre em posição de controlar ou conduzir de forma efetiva a ação política ou militar de um Estado de um ato de agressão que, pelo seu carácter, pela sua gravidade e dimensão, constitui uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas.

2 - Para efeitos do n.º 1, entende-se por ‘ato de agressão’, o uso da força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com a Carta das Nações Unidas. Independentemente da existência ou não de uma declaração de guerra, em conformidade com a Resolução n.º 3314 (XXIX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1974, qualquer um dos seguintes atos deverá ser considerado um ato de agressão:

- a) A invasão do território de um Estado ou o ataque contra o mesmo pelas forças armadas de outro Estado, ou qualquer ocupação militar, ainda que temporária, decorrente dessa invasão ou desse ataque, ou a anexação pelo uso da força do território, no todo ou em parte, de um outro Estado;
- b) O bombardeamento do território de um Estado pelas forças armadas de outro Estado, ou o uso de quaisquer armas por um Estado contra o território de outro Estado;

- c) O bloqueio dos portos ou das costas de um Estado pelas forças armadas de outro Estado;
- d) O ataque pelas forças armadas de um Estado contra as forças terrestres, navais ou aéreas, ou contra a marinha mercante e a aviação civil de outro Estado;
- e) A utilização das forças armadas de um Estado, que se encontram no território de outro Estado com o consentimento do Estado recetor, em violação das condições previstas no acordo, ou qualquer prolongamento da sua presença naquele território após o termo desse mesmo acordo;
- f) O facto de um Estado permitir que o seu território por ele posto à disposição de um outro Estado, seja por este utilizado para perpetrar um ato de agressão contra um Estado terceiro;
- g) O envio por um Estado, ou em seu nome, de bandos ou de grupos armados, de forças irregulares ou de mercenários que pratiquem contra um outro Estado atos de força armada de gravidade equiparável à dos atos acima enumerados, ou que participem substancialmente nesses atos.

Comentário

I. Introdução

Este artigo não constava da versão inicial do Estatuto, tendo sido introduzido pela alteração ao art. 8.º e outras alterações ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional relativas ao crime de agressão, adotadas na Conferência de Revisão em Kampala, de 31 de maio a 11 de junho de 2010 – que, entre nós, foram aprovadas pela resolução da Assembleia da República n.º 31/2017, de 20 de fevereiro¹.

De facto, o Estatuto de Roma, tal como foi aprovado em 17 de julho de 1998, previa entre os crimes para os quais atribuía competência ao TPI o crime de agressão. Muito embora o fizesse no art. 5.º (alínea d) do n.º 1), elencando-o juntamente com o crime de genocídio, os crimes contra a Humanidade e os crimes de guerra², a verdade é que não havia sido possível estabelecer um acordo

¹ Diário da República n.º 36/2017, Série I de 2017-02-20.

² O n.º 1 do art. 5.º do estatuto de Roma fixava o seguinte, na sua primeira versão: “A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves que afectam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Os crimes contra a Humanidade; c) Os crimes de guerra; d) O crime de agressão”.

suficiente quanto ao seu conteúdo e, por isso, o n.º 2 do mesmo preceito estabelecia a necessidade de se avançar depois em relação a uma específica tipificação do mesmo (“[o] Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121.º e 123.º, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas”).

Estávamos, portanto, perante uma situação inusitada e ímpar no Estatuto, em que muito embora se reconhecesse, genericamente, que o TPI teria competência em matéria de crimes de agressão, se diferia o exercício de um tal competência para momento posterior³, dependente da aprovação, pelos Estados Partes, de uma alteração ao Estatuto (de acordo com os arts. 121.º e 123.º)⁴ – o que, na realidade, conduziu a uma impossibilidade de perseguição penal pelo TPI quanto crime de agressão durante quase duas décadas, como veremos.

As razões para que tal tenha sucedido são de diversa índole, muitas delas assentando na histórica dificuldade em conceituar agressão, a que se somaram, entretanto, motivos de ordem técnica e prática, sobretudo de relacionamento com o Conselho de Segurança da Nações Unidas⁵. Não cabendo aqui a sua escarpelização, cingir-nos-emos apenas a apontá-las de modo necessariamente sintético, dando alguma perspetiva histórico-evolutiva.

³ Nas palavras de RENATA MANTOVANI DE LIMA e MARINA MARTINS DA COSTA BRINA, *O Tribunal Penal Internacional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 124, tratava-se de uma mera promessa normativo-internacional. Cf., igualmente, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmático-crítica*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 281 e ss.

⁴ Como sublinha JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmático-crítica*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 284, “[n]em sequer se tentou a via mais efectiva de o regime deste crime ser definido ao nível de uma decisão normativado próprio TPI, que eventualmente pudesse ser tomada pelos seus próprios órgãos: defere-se essa competência aos próprios Estados em matéria de modificação do ERTPI [Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional], Estados esses que, uma vez mais, afirmam o seu senhorio jurídico-internacional nesta matéria”.

⁵ Cf., por todos, as considerações de SERGEY SAYAPIN, *The Crime of Aggression in International Criminal Law: Historical Development, Comparative Analysis and Present State*, The Hague: Springer, 2014, *passim*; WILLIAM A. SCHABAS, “United States Hostility to the International Criminal Court: It’s All About the Security Council”, *EJIL*, 15, 2004, pp. 701-20; KEVIN JON HELLER, “Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression”, *EJIL*, 18, 2007, pp. 477-97; YORAM DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 131 e ss.; ROGER S. CLARK, “Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over It”, *EJIL*, 20, 2009, pp. 1103-15; ANDREAS PAULUS, “Second Thoughts on the Crime of Aggression”, *EJIL*, 20, 2009, pp. 1117-28; CLAUS KRESS, “Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus”, *EJIL*, 20, 2009, pp. 1129-46; SEAN D. MURPHY, “Aggression, Legitimacy and the International Court”, *EJIL*, 20, 2009, pp. 1147-56; e, entre nós, PAULA ESCARAMEIA, “O Tribunal Penal Internacional e o Crime de Agressão”, www.fid.unl.pt/docentes_docs/ma/PE_MA_4196.doc, pp. 1 e ss.

II. Evolução Histórica

Podendo, na verdade, ir buscar-se a fonte a respeito do crime de agressão em tempos muito mais recuados⁶, parece haver algum consenso em que a origem recente da figura deverá situar-se no Tratado de Versalhes de 1919, que pôs fim à I Guerra Mundial, e que, muito embora não fazendo referência expressa a agressão, lançou as bases para a possibilidade de se considerarem os atos de agressão bélica como crimes contra a paz internacional, ao instituir um tribunal especial incumbido de julgar o Kaiser Guilherme II, acusado de ofensa suprema à moralidade internacional e à autoridade dos Tratados (de acordo com o art. 227.º respetivo). Tendo o Kaiser obtido refúgio na Holanda, a sua extradição para julgamento foi recusada por este Estado, com base no princípio da dupla incriminação, pois que a ofensa suprema à moralidade internacional e à autoridade dos Tratados não constava do leque de incriminações existente na lei holandesa ou nos Tratados a que aquele país se havia vinculado, assim se gorando a possibilidade de uma perseguição internacional por agressão⁷.

Ainda assim, a atitude mundial em relação a estes atos e à necessidade de reação internacional perante eles começava a mudar drasticamente – o que desde logo se comprova pela tentativa de estabelecimento de organizações internacionais destinadas, em primeira linha, a garantir a paz entre os Estados – e, pós Segunda Guerra, alcançava-se mesmo uma nova fase no que respeita às exigências de consideração quanto ao direito penal internacional, em geral, e aos atos de agressão, em particular⁸. Não é, pois, de estranhar que quer o Tribunal

⁶ Ver, por todos, as considerações que a propósito tece SERGEY SAYAPIN, *The Crime of Aggression in International Criminal Law: Historical Development, Comparative Analysis and Present State*, The Hague: Springer, 2014, pp. 3 e ss., que começa a sua análise pelas civilizações do chamado Mundo Antigo e vai caminhando daí até aos nossos dias.

⁷ Cf. SERGEY SAYAPIN, *The Crime of Aggression in International Criminal Law: Historical Development, Comparative Analysis and Present State*, The Hague: Springer, 2014, pp. 29 e ss.

⁸ Deve notar-se, por exemplo, que em 1933 a União Soviética havia apresentado junto da Sociedade das Nações uma proposta de definição de agressão – ver, com indicação do texto da proposta, as reflexões de SERGEY SAYAPIN, *The Crime of Aggression in International Criminal Law: Historical Development, Comparative Analysis and Present State*, The Hague: Springer, 2014, pp. 36 e ss. Com base nessa proposta, foram depois tentadas outras definições. Cf., v.g., NICHOLAS TSAGOURIAS, “Nicolas Politis’ Initiatives to Outlaw War and Define Aggression, and the Narrative of Progress in International Law”, *EJIL*, 23, 2012, pp. 255-66, que explica como a proposta de definição de agressão apresentada por Nicolas Politis à Sociedade das Nações era uma adaptação da proposta soviética (pp. 258 e ss.).

de Nuremberga⁹ quer o Tribunal de Tóquio¹⁰ tenham previsto nas suas competências o julgamento de crimes contra a paz, em cuja definição expressamente constavam os atos de agressão (o planeamento, preparação, iniciação ou condução de uma guerra de agressão)¹¹, o que, com a aprovação unânime da resolução da Assembleia Geral da ONU n.º 95(I)¹², em 11 de dezembro de 1946, que reconheceu como princípios de Direito Internacional aqueles que constavam da Carta de Nuremberga e do Julgamento do Tribunal, acabaria por gerar a aceitação pela comunidade internacional de que tais atos constituam, de facto, crimes de dimensão internacional.

Já antes disso, todavia, na Carta das Nações Unidas, se estabelecia que “[o]s membros deverão abster-se nas suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao uso da força, quer seja contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado, quer seja de qualquer outro modo incompatível com os objectivos das Nações Unidas”¹³, fazendo-se expressa referência a atos de agressão no art. 39.^{o14}. E alguns anos mais tarde, em 14 de dezembro de 1974, a Assembleia Geral da ONU¹⁵ aprovou a resolução 3314 (XXIX), visando fornecer orientações ao Conselho de Segurança para que este determinasse os

⁹ Como é por todos conhecido, o Tribunal de Nuremberga foi constituído por um acordo celebrado entre o Reino Unido, os Estados Unidos, a França e a União Soviética, em Londres, a 8 de agosto de 1945. Ao acordo foi anexada, como parte integrante do mesmo, a Carta do Tribunal Militar Internacional, também chamada de Carta de Nuremberga.

¹⁰ Já o Tribunal de Tóquio, por sua vez, foi criado no seguimento da capitulação do Japão na II Guerra Mundial e das condições que para tal haviam sido estabelecidas, nomeadamente a da entrega dos criminosos de guerra à justiça (Declaração de Potsdam de 26 de julho de 1945). Assim, o General MacArthur criou este Tribunal através da “Proclamação Especial de um Tribunal Militar Internacional para o Longínquo Oriente”, tendo igualmente aprovado, a 19 de janeiro de 1946, a Carta do Tribunal de Tóquio, que estabelece a competência e funções do Tribunal (e que viria a ser emendada por sua ordem a 26 de abril de 1946).

¹¹ Cf. as considerações que tece PAULA ESCARAMEIA, “O Tribunal Penal Internacional e o Crime de Agressão”, www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/PE_MA_4196.doc, pp. 2 e ss. Ver, igualmente, as considerações de SERGEY SAYAPIN, *The Crime of Aggression in International Criminal Law: Historical Development, Comparative Analysis and Present State*, The Hague: Springer, 2014, pp. 40 e ss.

¹² A resolução da Assembleia Geral da ONU n.º 95(I) pode ser consultada em http://cnv.memorias-reveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo7/Nota_3_00092_000469_2015_51.pdf.

¹³ Cf. n.º 2 do art. 2.º da Carta das Nações Unidas.

¹⁴ Nos termos deste preceito: “[o] Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou acto de agressão e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os Artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.” Os arts. 41.º e 42.º, por sua vez, estabelecem, respetivamente, as sanções que não incluem e que incluem o uso da força armada.

¹⁵ Para uma análise mais detalhada do papel da Assembleia Geral da ONU nesta evolução, cf. SERGEY SAYAPIN, *The Crime of Aggression in International Criminal Law: Historical Development, Comparative Analysis and Present State*, The Hague: Springer, 2014, pp. 49 e ss.

atos suscetíveis se constituir agressão, nos termos daquele preceito: “agressão é o uso da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado, ou de qualquer outra forma inconsistente com a Carta das Nações Unidas”¹⁶. Para complementar este conceito, o artigo 3.º junta um elenco ilustrativo de atos que são considerados como formas de agressão¹⁷: invasão ou ataque pelas forças armadas de um Estado ao território de outro Estado, ocupação militar resultante de ataque, anexação de território pelo uso da força, bombardeamentos pelas forças armadas contra o território de outro Estado, bloqueio dos portos ou costas pelas forças armadas, ataque às forças armadas de outros Estado, utilização de forças armadas, estacionadas num estado estrangeiro com consentimento deste, para fins não acordados, autorização dada por um Estado para utilização do seu território por outro Estado para agressão a um terceiro e envio por um Estado de bandos ou grupos armados que se envolvem em atos num outro Estado da gravidade dos atos referidos anteriormente.

O assunto foi retomado alguns anos mais tarde, através Comissão de Direito Internacional que deu origem aos projetos de Estatuto do Tribunal Penal Internacional (1994) e de Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade (1996), documentos que serviram de suporte às negociações para a criação do Tribunal Penal Internacional. Uma vez mais, o projeto de Estatuto não define o crime de agressão, muito embora o inclua entre as competências materiais do Tribunal, fazendo com que o exercício dessa competência fique dependente de determinação prévia pelo Conselho de Segurança de que o Estado em causa efetivamente praticou um ato de agressão¹⁸. A definição do crime de agressão previsto no projeto de Estatuto era apontada no projeto de Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade¹⁹, que no seu art. 16.º estabelecia o seguinte: “um indivíduo que, como chefe ou organizador, participe acti-

¹⁶ Art. 1.º da resolução.

¹⁷ De acordo com o art. 4.º, o Conselho de Segurança pode determinar que outros atos constituem também agressão.

¹⁸ Conforme o n.º 2 do art. 23.º do projeto de Estatuto. Cf., a propósito destes projetos, PAULA ESCARAMEIA, “O Tribunal Penal Internacional e o Crime de Agressão”, www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/PE_MA_4196.doc, pp. 4 e ss. Como a Autora sublinha, este projeto viria a ser profundamente alterado, pelo que o Estatuto que vem a ser aprovado pelos Estados é marcadamente diferente da proposta proveniente da CDI.

¹⁹ Este projeto Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade, onde se consagravam as definições dos crimes de competência do Tribunal de acordo com o projeto de Estatuto, acabaria por ser um documento que serviu apenas de referência para os trabalhos de aprovação do Estatuto do TPI pelos Estados Partes. Como se sabe, o Estatuto de Roma optou por incorporar as definições dos crimes no próprio texto do Estatuto, deixando cair a ideia de um documento à parte.

vamente ou ordene o planeamento, a preparação, o início ou a condução de uma agressão praticada pelo Estado será responsável pelo crime de agressão”²⁰.

III. O Estatuto de Roma de 1998 e a sua posterior alteração

Quando, portanto, se iniciaram as negociações com vista à criação do TPI²¹, a questão do crime de agressão não tardou a colocar-se. Para alguns Estados, a consagração deste crime no ETPI era essencial, pois que a sua ausência seria um retrocesso histórico e civilizacional inaceitável e comprometeria mesmo a finalidade maior da criação do TPI, já que uma fatia muito significativa dos crimes internacionais usualmente se iniciam através de atos de agressão²². Para outros, todavia, o crime de agressão não deveria fazer parte da competência do Tribunal, quer porque a sua definição estava envolta em grandes dificuldades, como desde sempre se verificava, quer porque o Conselho de Segurança acabaria por controlar as situações em que se poderia considerar existir um tal crime, o que conduziria à politização do tipo incriminador, com todos os efeitos nefastos que isso acarretaria, quer ainda por, do ponto de vista pragmático, a sua ausência não se apresentar como muito grave, na medida em que, em casos de agressão,

²⁰ Acompanhamos PAULA ESCARAMEIA, “O Tribunal Penal Internacional e o Crime de Agressão”, www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/PE_MA_4196.doc, pp. 4 e ss.

²¹ Na verdade, a 6.ª Comissão da Assembleia Geral da ONU propôs a criação de um *Comité Ad Hoc*, o que veio a ser consagrado na resolução n.º 49/53, de 9 de dezembro de 1994, com vista a “rever os principais assuntos constantes do Estatuto e considerar a convocação de uma conferência internacional de plenipotenciários para adopção do Estatuto”. Depois dos trabalhos desse *Comité*, durante o ano de 1995, e depois de ultrapassados os escolhos que diversos Estados colocaram a todo o processo, foi possível converter aquele grupo *ad hoc* num *Comité Preparatório* (resolução n.º 50/46, de 11 de dezembro de 1995), que ficou encarregado de “redigir um texto consolidado, que fosse geralmente aceitável, do estatuto para um tribunal criminal internacional, como passo adicional para a sua apreciação por uma conferência de plenipotenciários”. O referido *Comité Preparatório* trabalhou com esse objetivo entre 1996 e 1998, tendo transmitido, após a reunião de março/abril de 1998, o projeto de Estatuto à Conferência Diplomática, que se realizaria dois meses depois.

²² Ver a este propósito as considerações de MATEUS KOWALSKY, “O Tribunal Penal Internacional. Reflexões para um teste de resistência aos seus fundamentos”, *JANUS.NET, e-journal of International Relations*, vol. 2, n.º 2 (Outono 2011), pp. 124 ss.; ou de SERGEY SAYAPIN, *The Crime of Aggression in International Criminal Law: Historical Development, Comparative Analysis and Present State*, The Hague: Springer, 2014, pp. 56 e ss.

ocorrem também outros crimes, como crimes de guerra ou crimes contra a humanidade, pelo que os responsáveis acabariam por ser punidos²³.

Dada a disparidade de propostas apresentadas pelos Estados e a impossibilidade de atingir um consenso satisfatório quanto a este ponto, a Conferência de Roma acabou por chegar ao compromisso que apontámos logo no início deste comentário, tendo incluído o crime no catálogo dos tipos da competência do Tribunal, porém reservado o seu exercício efetivo para data posterior, quando fosse possível chegar a acordo sobre a sua definição e as condições do respetivo exercício. O acordo alcançado na Conferência de Roma passou ainda, todavia, pela aprovação da Resolução F, que instituiu uma Comissão Preparatória encarregada da elaboração de numerosos documentos complementares, nomeadamente quanto aos elementos dos crimes e às regras de procedimento e prova. De entre as suas tarefas, estabelecia-se na resolução que a Comissão prepararia propostas para uma norma sobre agressão, incluindo a definição e os elementos dos crimes relativos à agressão, bem como as condições em que o Tribunal Penal Internacional exerceria a sua competência em relação a este crime, com vista a apresentar tais propostas à Assembleia dos Estados Partes na Conferência de Revisão, tendo em vista chegar a uma norma aceitável sobre o crime de agressão para inclusão neste Estatuto.

Nestes termos, os trabalhos prosseguiram no âmbito da Comissão Preparatória, que, a partir de 2002, deu lugar à Assembleia dos Estados Partes, que, por sua vez, criou, no seu âmbito, um Grupo de Trabalho sobre o Crime de Agressão²⁴. Tendo sido, uma vez mais, muito vivo o debate em torno do crime de agressão²⁵, acabaria por chegar-se a uma proposta que obteve consenso na Conferência de Revisão em Kampala, em 2010, doze anos depois da aprovação do ETPI.

²³ Alguns argumentos iam ainda no sentido de que o Direito Internacional de hoje (ou, pelo menos, o Direito Internacional Penal) ter de ser visto predominantemente como um Direito entre as pessoas e não como um Direito entre Estados, sendo o crime de agressão uma reminiscência de um passado de monopólio estatal que não deveria ser reforçada, como nos dá conta PAULA ESCARAMEIA, "O Tribunal Penal Internacional e o Crime de Agressão", www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/PE_MA_4196.doc, p. 6.

²⁴ Para uma análise dos trabalhos entretanto levados a cabo no sentido de obter o desejado consenso, ver SEAN D. MURPHY, "Aggression, Legitimacy and the International Court", *EJIL*, 20, 2009, pp. 1147-56; ou ROGER S. CLARK, "Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over It", *EJIL*, 20, 2009, pp. 1103-15.

²⁵ Cf., para lá da bibliografia já referenciada, ELIO CARDOSO, *Tribunal Penal Internacional: Conceitos, Realidades e Implicações para o Brasil*, Brasília: FUNAG, 2012, pp. 148 e ss.

IV. O crime de agressão

IV.I. O n.º 1 do art. 8.º bis: os elementos objetivos do tipo

Tendo em conta todas as variáveis que acima sucintamente apontámos e, bem assim, em particular, as dificuldades de articulação entre a competência do TPI e a do Conselho de Segurança da ONU, a revisão do ETPI levada a cabo no Ruanda suprimiu o referido n.º 2 do art. 5.º e aditou ao texto um novo art. 8.º bis, onde consagrou finalmente uma definição do crime de agressão: o planeamento, a preparação, o desencadeamento ou a execução por uma pessoa que se encontre em posição de controlar ou conduzir de forma efetiva a ação política ou militar de um Estado de um ato de agressão que, pelo seu caráter, pela sua gravidade e dimensão, constitui uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas.

A primeira nota a respeito desta norma vai, necessariamente, para a amplitude do conceito que, desde Nuremberga e tendo em conta o acervo construído ao longo dos anos, deveria abranger todos os atos suscetíveis de compreender a realização da agressão. Preenche o tipo de agressão, nessa medida, quer a efetiva execução do ato de agressão, quer, caminhando retroativamente, o seu desencadeamento, a respetiva preparação ou o mero planeamento. Esta conceção amplíssima do conceito de facto criminoso, alcançando não apenas os atos de execução propriamente ditos²⁶ (aquilo a que o Estatuto chama, segundo cremos, desencadeamento e execução), mas igualmente os atos preparatórios²⁷ e, curiosamente, também as ações de planeamento. Não sendo caso único a tentativa

²⁶ Aquilo que, de acordo com a teoria geral do crime, podemos chamar de atos exteriores que, exprimindo a decisão de cometer um crime, vão para lá da mera preparação. Como se decidiram quais sejam estes atos e, sobretudo, como se distinguem dos atos meramente preparatórios, é questão doutrinariamente muito debatida e que deu origem a diferentes teorizações e propostas. Cf., por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 692 e ss. Nessa medida, nos termos do n.º 2 do art. 22.º do CP português, são atos de execução a) os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) os que forem idóneos a produzir o resultado típico; ou c) os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam atos das espécies anteriores.

²⁷ Atos esses que, usualmente, não são puníveis, de acordo com a teoria geral do facto punível. Ver, no nosso CP, o disposto no art. 21.º: só quando haja expressa disposição nesse sentido, poderão os atos preparatórios ser puníveis. O que é claramente o caso no crime de agressão, conforme previsto no art. 8.º bis que ETPI, que agora comentamos.

de antecipação da intervenção penal ao momento do planeamento do facto²⁸, esta é uma tendência sempre perigosa, não só porque desloca a prova para a demonstração exclusiva de elementos de natureza subjetiva, como porque, sobretudo, afasta o direito penal daquele que é o seu elemento essencial: o facto. Ao perseguirmos a mera concetualização, o desenho mental, a planificação interior de um ato de agressão, independentemente de um tal pensamento se materializar ou não na prática de atos exteriores autónomos, estamos a forçar de modo arriscado e, quanto a nós, indesejável a fronteira do direito penal²⁹.

Em segundo lugar, como também vinha sendo pacificamente aceite ao longo dos últimos anos, o tipo de agressão tem como autor um agente delimitado: uma pessoa que se encontre em posição de controlar ou conduzir de forma efetiva a ação política ou militar de um Estado. Está portanto em causa, como em todo o ETPI, uma responsabilidade individual (e não do Estado), mas que só existirá se a pessoa assumir um específica posição de poder, de controlo dentro do aparelho político ou militar do Estado que levou a cabo a agressão. Efetivamente, não se pretende que através desta incriminação se possam perseguir soldados ou meros executores de ordens, que muito embora tendo levado a cabo os atos concretos que configuram a agressão, não têm sobre eles qualquer poder de decisão ou posição de domínio³⁰. Autor deste crime poderá ser somente a pessoa singular que, de facto, tenha tido a oportunidade de decidir a respeito do ato de agressão, por estar em tal posição, seja no comando político, seja no comando militar, que pôde ter como opção a prática do ato.

Por outro lado ainda, em consequência do que acabámos de referir, devemos sublinhar que, para que se possa preencher este tipo incriminador, o ato de agressão, muito embora conduzido, controlado ou comandado por uma pessoa singular, tem de ter sido praticado por um Estado – aspeto que pode ser encarado como redutor e alvo de críticas, já que exclui os frequentes ataques armados entre fações não estatais, que por vezes ocorrem transfronteiriçamente³¹. Recon-

²⁸ Veja-se o que se tem passado, nomeadamente, em matéria de terrorismo, com a aprovação de leis incriminadoras que antecipam de modo extraordinário a intervenção penal – cf., entre nós, a lei n.º 52/2003, de 22 de agosto (lei de combate ao terrorismo), aprovada de modo a dar cumprimento à decisão quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de junho (e entretanto alterada por diversas vezes, nomeadamente para cumprir as diretivas n.º 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, e n.º 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de agosto, bem como a decisão quadro n.º 2008/919/JAI, do Conselho, de 28 de novembro).

²⁹ A respeito do direito penal do facto, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 235 e ss.

³⁰ A respeito da teoria do domínio do facto no Direito Penal, cf., por todos, CLAUS ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa: Editora Vega, pp. 145 e ss.

³¹ Cf. as considerações de PAULA ESCARAMEIA, "O Tribunal Penal Internacional e o Crime de Agressão", www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/PE_MA_4196.doc, p. 8.

hecendo que assim possa ser, de facto, a verdade é que a necessidade de compromisso para aprovação da revisão ao Estatuto exigiu algumas cedências.

Por fim, no que respeita ao estabelecimento dos elementos do tipo incriminador, no n.º 1 do art. 8.º bis, temos de acrescentar que não basta um qualquer ato de agressão, desde que preencha os pressupostos que até aqui vimos enunciando. O preceito estabelece ainda uma cláusula de gravidade do comportamento em causa, dizendo que terá de tratar-se de um ato de agressão que, pelo seu carácter, pela sua gravidade e dimensão, constitua uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas. Estamos naturalmente perante conceitos indeterminados, a necessitar de densificação interpretativa que só poderá fazer-se de modo adequado face a cada caso concreto, mas que de modo distinto pretende esclarecer que há atos que, cabendo na definição de ato de agressão (sobre a qual nos debruçaremos já em seguida), não terão relevância criminal neste domínio. Não tendo optado a Conferência de Revisão pela expressa indicação dos resultados ou consequências da agressão (hipótese que foi muito discutida³²), decidiu antes indicar no texto da norma um critério de seriedade e gravidade, com exigência de que haja uma violação clara e relevante da Carta das Nações Unidas.

IV.II. O n.º 2 do art. 8.º bis: a definição de ato de agressão e os exemplos-padrão

Tendo em conta a construção do tipo de que acabámos de dar conta, o n.º 2 do preceito avança, então, depois de tanta indecisão e intermitência histórica, para a definição de ato de agressão. Aqui, ao contrário daquela que parecia ser a inclinação do Grupo de Trabalho, a Conferência optou por utilizar o conceito que havia já sido lapidado pela resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral da ONU, de 14 de dezembro de 1974, a que nos referimos *supra*, considerando como ato de agressão o uso da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado, ou de qualquer outra forma inconsistente com a Carta das Nações Unidas.

Indo mais longe ainda, o preceito faz expressa referência àquela resolução, lançando mão dos exemplos-padrão que aí se fixavam no sentido de auxiliar o intérprete, esclarecendo que, independentemente da existência ou não de uma declaração de guerra, determinados atos são sempre considerados atos de agressão. Estão aqui em causa, afinal, alguns dos mais sérios atos de agressão que podem ser praticados por um Estado, como sejam a invasão do território de

³² Como nos contam PAULA ESCARAMEIA, “O Tribunal Penal Internacional e o Crime de Agressão”, www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/PE_MA_4196.doc, pp. 8-9; e SOFIA SANTOS, “O Tribunal Penal Internacional e a construção de uma ordem pública internacional”, *JANUS.NET e-journal of International Relations*, vol. 5, N.º 2, novembro 2014-abril 2015, pp. 24 e ss.

um Estado ou o ataque contra o mesmo pelas forças armadas de outro Estado, ou qualquer ocupação militar, ainda que temporária, decorrente dessa invasão ou desse ataque, ou a anexação pelo uso da força do território, no todo ou em parte, de um outro Estado; o bombardeamento do território de um Estado pelas forças armadas de outro Estado, ou o uso de quaisquer armas por um Estado contra o território de outro Estado; o bloqueio dos portos ou das costas de um Estado pelas forças armadas de outro Estado; o ataque pelas forças armadas de um Estado contra as forças terrestres, navais ou aéreas, ou contra a marinha mercante e a aviação civil de outro Estado; a utilização das forças armadas de um Estado, que se encontram no território de outro Estado com o consentimento do Estado recetor, em violação das condições previstas no acordo, ou qualquer prolongamento da sua presença naquele território após o termo desse mesmo acordo; o facto de um Estado permitir que o seu território, por ele posto à disposição de um outro Estado, seja por este utilizado para perpetrar um ato de agressão contra um Estado terceiro; ou o envio por um Estado, ou em seu nome, de bandos ou de grupos armados, de forças irregulares ou de mercenários que pratiquem contra um outro Estado atos de força armada de gravidade equiparável à dos atos acima enumerados, ou que participem substancialmente nesses atos.

Para lá destas hipóteses, a norma não impede que possam configurar-se outros casos que constituam igualmente atos de agressão, pois que este elenco é apenas exemplificativo, mas as ações que aqui são enumeradas devem servir de critério de gravidade para a aferição dessa possibilidade, e, sobretudo, parecidos, para a adequada aplicação do n.º 1 do preceito. Não podendo dizer-se, como não é de estranhar nestas circunstâncias, que a técnica legislativa utilizada neste artigo tenha sido particularmente burilada, deve lançar-se mão de todos os elementos possíveis para fazer dela uma leitura que permita ir ao encontro da sua *ratio legis*.

V. O exercício da jurisdição em relação ao crime de agressão

Muito embora este preceito tenha sido introduzido na alteração de 2010 ao ETPI, a verdade é que a sua efetiva aplicação continuou a ser diferida, sendo muito recente a chamada ativação da jurisdição do Tribunal em relação ao crime de agressão – que só foi feita através da resolução ICC-ASP/16/Res.5, adotada no passado dia 14 de dezembro de 2017³³.

De facto, para lá de alterar o art. 5.º e aditar o art. 8.º bis, a Conferência de Revisão de Kompala aditou ainda ao ETPI o art. 15.º bis (exercício da jurisdição em relação ao crime de agressão – denúncia efetuada por um Estado, agindo

³³ Cf. em https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ASP16/ICC-ASP-16-Res5-ENG.pdf

por sua própria iniciativa) e o art. 15.º ter (exercício da jurisdição em relação ao crime de agressão – reenvio pelo Conselho de Segurança) ao texto. Assim, nos termos do n.º 3 quer do art. 15.º bis, quer do art. 15.º ter, “[o] Tribunal exerce a sua jurisdição em relação ao crime de agressão, em conformidade com o presente artigo, sob reserva de uma decisão a ser tomada após 1 de janeiro de 2017 pela mesma maioria de Estados Partes que aquela que é exigida para a adoção de uma alteração ao Estatuto”.

Tendo em atenção esta limitação, só durante o ano de 2017 foram levadas a cabo diligências para aprovar esta decisão, pelo que apenas no final do ano transato foi efetivamente posta em marcha a possibilidade de atuação do TPI quanto a este crime. Veremos agora como se desenvolverá a respetiva aplicação.

DIREITO APLICÁVEL PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Maria de Assunção do Vale Pereira

Artigo 21.º

Direito aplicável

1 - O Tribunal aplicará:

- a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os elementos constitutivos do crime e o Regulamento Processual;
- b) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados;
- c) Na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.

2 - O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores.

3 - A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o sexo, tal como definido no n.º 3 do artigo 7.º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política

ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação económica, o nascimento ou outra condição.

1. Introdução

A presente disposição elenca as fontes de direito aplicáveis pelo Tribunal Penal Internacional no exercício das suas funções. Na opinião de Bitti, “este é um artigo muito interessante por várias razões: a sua própria existência, a especificidade e complexidade do seu conteúdo, a hierarquia, ou seria melhor dizer, a multiplicidade de hierarquias que estabelece e, por último, mas não menos importante, aquilo que mandata Tribunal para fazer”¹. Trata-se de uma norma de grande relevo pois “constitui a primeira codificação das fontes de direito internacional criminal”², tal como o art. 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça elenca as fontes de direito internacional, em geral; todavia, ao contrário do que acontece com esta norma, o art. 21.º do ETPI estabelece uma hierarquia entre as fontes que elenca. Esta hierarquia tem sido criticada por alguns autores, como por exemplo Cryer, para quem o art. 21.º “assume uma abordagem bastante simplista que, de facto, não reflete o modo como o direito internacional funciona (...) porque a interpretação de tratado envolve olhar para outras fontes, tais como outros tratados, costumes e princípios gerais de direito aplicáveis; a interpretação não é algo que se conforme facilmente à abordagem adotada no art. 21.º(...). Acresce que, em relação aos crimes internacionais (...), há ainda o pequeno ou grande problema (dependendo do ponto de vista adotado) do facto de, pelo menos alguns deles (e portanto a sua definição), ascenderem a normas de *jus cogens*”³.

Vamos proceder à análise desta disposição. Começaremos, como é lógico, pelo n.º 1, em que se podem distinguir fontes de direito internas, próprias do Tribunal, que aparecem elencadas na alínea *a*) e fontes externas, cujo campo de aplicação extravasa a atuação do Tribunal e que estão referidas nas demais alíneas.

¹ Gilbert Bitti, “Article 21 and the Hierarchy of Sources of Law before the ICC”, in *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Carsten Stahn / Göran Sluiter (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 411.

² Margaret M. deGuzman, “Article 21”, in *The Rome Statute of International Criminal Court. A Commentary*, 3.ª ed., Otto Triffterer / Kai Ambos (eds.), München, C.H. Beck, 2016, p. 935, par. 7.

³ Robert Cryer, “Royalism and the King: Article 21 of the Rome Statute and the Politics of Sources”, *New Criminal Law Review*. Vol. 12, 2009, pp. 393-394.

2. Art. 21.º, n.º 1, a) – Fontes Internas: Estatuto, Elementos do Crime e Regulamento Processual

A alínea *a)* do artigo em análise determina a aplicação do próprio Estatuto de Roma, dos Elementos constitutivos do crime e do Regulamento Processual, “colocando os próprios instrumentos internos do Tribunal no topo da hierarquia”⁴.

Estatuto: No que se refere ao Estatuto, ele é o instrumento criador desta entidade – o Tribunal Penal Internacional – que, como supra referido por Wladimir Brito, tem a natureza de uma organização internacional⁵. Aliás, segundo Alain Pellet, a sua natureza é tripla: para além de “ato constitutivo da organização internacional que é o Tribunal”, “é também um Código de Processo Penal”, ao definir *inter alia* competências, a forma como o processo se deve desenrolar, as penas, os recursos...; e comporta ainda “elementos de um verdadeiro código penal ao definir três crimes para os quais os quais o Tribunal é competente (...) e ao enunciar os “Princípios Gerais de Direito Penal”⁶.

O facto de se tratar de um elemento fundacional leva a que nele se definam as regras fundamentais pelas quais a entidade fundada se rege. Precisamente pelos facto de os tratados constitutivos das organizações internacionais definirem as regras fundamentais reguladoras da organização que criam, tais tratados têm sido comparados a verdadeiras constituições da organização em causa, embora nesta comparação se deva ter em atenção a diferente posição dos indivíduos em relação à constituição face à dos Estados em relação às organizações de que são parte. E, na verdade, Hochmayr afirma taxativamente “O Estatuto forma a constituição do Tribunal”⁷.

O que pode notar-se, de forma manifesta, neste Estatuto face a anteriores Estatutos de jurisdições penais internacionais é o carácter exaustivo das suas regulamentações em diferentes aspetos e, desde logo, na definição dos

⁴ Mikaela Heikkilä, “Article 21”, *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Mark Klamberg (ed.), Brussels, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017, p. 243.

⁵ Ver *supra* Wladimir Brito, “Uma História Concisa do Tribunal Penal Internacional”, *supra*, p.13.

⁶ Alain Pellet, “Artigo 21: Direito aplicável”, *O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma*, Sylvia Helena Steiner / Leonardo Nemer Caldeira Brant (coords.), Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2016, pp. 372-373. Obviamente, a referência a três crimes decorre do facto de o comentário ter sido escrito antes da inclusão da definição do crime de agressão no Estatuto.

⁷ Gudrun Hochmayr, “Applicable Law in Practice and Theory: Interpreting Article 21 of the ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, 2014, pp. 656-657.

crimes de sua competência⁸. A verdade é que “os Juízes dos tribunais de Nuremberga, por um lado, e da Haia e de Arusha, por outro, se acomodaram bastante bem à concisão relativa das disposições de mérito dos respetivos Estatutos”⁹ e pode mesmo dizer-se que essa concisão permitiu que a jurisprudência desses tribunais pudesse fazer adequar esses conceitos genéricos a situações concretas que o exigiam, como aconteceu *inter alia* com o conceito de “violação”, que foi sofrendo evoluções ou especificações ao longo da jurisprudência desses tribunais¹⁰. Por isso, Pellet considera questionável que os arts. 6.º a 8.º do Estatuto de Roma constituam um “retrato fiel” do resultado dessa evolução, para a qual a jurisprudência dos tribunais *ad hoc* deu um impulso decisivo; pelo contrário, “fixam as definições em formulações de compromissos tão trabalhosos que são, ao menos em certos pontos, um retrocesso em relação às conquistas daquela jurisprudência e do próprio direito costumeiro”¹¹.

E se a justificação que se busca para tão desenvolvidas especificações é a do respeito pelo princípio *nullum crimen sine lege*, atente-se em que, segundo Condorelli, se trata de um entendimento “fundamentalmente incorreto, uma vez que se baseia numa má compreensão do princípio”, que “não quer dizer, em absoluto, que, na ausência de uma disposição exata de Direito Internacional que defina como crime internacional um comportamento precisamente identificado, a repressão não possa ser legitimamente exercida, seja por um tribunal internacional, seja pelo juiz nacional”. E explica que “[p]ara que o princípio *nullum crimen sine lege* seja escrupulosamente observado não é, de modo algum, necessário que a norma internacional que prevê e/ou organiza a repressão do crime defina até ao último detalhe a *figura criminis* e a pena a aplicar. (...) basta constatar-se que o autor em questão estava sujeito, no momento do *tempus delicti*, a normas jurídicas claras e acessíveis – internas e/ou internacionais – que estabeleçam, *ante factum*, uma tal definição”¹². Esta necessidade de definição de todos os pormenores parece, por um lado, revelar uma certa desconfiança quan-

⁸ Nesse sentido, refira-se que Schabas sublinha que, no Acordo de Londres que instituiu o Tribunal Internacional Militar (vulgo, Tribunal de Nuremberga), foram suficientes 73 palavras para definir os crimes de guerra (art. 6.º, *b*), sendo usadas 239 palavras para definir os mesmos crimes nos arts. 2.º e 3.º do Estatuto do TPlex-J. Chegados aos Estatutos do TPI, foram usadas 1594 palavras para definir esses mesmos crimes (cf. William Schabas, “Follow Up to Rome: Preparing for Entry into Force of International Criminal Court Statute”, *HRLJ*, vol. 20, 1999, p. 163).

⁹ Alain Pellet, “Artigo 21: Direito aplicável”, *cit.*, p. 373.

¹⁰ Sobre este aspeto, veja-se Maria de Assunção do Vale Pereira, “A violência sexual em conflitos armados”, *O Direito Internacional e o uso da força no século XXI*, Maria Luísa Duarte e Rui Tavares Lanceiro (coords.), Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 417-440.

¹¹ Alain Pellet, “Artigo 21: Direito aplicável”, *cit.*, p. 374.

¹² Luigi Condorelli, “Présentation de la II^{ème} partie”, *Droit International Pénal*, H. Ascensio, E. De-caux, Alain Pellet (dirs.), Paris, Pedone, 2000, p. 246.

to à capacidade do juiz de preencher elementos não integralmente definidos e, por outro, ignorar o costume como fonte de direito tão apta quanto o tratado para constituir a lei (*lege*) a que se reporta o dito princípio.

Como diz Pellet, “[a]o ceder às imposições norte-americanas, ao não confiar nos Juízes para interpretar e aplicar a lei internacional tal como ela é e tal como ela evolui e ao fixá-la em um texto por vezes audacioso, mas frequentemente limitativo e retrógrado, os autores do Estatuto limitaram as chances de transformar o Tribunal em um instrumento eficaz de luta contra os crimes que tem por missão reprimir (...): a imaginação criminosa dos homens parece, infelizmente, ilimitada e, ao fechar-se as definições das infrações em formulações estreitas e preciosistas, impediu-se de antemão que os Juízes reprimam as próximas invenções maléficas do espírito humano”¹³.

Apesar de tanta especificação – e não só na definição dos crimes –, a jurisprudência do Tribunal já foi alvo de críticas, atento o facto de a Secção de Recurso ter considerado que, apesar do disposto no art. 63.º, n.º 1, do Estatuto (“O arguido terá de estar presente durante o julgamento”), “a Secção de Primeira Instância não cometeu qualquer erro jurídico quando considerou que, em circunstâncias excepcionais, podia exercer a sua discricionariedade para dispensar um acusado, numa análise caso a caso, da sua presença contínua no julgamento”¹⁴, mesmo face à argumentação do Procurador segundo a qual, sendo o art. 63.º, n.º 1, do Estatuto, uma das disposições mais simples deste documento, “se a decisão impugnada for confirmada, indicará que as Secções de primeira instância gozam de uma discricionariedade quase sem restrições para afastar os requisitos jurídicos de que discordem, independentemente de quão inequívocos os mesmos possam ser”¹⁵. Diga-se que, a Secção de Recurso reverteu a decisão da Secção de Primeira Instância, sustentando que esta “não exercer adequadamente a sua discricionariedade no presente caso”¹⁶. Aliás, em opinião separada junta a esta decisão, refere-se mesmo que um afastamento por atacado da intenção dos redatores “para dar lugar a uma interpretação criativa do Estatuto pareceria uma

¹³ Alain Pellet, “Artigo 21: Direito aplicável”, *cit.*, p. 377.

¹⁴ TPI, Caso Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled Decision on Mr. Ruto’s Request for Excusal from Continuous Presence at Trial, No.ICC-01/09-01/11 OA 5, 25 October 2013, par. 56.

¹⁵ TPI, Caso Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled Decision on Mr Ruto’s Request for Excusal from Continuous Presence at Trial, *cit.*, par. 28.

¹⁶ Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled Decision on Mr Ruto’s Request for Excusal from Continuous Presence at Trial, *cit.*, par. 61.

apropriação inapropriada da função legislativa pelo judiciário”¹⁷, concluindo que “tal discricionariedade não existe”.

Elementos Constitutivos do Crime: Depois daquela primeira fonte, são referidos “os elementos constitutivos do crime”, previstos no art. 9.º do Estatuto, em cujo n.º 1 se lê: “Os elementos constitutivos dos crimes que auxiliarão o Tribunal a interpretar e a aplicar os artigos 6.º, 7.º, 8.º e 8.º *bis* do presente Estatuto, deverão ser adoptados por uma maioria de dois terços dos membros da Assembleia dos Estados Partes”. E efetivamente a Assembleia de Estados Partes aprovou esse documento na sua primeira sessão, que teve lugar em Nova Iorque, de 3 a 10 de setembro 2002, tendo o referido documento sido revisto na Conferência de revisão de 2010, que decorreu em Kampala, de 31 de maio a 11 de Junho desse ano¹⁸.

A inclusão do referido art. 9.º do Estatuto não é bem vista por parte da doutrina, levando Pellet a considerá-lo “uma das concessões lamentáveis feitas àquele Estado [Estados Unidos] pela maioria dos Estados participantes na Conferência de Roma”¹⁹, “num esforço para preservar o diálogo com os norte-americanos e evitar que a sua oposição ao Estatuto se transformasse, após a Conferência, em ‘oposição ativa’ ao Tribunal, isto é, numa verdadeira campanha para denegrir a instituição”²⁰. A verdade é que a inclusão destes Elementos só agrava o que deixamos dito quanto à visão espelhada no Estatuto do princípio *nullum crimen sine lege*.

Como é óbvio, sendo os Elementos do Crime um ato unilateral de carácter institucional adotado por um órgão criado pelo tratado constitutivo do TPI – no caso, a Assembleia de Estados Partes –, tem o seu fundamento no próprio Estatuto, o que significa que a sua validade decorre da concordância com esse instru-

¹⁷ TPI, Caso Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled Decision on Mr Ruto’s Request for Excusal from Continuous Presence at Trial, *cit.*, Joint Separate Opinion of Judge Erkki Kourula and Judge Anita Ušacka par. 11 e 16, respetivamente. Refira-se que o n.º 2 do art. 63.º admite que o acusado possa não estar permanentemente em audiência, mas no caso de a Secção “ordenar a sua remoção da sala” no caso de ela perturbar persistentemente a audiência, o que ocorrerá “em circunstâncias excepcionais e pelo período estritamente necessário, após se terem esgotado outras possibilidades razoáveis”. Parece tratar-se de situação bem diferente da verificada no caso, em que a razão da ausência visava “permitir-lhe [ao acusado] desempenhar as suas funções oficiais enquanto vice-Presidente do Quênia”, como se lê no par. 6 da sentença que vimos referindo.

¹⁸ A referida revisão do documento decorreu *inter alia* do facto de, na conferência de revisão, se ter definido o crime de agressão, tornando-se necessário que este documento passasse a identificar os elementos do crime referido no art. 8.º *bis*.

¹⁹ Alain Pellet, “Artigo 21: Direito aplicável”, *cit.*, p. 378.

²⁰ Mauro Politi, “Statut de Rome de la Cour pénal international: Le point de vue d’un négociateur”, *RGDIP*, vol. 103, 1999, p. 845.

mento fundador²¹. Aliás, nesse sentido aponta o próprio art. 9.º, cujo n.º 3 determina: “Os elementos constitutivos dos crimes e respectivas alterações deverão ser compatíveis com as disposições contidas no presente Estatuto”. Através da adoção destes Elementos, o que se pretende, como decorre do art. 9.º do ETPI, é dotar o Tribunal de um instrumento que o auxilie na tarefa de interpretar e a aplicar os artigos 6.º, 7.º e 8.º e 8.º *bis*. Nesse sentido, no documento em causa, foram identificados os elementos que deviam estar presentes para que se verifique cada um dos crimes referidos nas diferentes alíneas dos artigos mencionados. Cabe-lhes, por isso, “auxilia[r] os juízes e serão, portanto, de crucial importância para o trabalho do TPI na interpretação das disposições sobre os crimes”²².

Apesar disso, esta formulação não foi consensual, havendo, nas negociações, quem entendesse que estes elementos deviam ser objeto de codificação, sustentando que isso seria uma via de dar cumprimento ao princípio *nullum crimen sine lege* e, por outro lado, quem defendesse uma atribuição de maior discricionariedade aos juízes no apuramento dos elementos dos crimes, vindo a conseguir-se uma conjugação das duas posições nos termos da qual “os Elementos dos Crimes seriam adotados para ‘auxiliar’ e não como complementos vinculativos do Estatuto”²³.

É sabido que os primeiros tribunais internacionais de natureza criminal, ou seja, o Tribunal Internacional Militar (conhecido como Tribunal de Nuremberga) e o Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente (comumente designado Tribunal de Tóquio) foram objeto de críticas, designadamente por violarem o princípio *nullum crimen sine lege*. Efetivamente, se os comportamentos provados em tribunal violavam, em larga medida, as normas de direito internacional – e em particular de direito internacional humanitário – vigentes, a verdade é que em nenhum instrumento deste ramo de direito internacional existente à época tais comportamentos eram definidos como conduta criminosa, embora se deva dizer que os autores de tais críticas não tiveram em conta o direito costumeiro existente na matéria.

²¹ Nesse sentido, atente-se que os atos unilaterais são geralmente considerados fontes não autónomas do direito internacional precisamente por dependerem de um tratado ou costume que os prevê e define os seus efeitos, embora existam casos não sujeitos a esta regra. No caso de “actos unilaterais praticados por órgãos de organizações internacionais [como é o caso do TPI], os efeitos jurídicos que deles decorrem são os que estiverem previstos no próprio tratado constitutivo da organização” (J. da Silva Cunha / Maria de Assunção do Vale Pereira, *Manual de Direito Internacional Público*, 2.º ed, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 333-334).

²² Knut Dörmann, Louise Doswald-Beck and Robert Kolb, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 2.

²³ Margaret M. deGuzman, “Article 21”, *cit.*, p. 936, par. 12.

Se a mesma acusação não pode recair sobre a atuação dos tribunais internacionais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda, criados pelo Conselho de Segurança na década de 90 do século XX²⁴, é certo que estes tribunais se depararam com a falta de definição dos contornos de muitos dos comportamentos criminosos que cabiam no âmbito material da sua jurisdição, o que obrigou os seus juizes a preencher os conceitos para os poderem aplicar, permitindo-lhes adequar esses contornos às situações em causa, como supra referido em relação ao crime de violação. Se pensarmos no exemplo referido, relativo ao crime de violação, verificamos que, agora, no Estatuto do TPI, esse crime surge tipificado como crime contra a humanidade e como crime de guerra. E, percorrendo os elementos dos crimes, encontramos nos pontos 1. e 2. dos elementos do crime do Article 7 (1) (g)-1 os dados que definem o crime de violação²⁵, referindo-se os outros dois pontos às exigências que devem estar preenchidas para que se possa considerar que se verifica um crime contra a humanidade. E, tendo sido apurado o conceito, ele surge nos mesmos termos em relação aos elementos do crime de violação como crime de guerra.

Como referimos, o próprio documento “Elementos dos Crimes” tem também sido alvo de críticas. Uma das críticas que lhe é feita resulta da inserção, como elemento do crime de genocídio, da exigência de que “a conduta se inscreva num padrão manifesto de comportamentos similares contra esse grupo, ou possa, por si só, produzir uma tal destruição”, exigência que não surge na definição de genocídio adotada no Estatuto²⁶ e que, segundo Cryer, foi inserida diante de “um contexto de um medo quase paranoico de que o âmbito de competência do TPI se alargasse a homicídios racistas aleatórios, questão que

²⁴ O Tribunal Internacional Penal para a ex-Jugoslávia foi criado pela Resolução n.º 827 (1993), do Conselho de Segurança, de 25 de maio de 1993, e alterado pelas resoluções 1166 (1988), de 13 de maio de 1988, 1329 (2000), de 30 de novembro de 2000, 1411 (2002), de 17 de maio de 2002, 1431 (2002), de 14 de agosto de 2002, 1481 (2003), de 19 de maio de 2003, 1597 (2005), de 20 de Abril de 2005 e 1660 (2006), de 28 de fevereiro de 2006. Por seu lado, Estatuto do Tribunal Internacional Penal para o Ruanda foi adotado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, através da Resolução n.º 955 (1994), de 8 de novembro de 1994 e alterado pelas resoluções 1165 (1988), de 30 de abril de 1988, 1329 (2000), de 30 de novembro de 2000, 1411 (2002). De 17 de Maio de 2002, 1431 (2002), de 14 de agosto de 2002, 1503 (2003), de 28 de agosto de 2003 e 1512 (2003), de 27 de outubro de 2003.

²⁵ Nesta numeração, a extensão “-1” no final da mesma decorre do facto de a al. g) do art. 7.º referir, como crimes contra a humanidade, vários outros comportamentos (a saber, “escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável”), o que obriga a que os elementos do crime correspondentes a esta alínea estejam decompostos em vários artigos.

²⁶ Que reproduz a noção constante do art. II da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948.

deveria ser deixada às jurisdições nacionais²⁷. E a verdade é que o próprio TPI – concretamente o juízo de instrução ou, mais rigorosamente, a maioria dos seus juízes –, numa pronúncia no caso *Al Bashir*, reconheceu que o artigo II da Convenção sobre o Genocídio de 1948 “não exige expressamente qualquer elemento contextual” e sublinhou que “a jurisprudência do TPlex-J e do TPIR [cujos Estatutos adotam a mesma noção de genocídio daquela Convenção] interpretou essa definição como excluindo qualquer tipo de elemento contextual, como uma política ou plano genocida²⁸. Esta pronúncia verificou-se na decisão sobre o pedido do Procurador de emissão de um mandato de detenção daquele dirigente sudanês, em que havia acusações de genocídio contra três grupos – os Fur, os Masalit e os Zaghawa.

E o contraste com a jurisprudência dos anteriores tribunais *ad hoc* acentua-se se se pensar que o elemento em questão do crime genocídio já tinha sido objeto de pronúncia da Câmara de Recurso do Tribunal para a ex-Jugoslávia, no caso *Krstić* – verificada quando os Elementos Constitutivos dos Crimes já tinham sido adotados –, que considerou que “a exigência de que a conduta proibida seja parte de um ataque generalizado ou sistemático não aparece na Convenção sobre o Genocídio e não é imposta pelo direito internacional consuetudinário. Porque a definição adotada pelos Elementos dos Crimes não reflete o direito costumeiro existente quando *Krstić* cometeu os seus crimes, não pode ser usada para sustentar a conclusão do Tribunal de primeira instância²⁹. No entanto, este argumento é rejeitado pelo TPI, que, reconhecendo que a jurisprudência dos tribunais *ad hoc* não admite qualquer tipo de elemento contextual, sustenta que tem de aplicar, em primeiro lugar, as fontes referidas na alínea *a*) do n.º 1 do art. 21.º e que “essas outras fontes de direito previstas nas alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 do art. 21.º do Estatuto apenas podem ser aplicadas quando as duas condições seguintes estiverem preenchidas: (i) exista uma lacuna nas normas escritas contidas no Estatuto, nos Elementos dos Crimes e no Regulamento Processual; e (ii) tal lacuna não possa ser preenchida pela aplicação dos critérios estabelecidos nos arts. 31.º e 32.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e no art. 21.º, n.º 3, do Estatuto³⁰.”

²⁷ Robert Cryer, “Royalism and the King: Article 21 of the Rome Statute and the Politics of Sources”, *cit.*, p. 396.

²⁸ Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Case n.º ICC-02/05-01/09, 4 March 2009, pars 117 e 119.

²⁹ TPlex-J, *Prosecutor v. Radislav Krstić* (Case n.º IT-98-33-A), Judgement of Appeals Chamber, 19 April 2004, par. 224.

³⁰ Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *cit.*, par. 126.

Com este raciocínio, o TPI pretende afastar-se do entendimento sustentado no caso Krstić e da conceção costumeira de genocídio, que se baseia no estatuído na Convenção sobre o Genocídio e conduz a que o conceito seja aplicável a um eventual Estado não parte na mesma. Face a este raciocínio, cabe perguntar se acaso existe alguma lacuna no Estatut que precisasse ser colmatada em relação à definição de genocídio, que nos parece absolutamente clara no art. 6.º

Por outro lado, a questão que, a nosso ver, se pode colocar em relação às condições de aplicabilidade da alínea *b*) do art. 21.º do Estatuto, prende-se com o facto de o tribunal parecer pretender que o costume só possa atuar como fonte de direito reunidas as duas condições que enumera; todavia, cremos que a referência aos critérios estabelecidos no art. 31.º da dita Convenção de Viena implicam uma remissão para o costume, ao determinar que se deve ter em conta, na interpretação de uma norma convencional, “simultaneamente com o contexto: (...) c) Toda a norma pertinente de direito internacional aplicável às relações entre as Partes”. E, como afirma por Bruno Simma, na sua opinião separada no caso *Plataformas Petrolíferas*, julgado pelo Tribunal Internacional de Justiça, este Tribunal aceita, e com razão, o princípio segundo o qual “as disposições de qualquer tratado devem ser interpretadas e aplicadas à luz do direito dos tratados aplicável entre as partes bem como das normas de direito internacional geral “envolvente” do tratado. Se essas normas gerais de direito internacional são de natureza perentória, como são inegavelmente no nosso caso, então o princípio da interpretação que acabamos de referir converte-se num limite jurídico intransponível à interpretação permitida do tratado”³¹.

A questão que o caso Al Bashir parece colocar é a de os juízes estarem a fazer dos Elementos dos Crimes mais do que aquilo que eles são; ou seja, estarem a tratá-los como normas vinculativas e não, como determinado no art. 9.º do

³¹ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgement of 6 November 2003, I.C.J. Reports 2003, Separate Opinion of Judge Simma, p. 330, par. 9. No caso, a norma em causa era relativa ao uso da força. Conhecendo-se a relutância que este Tribunal tem relevado em usar a expressão *jus cogens*, não deixa de ser curioso atender à seguinte afirmação deste juiz: “Considero lamentável que o Tribunal não tenha reunido coragem para reafirmar, e portanto reconfirmar, os princípios absolutamente fundamentais do direito das Nações Unidas assim como do direito internacional costumeiro (princípios que, a meu ver, são de natureza de *jus cogens*) sobre o uso da força, ou mais propriamente da proibição do uso da força, num contexto e num momento em que tal reconfirmação é exigida com a máxima urgência” (*ibid.*, p. 327, par. 6).

Estatuto, como auxiliares de interpretação e aplicação do mesmo³². E não parece que isso esteja em consonância com o disposto no n.º 3 do art. 9.º do Estatuto.

Além disso, neste caso foi afirmado: “Na opinião da maioria, se a aplicação dos Elementos dos crimes fosse totalmente discricionária para a Secção competente, a salvaguarda fornecida pelo art. 22.º – princípio *nullum crimen sine lege* – seria significativamente reduzida”³³, afirmação que gerou estranheza por parte da doutrina porque “parece sugerir que as definições dos crimes contidas nos arts. 6.º, 7.º e 8.º do Estatuto não estão efetivamente em conformidade com o princípio *nullum crimen sine lege*”³⁴.

Por seu lado, a juíza Anita Ušacka afirma, na opinião que juntou à decisão: “As definições legais dos crimes são adotadas apenas no Estatuto. Uma vez que o art. 9.º, n.º 3, do Estatuto exige que os Elementos dos Crimes sejam consistentes com o Estatuto, pode inferir-se que apenas o Estatuto descreve a definição operacional do crime. Mais uma vez, lembro que a introdução aos Elementos dos Crimes afirma apenas que estes “devem auxiliar” o Tribunal na interpretação do Estatuto”³⁵.

A verdade é que a introdução do referido elemento contextual do crime de genocídio pelos Elementos do Crime vem limitar a possibilidade de conclusão pela verificação de tal crime pela adição de exigências que não constam da noção do mesmo inserta no art. 6.º do Estatuto; e, em nossa opinião, a inclusão desse elemento de natureza contextual só poderá ser validamente feita através de uma revisão dessa disposição e não pela sua inclusão num instrumento jurídico subordinado ao Estatuto.

Regulamento Processual: Quanto ao Regulamento Processual (*Rules of Procedure and Evidence*), pode dizer-se que tem a mesma natureza jurídica dos Elementos do crime, sendo, portanto, também um ato unilateral adotado pela Assembleia dos Estados parte, atendendo a que o n.º 1 do art. 51.º determina: “O Regulamento Processual entrará em vigor mediante a sua aprovação por uma maioria de dois terços dos votos dos membros da Assembleia dos Es-

³² Nesse sentido, Robert Cryer, “Royalism and the King: Article 21 of the Rome Statute and the Politics of Sources”, *cit.*, p. 400 ou Triffterer, que afirma: “os Elementos servem, portanto, como linhas orientadoras e, embora *não vinculativos*, devem ser tidos em conta pelo Tribunal antes de decidir uma questão para a qual os Elementos possam ser relevantes” (Otto Triffterer, “Can the “Elements of Crimes” narrow or broaden responsibility for criminal behaviour defined in the Rome Statute?”, *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Carsten Stahn / Göran Sluiter (eds.), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 387-388 – itálicos nossos).

³³ Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *cit.*, par. 131.

³⁴ Gilbert Bitti, “Article 21 and the Hierarchy of Sources of Law before the ICC”, *cit.*, p. 421.

³⁵ Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *cit.*, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, par. 18.

tados Partes”. Como ato unilateral que é, há-de estar subordinado ao tratado ao abrigo do qual é emanado, ou seja, ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, subordinação que decorre também do n.º 5 do art. 51.º, que afirma: “Em caso de conflito entre as disposições do Estatuto e as do Regulamento Processual, o Estatuto prevalecerá”.

O facto de ser adotado pela Assembleia dos Estados Parte, ou seja, por um órgão distinto dos juízes que integram o Tribunal é uma inovação face aos demais tribunais internacionais. Efetivamente, encontramos nos Estatutos de diferentes desses outros tribunais a referência a que o Regulamento Processual é elaborado pelos juízes de cada Tribunal. Nesse sentido, e meramente a título de exemplo, refira-se que é determinado no n.º 1 do art. 30.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça (no que segue o era referido no Estatuto do Tribunal Permanente de Justiça Internacional) que “[o] Tribunal estabelecerá regras para o desempenho das suas funções, em especial as que se refiram ao processo”; no mesmo sentido se determina, no art. 15.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, que “[o]s juízes do Tribunal Internacional adotarão regras de procedimento e recolha de provas para a condução da fase prévia ao julgamento, do julgamento e dos recursos, de admissibilidade de provas, de proteção das vítimas e das testemunhas e de outras questões apropriadas” e no art. 14.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda, espelhando a profunda relação com este último tribunal, que “Os juízes do Tribunal Internacional para o Ruanda adotam, para efeito dos processos a decorrer perante este Tribunal, o Regulamento Processual com vista à condução da fase prévia ao processo, nomeadamente de julgamento e recursos, admissão de provas, proteção de vítimas e testemunhas e de outras questões da competência do Tribunal Internacional para a ex-Jugoslávia, com as necessárias adaptações”³⁶.

Com esta inovação, deixa de se colocar a questão, por vezes suscitada em relação a anteriores tribunais, do não respeito pelo princípio da separação dos poderes, na medida em que os juízes, aplicadores do direito, estabeleciam as regras que lhes cabia aplicar. Agora o respeito pelo referido princípio é assegurado, na medida em que o poder de emanar as normas jurídicas reguladoras do processo cabe a um órgão distinto daqueles que as vão aplicar³⁷.

³⁶ Recorde-se que este Regulamento era também aplicável pelo Tribunal Especial para a Serra Leoa, em cujo Estatuto se determinava que “[o] Regulamento Processual do Tribunal Penal Internacional para Ruanda existente aquando do estabelecimento do Tribunal Especial será aplicável *mutatis mutandis* à condução do processo perante o Tribunal Especial”, embora se acrescentasse que “[o]s juízes do Tribunal Especial conjuntamente podem emendar o Regulamento Processual ou adotar regras adicionais se as do Regulamento não previrem, ou não previrem adequadamente, uma situação específica. Ao fazê-lo, poderão ser guiados, se apropriado, pelo Ato de Processo Criminal, da Serra Leoa, de 1965” (n.ºs 1 e 2 do art. 14.º do Estatuto do Tribunal Especial para a Serra Leoa, respetivamente).

³⁷ Nesse sentido, também Wladimir Brito, *Direito Internacional Público, cit.*, p. 592.

No entanto, quando atendemos à prática do Tribunal, constatamos que nem tudo o relativo à aplicação de disposições do Regulamento tem sido pacífico. Assim, não deixou de suscitar críticas – a nosso ver, fundadas – o facto de o texto da *Rule 132bis* permitir a designação de um juiz para a preparação do julgamento (“no exercício da sua autoridade nos termos do art. 64.º, n.º 3, al. a), uma Secção de Primeira Instância pode designar um ou mais dos seus membros com o fim de assegurar a preparação do julgamento”) por não parecer compatível com o Estatuto, nos termos de cujo art. 39.º só o Juízo de Instrução pode funcionar com um juiz singular (nos termos do n.º 2, b), iii), “[a]s funções do juízo de instrução serão desempenhadas por três juízes da secção de instrução ou por um só juiz da referida secção, em conformidade com o presente Estatuto e com o Regulamento Processual”), não sendo essa possibilidade admitida em relação à Secção de Primeira Instância, cujas funções devem ser desempenhadas por um coletivo de três juízes³⁸.

Parece, por isso, estar correto Bitti, ao afirmar: “portanto, não é simplesmente possível instituir um tal juiz singular sem uma alteração do art. 39.º do Estatuto: uma tal alteração era possível nos termos do esquema simplificado do art. 122.º do Estatuto que apenas exige que a alteração seja adotada pela AEP (em que é exigida uma maioria de dois terços dos Estados parte), sem qualquer subsequente ratificação pelos Estados partes no Estatuto”³⁹.

3. Art. 21.º, n.º 1, b)

Nas alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 deste art. 21.º aparecem referidas fontes externas, começando o respetivo texto pelas expressões “em segundo lugar” e “na falta destes”, respetivamente, “do que resulta que o Tribunal só pode considerar aplicar fontes externas quando há uma lacuna no seu próprio direito que não pode ser resolvida por interpretação”⁴⁰; portanto, “se o direito interno é ambíguo, uma solução inequívoca deve ser alcançada por recurso à interpretação. Para efeito de interpretação, o direito externo pode, e deve, ser considerado”⁴¹.

Tratados e princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos confli-

³⁸ Segundo se determina no art. 39.º, n.º 2, *b)* ii), do Estatuto do TPI, “as funções do juízo de julgamento em 1.ª instância serão desempenhadas por três juízes da secção de julgamento em 1.ª instância”.

³⁹ Gilbert Bitti, “Article 21 and the Hierarchy of Sources of Law before the ICC”, *cit.*, p. 417.

⁴⁰ Gudrun Hochmayr, “Applicable Law in Practice and Theory: Interpreting Article 21 of the ICC Statute”, *cit.*, p. 661.

⁴¹ Gudrun Hochmayr, “Applicable Law in Practice and Theory: Interpreting Article 21 of the ICC Statute”, *cit.*, p. 662.

tos armados. A alínea *b*) do n.º 1 da disposição em análise refere-se a fontes aplicáveis “em segundo lugar”; ou seja, naqueles casos em que as fontes internas referidas na alínea *a*) não resolvem, ou não resolvem de forma clara, questões que o Tribunal tenha de decidir. Aliás, o carácter subalterno do recurso a estas fontes ficou expressamente afirmado na asserção supra transcrita do Tribunal no caso *Al Bashir*⁴², assim como na afirmação do Tribunal, a propósito de uma via de responsabilização alegadamente não contemplada pelo costume internacional, segundo a qual “a primeira fonte de direito aplicável é o Estatuto. Princípios e regras do direito internacional constituem uma fonte secundária aplicável apenas quando o material estatutário não prescreve uma solução jurídica. Portanto, e como o Estatuto de Roma prevê expressamente esse modo específico de responsabilidade, a questão de saber se o direito consuetudinário admite ou descarta a ‘comissão conjunta por meio de outra pessoa’ não é relevante para este Tribunal”⁴³.

Nesta alínea do art. 21.º do ETPI, depois de referir que estas fontes se aplicam em segundo lugar, acrescenta-se “se for o caso” (*as appropriate*, em inglês), o que “serve para enfatizar a discricionariedade de que o Tribunal goza na determinação de quando os tratados ou os princípios e normas de direito internacional são aplicáveis”⁴⁴.

No que aos tratados se refere, foi colocada a questão de saber em que circunstâncias é que podem ser considerados aplicáveis, atento o princípio de que o tratado só vincula as partes⁴⁵; ou seja, vê-se com dificuldade que tratados intergovernamentais possam, em termos gerais, ser considerados aplicáveis pelo Tribunal. É certo que o TPI goza de personalidade jurídica e de capacidade para celebrar tratados de acordo com o princípio da especialidade⁴⁶, de que são exemplo os acordos de sede com Estados hospedeiros, referidos no art. 4.º, n.º 2, do Estatuto, ou quanto aos privilégios e imunidades do Tribunal. No entanto, como refere Hochmayr, se fossem esses os únicos aplicáveis, “a aplicação de tratados dificilmente teria qualquer sustentação em casos concretos”⁴⁷. Por outro lado, a

⁴² Ver *supra* p. -----

⁴³ TPI, *Caso Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, N.º ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 508.

⁴⁴ Margaret M. deGuzman, “Article 21”, *cit.*, p. 939, par. 20.

⁴⁵ Princípio afirmado nos arts 26.º (“Ou seja, vê-se com dificuldade que tratados intergovernamentais possam, em termos gerais, ser considerados aplicáveis pelo Tribunal”) e 34.º (“Um tratado não cria obrigações nem direitos para um terceiro Estado sem o consentimento deste”) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados, de 1969.

⁴⁶ Como decorre do art. 4.º do Estatuto.

⁴⁷ Gudrun Hochmayr, “Applicable Law in Practice and Theory: Interpreting Article 21 of the ICC Statute”, *cit.*, p. 666.

afirmação da aplicabilidade de tratados aplicáveis é tautológica, não esclarecendo a que tratados se refere. Portanto, segundo aquele autor, “[o] Tribunal pode aplicar todos os tratados pertinentes, ou seja, todos os tratados relevantes na matéria em questão”⁴⁸. Também o receio suscitado de que fossem inaplicáveis tratados como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi afastado, atendendo a que o n.º 3 deste art. 21.º determina que a aplicação do direito nos termos do Estatuto deve ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos⁴⁹.

Em consequência, têm sido dados vários exemplos de tratados aplicáveis, como as Convenções de Genebra de 1949, “incorporadas na definição de crimes de guerra”⁵⁰, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados em matéria de interpretação dos tratados, dado que “o Estatuto contem poucas normas sobre interpretação”⁵¹ ou ainda a Carta das Nações Unidas, uma vez que o Estatuto não regula a atuação no caso de um Estado que é dele parte se recusar cooperar com o Tribunal⁵². Aliás, “[c]om vista a colmatar esta lacuna, o Juízo de Instrução citou o dever de todos os Estados membros das Nações Unidas de ‘aceitar e aplicar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta’, que resulta do art. 25.º da Carta das Nações Unidas. Além do mais, a Secção invocou o dever do Sudão de cooperar, como determinado na resolução 1593 (2005) do Conselho de Segurança”⁵³.

Quanto à expressão *princípios e normas de direito internacional*, parece haver um consenso no sentido que se refere, no mínimo, ao direito internacio-

⁴⁸ Gudrun Hochmayr, “Applicable Law in Practice and Theory. Interpreting Article 21 of the ICC Statute”, *cit.*, p. 666.

⁴⁹ Cf. Margaret M. deGuzman, “Article 21”, *cit.*, p. 938, par. 19.

⁵⁰ Margaret M. deGuzman, “Article 21”, *cit.*, p. 938, par. 19.

⁵¹ Gudrun Hochmayr, “Applicable Law in Practice and Theory. Interpreting Article 21 of the ICC Statute”, *cit.*, p. 667. Aliás, o próprio Tribunal afirmou: “A interpretação de tratados, e o Estatuto de Roma não é exceção, é regida pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (23 de maio de 1969), especificamente pelo estabelecido nos arts. 31.º e 32.º” (Situation in the Democratic Republic of Congo, ICC-01/04-16, Judgment on the Prosecutor’s Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I’s 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, Appeals Chamber, 13 July 2006, par. 33).

⁵² Schabas refere ainda, como abarcadas por esta disposição, fontes de direito relativas a direitos humanos, incluindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Convenção Americana dos Direitos do Homem e a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes” (William A. Schabas, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 520).

⁵³ Gudrun Hochmayr, “Applicable Law in Practice and Theory: Interpreting Article 21 of the ICC Statute”, *cit.*, p. 667.

nal costumeiro⁵⁴. Isto sem prejuízo de alguma surpresa que o texto deste excerto possa causar. Nesse sentido, Alain Pellet considera que “[a] redação sibilina dessa disposição é motivo de perplexidade. Porquê usar uma expressão indireta quando uma simples referência ao costume internacional seria suficiente? Porquê referir-se a ‘princípios e regras’, quando ambos são colocados na mesma base? Acima de tudo, porquê fazer referência especial aos ‘princípios estabelecidos [e não às regras?] do direito internacional dos conflitos armados’ quando eles fazem parte, sem dúvida, dos ‘princípios do direito internacional?’⁵⁵. Segundo este autor, “se a palavra ‘costume’ foi excluída, terá sido muito provavelmente devido ao facto de os criminalistas, cuja influência cresceu durante a redação do Estatuto, se oporem em nome de uma errônea conceção do princípio da legalidade das ofensas e punições”⁵⁶.

Especificamente a propósito da referência aos princípios nesta alínea, suscitou-se a questão de saber como os distinguir dos referidos na alínea c) (princípios gerais do direito que o Tribunal deverá retirar “do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes”), na medida em que, na alínea b), não há qualquer referência à sua origem. A este propósito, há opiniões divergentes, com Alain Pellet a considerar que a referência aos princípios de direito internacional na alínea b) se devia a um erro⁵⁷, enquanto William Schabas sustenta que a alínea b) integra os princípios de direito internacional e a alínea c) os princípios que decorrem do direito comparado⁵⁸. Segundo deGuzman, “[u]ma terceira possibilidade, e aquela que é mais sustentada pela jurisprudência, é a de que o n.º 1, alínea b), inclui tanto direito internacional costumeiro como princípios de direito internacional como outro tipo de princípios que não derivam dos ordenamentos jurídicos internos”⁵⁹. Por outro lado, refere Hochmayr, fazendo a apelo ao entendimento de Kai Ambos, que “os crimes de direito internacional são tipicamente cometidos com a participação governamental, ou, pelo

⁵⁴ Nesse sentido, Mikaela Heikkilä, “Article 21”, *cit.*, p. 250, Margaret M. deGuzman, “Article 21”, *cit.*, p. 939, par. 24, Alain Pellet (“É necessário estabelecer uma distinção entre ‘princípios’ de direito internacional, por um lado, e ‘normas’, por outro? Indubitavelmente, não, pelo menos em relação à sua natureza: em ambos os casos, são normas costumeiras”), “Applicable Law”, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Antonio Cassese / Paola Gaeta / Jonh R.W.D. Jones (eds.), vol. II, Oxford : Oxford University Press, 2002, p. 1072 ou William A. Schabas, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, *cit.*, p. 522.

⁵⁵ Alain Pellet, “Applicable Law”, *cit.*, p. 1070.

⁵⁶ Alain Pellet, “Applicable Law”, *cit.*, p. 1071.

⁵⁷ Alain Pellet, “Applicable Law”, *cit.*, p. 1072.

⁵⁸ Nesse sentido, afirma: “a melhor interpretação é tratar o art. 21.º, n.º 1, c), como um convite à consulta do direito criminal comparado como uma fonte subsidiária de direito” (William Schabas, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, *cit.*, p. 525).

⁵⁹ Margaret M. deGuzman, “Article 21”, *cit.*, pp. 939-940, par. 25.

menos, com a sua aprovação tática, o que significa que os tribunais nacionais podem não julgar os seus autores. A prática estadual exigida para o desenvolvimento do direito internacional costumeiro pode, assim, ser difícil de estabelecer. Com vista a ultrapassar este dilema, uma solução combinada é oferecida. Os princípios jurídicos gerais confirmam o direito internacional costumeiro não consolidado, estabelecendo assim uma nova norma de direito internacional. De acordo com esta solução, os princípios gerais de direito desempenham um papel duplo. Contribuem para o desenvolvimento do direito internacional costumeiro, constituindo simultaneamente uma fonte de direito independente, enquanto princípios gerais de direito no sentido tradicional⁶⁰.

Por fim, atente-se em que se especifica a inclusão dos “princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados”. Sendo certo que, como referido, as Convenções de Genebra são já aplicáveis por força da alínea *a*), na medida em que o Estatuto as incorpora na definição dos crimes de guerra, esta menção “serve para garantir que o direito internacional costumeiro relativo aos conflitos armados é também uma fonte de direito para o Tribunal”⁶¹.

Diga-se que, em termos gerais, tem sido muito escassa a aplicação desta alínea *b*) pelo Tribunal, pelo que teremos de esperar pelo desenvolvimento da sua jurisprudência na matéria para ver como serão solucionadas as dúvidas suscitadas.

4. Art. 21.º, n.º 1, c)

Nos termos da alínea *c*), se as fontes referidas anteriormente não resolverem determinada questão, o Tribunal pode socorrer-se dos “**princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime**”, sob a condição de que “esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos”. Esta última parte, pelo menos no que toca à referência ao Estatuto, parece-nos dispensável, na medida em que sempre decorreria do facto de o n.º 1 do art. 21.º estabelecer uma hierarquia entre as fontes de direito referidas nas diferentes alíneas. Quanto à primeira parte da alínea, pode dizer-se que a sua redação foi o aspeto mais controverso nas negociações desta disposição. Tendo havido posições distintas no seu decurso, nomeadamente a propósito da questão do respeito pela soberania do Estado a quem caberia proceder ao julga-

⁶⁰ Gudrun Hochmayr, “Applicable Law in Practice and Theory: Interpreting Article 21 of the ICC Statute”, *cit.*, p. 668.

⁶¹ Margaret M. deGuzman, “Article 21”, *cit.*, p. 942, par. 33.

mento de determinado indivíduo – havendo mesmo delegações que sustentavam a aplicação, pelo TPI, da legislação desse Estado –, a versão final desta disposição espelha um compromisso na matéria. Assim, “exige que os juízes apliquem exclusivamente direito internacional, mas concede-lhes discricionariedade para terem em consideração o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente jurisdição na determinação dos princípios gerais de direito. Este é um compromisso difícil pela inconsistência inerente na determinação de ‘princípios gerais’ por referência a legislações nacionais específicas”⁶². As referências ao direito interno dos Estados que exerceriam normalmente jurisdição remetem-nos fundamentalmente para os ordenamentos jurídicos do Estado em que ocorreu a conduta criminosa e do Estado da nacionalidade do alegado autor da mesma.

5. Art. 21.º, n.º 2

Nos termos desta disposição, o Tribunal pode socorrer-se da sua jurisprudência anterior na interpretação de princípios e normas a aplicar (“pode aplicar **princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores**”). A utilização da palavra *pode* serve para acentuar a discricionariedade do Tribunal no recuso à interpretação feita em suas decisões anteriores, afastando assim qualquer ideia de vínculo pelo precedente que se sabe ser característica de alguns sistemas jurídicos no mundo. Por outro lado, como refere Bitti, “[s]endo um ramo de direito em desenvolvimento, sem o benefício de uma orientação legislativa, o direito internacional criminal exige uma certa margem de discricionariedade judicial. Ao sugerir que os juízes podem ter em conta as suas decisões prévias, o art. 21.º, n.º 2, contribui para o desenvolvimento de um corpo de direito internacional criminal consistente e previsível, e assim serve o princípio da legalidade”⁶³.

E as diferentes Secções do Tribunal já têm feito apelo a decisões anteriores do Tribunal⁶⁴, embora sem prevalência da jurisprudência da Secção superior (de Recurso). Segundo Bitti, “o art. 21, n.º 2, dá uma ampla discricionariedade ao TPI em relação ao uso da sua jurisprudência e parece que as Secções têm usado essa discricionariedade: na verdade, algumas Secções têm-se apoiado fortemente na sua própria jurisprudência; a jurisprudência da Secção de Recurso não parece ter sido colocada num plano mais elevado do que a de outras Secções do Tribunal, o que parece de acordo com o texto do art. 21.º, n.º 2 (...).

⁶² Margaret M. deGuzman, “Article 21”, *cit.*, p. 935, par. 10.

⁶³ Margaret M. deGuzman, “Article 21”, *cit.*, p. 945, par. 44.

⁶⁴ Nesse sentido, veja-se Gilbert Bitti, “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the treatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC”, *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, *cit.*, pp. 292-293.

Isto irá certamente produzir alguma instabilidade na jurisprudência do Tribunal nas próximas décadas, dado que as Secções não estão vinculadas pela sua jurisprudência anterior e a modificação da sua composição, tendo em consideração o facto de que os juizes devem ter um mandato de nove anos e não são reelegíveis, pode provocar importantes alterações na jurisprudência em todas as Secções do TPI, incluindo a Secção de Recurso. (...) Todavia, pode ser interessante para um Tribunal cujo Estatuto é tão difícil de alterar, e pode ficar substancialmente inalterado por muito tempo, ter mais flexibilidade no que se refere à evolução da jurisprudência⁶⁵.

6. Art. 21.º, n.º 3

Esta disposição (“A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá **ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos**, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o sexo, tal como definido no n.º 3 do artigo 7.º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação económica, o nascimento ou outra condição”) determina que a interpretação e aplicação feita das fontes anteriormente referidas deve ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma fundada em motivos não tolerados pelo direito internacional dos direitos humanos⁶⁶, criando “uma hierarquia substancial que suplanta a hierarquia formal entre as fontes estabelecida pelo art. 21.º, n.º1”⁶⁷. Em consequência, “a aplicação do Estatuto, Regulamento e outras fontes subsidiárias estabelecidas no art. 21.º, n.º 1, terá sempre de produzir um resultado compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”⁶⁸. Efetivamente, durante a Conferência de Roma, “a necessidade de o Tribunal aderir escrupulosamente aos standards internacionais dos direitos humanos no exercício das suas funções era inquestionável”, tendo-se centrado o debate “na desejabilidade de especificar os motivos de discriminação proibidos”, apesar de ser tratar de uma tarefa que “pode ser tecnicamente desnecessária uma vez que a proibição da discriminação

⁶⁵ Gilbert Bitti, “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the treatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC”, *cit.*, p. 293.

⁶⁶ Obviamente, a discriminação em causa é de carácter negativo, uma vez que a discriminação de carácter positivo, v.g. em razão da idade, não é proibida, mas sim em muitos casos exigida pelo DIDH ou pelo DIH, como decorre da protecção especial que estes dois ramos de direito internacional consagram à criança.

⁶⁷ Mikaela Heikkilä, “Article 21”, *cit.*, p. 249.

⁶⁸ Gilbert Bitti, “Article 21 and the Hierarchy of Sources of Law before the ICC”, *cit.*, p. 437.

com os fundamentos enumerados está claramente abrangida em ‘direitos humanos internacionalmente reconhecidos’⁶⁹.

No entanto, pra além do princípio geral de não discriminação, a norma não refere quais os ‘direitos humanos reconhecidos’ que o Tribunal deve ter conta e a verdade é que há direitos humanos amplamente reconhecidos, desde logo porque as normas que os consagram foram objeto de ratificação generalizada, e outros que não foram objeto de tão largo consenso, pelo que se torna importante apurar o que deve entender-se por direitos humanos internacionalmente reconhecidos para efeito de aplicação desta disposição. Esta formulação levou a que se considerasse que a mesma se referia a direitos reconhecidos, senão universalmente, pelo menos muito amplamente. Porém, o Tribunal “tem-se apoiada fortemente da jurisprudência dos tribunais regionais, como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, e também sobre resoluções aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas”⁷⁰. Por outro lado, nomeadamente no caso Lubanda Dylo, em que estavam em causa direitos da criança face à verificação do seu recrutamento por forças e grupos armados, em defesa dos seus direitos genericamente reconhecidos foram invocados a Convenção sobre os Direitos da Criança e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados, mas também instrumentos de *soft law*, como os *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law* e os *Cape Town Principles and Best Practices on the Recruitment of Children into the Armed Forces and on Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa*, que foram alvo de um consenso bastante amplo⁷¹.

⁶⁹ Margaret M. deGuzman, “Article 21”, *cit.*, p. 947, par. 49. Nesta matéria, a questão mais controvertida prendeu-se com a definição de sexo (na versão inglesa, o termo usado é ‘gender’, mas na francesa é ‘sexe’) – questão que surgiu também a propósito de outras disposições do Estatuto –, que acabou sendo esclarecida no art. 7.º, n.º 3, deste documento, nos termos do qual “o termo «sexo» abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado”. Mas deve atender-se a que a maioria nas negociações esclareceu que “sexo não é apenas uma questão biológica, mas envolve a os papéis socialmente construídos e disparidades de poder”, aspetos que o Tribunal deve considerar abordar ao tratar a discriminação fundada no ‘sexo’ (*ibid.*, pp. 947-948, par. 50).

⁷⁰ Gilbert Bitti, “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the treatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC”, *cit.*, p. 301.

⁷¹ Veja-se Mikaela Heikkilä, “Article 21”, *cit.*, pp. 249.

7. Conclusão

Do que deixamos referido, decorre que, sendo este art. 21.º muito importante na economia do Estatuto do TPI, também suscita algumas dúvidas de interpretação que, assim o esperamos, uma jurisprudência unívoca acabará por esclarecer. Talvez mais preocupante seja o facto de nos depararmos já com alguma jurisprudência que nos parece desviar-se do que nele se estabelece, ou seja, uma jurisprudência dotada de uma certa “criatividade” na interpretação do mesmo. Como refere Bitti, “[d]eixar mais espaço para ‘criatividade judicial’ além do âmbito processual estabelecido pelo Estatuto e pelo Regulamento permitiria aos juízes, segundo sua vontade, rejeitar um requerimento argumentando que o direito aplicável pelo TPI não prevê tal solução processual ou aceitar a esse requerimento através da criação, por si próprios, da solução processual se considerarem apropriado fazê-lo”⁷². E obviamente, esse caminho afetaria valores fundamentais do direito, como os da segurança e da certeza jurídicas...

Importa, por isso, seguir a jurisprudência do Tribunal para ver o rumo que adota em matéria de direito aplicável.

⁷² Gilbert Bitti, “Article 21 and the Hierarchy of Sources of Law before the ICC”, *cit.*, p. 443.

PROCESSO CRIMINAL: INQUÉRITO; JULGAMENTO.

Margarida Santos

I. Apontamentos preliminares

1. Como acima se evidenciou, a estrutura orgânica e funcional do TPI resulta, em larga medida, do estabelecimento e funcionamento dos Tribunais Penais *Ad Hoc*, de natureza internacional¹.

2. Nos termos do art.º 4º do Estatuto do TPI², o Tribunal tem capacidade jurídica de forma a exercer as suas funções e a prossecução dos seus objetivos (n.º 1), só podendo exercer os seus poderes e funções no território dos Estados Parte e no território de qualquer outro Estado, se houver acordo especial (n.º 2).

3. No que se refere à estrutura orgânica do TPI, na esteira do disposto no art.º 34º, do Estatuto do TPI, este Tribunal é composto por quatro órgãos principais: a Presidência; uma secção de instrução ou de questões preliminares (secção

¹ Cf. *supra* Wladimir Brito, pp. 1 e ss. Sobre estes Tribunais ver, entre outros, Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2008, pp. 317 e ss.. e Wladimir Brito, *Direito internacional público*, 2014, pp. 539 e ss.. Para uma análise de alguns aspetos da atividade do Tribunal de Nuremberga e seus efeitos no desenvolvimento e na afirmação de novos crimes internacionais e da ideia da necessidade da criação de um Tribunal Penal Permanente, ver novamente *supra* Wladimir Brito, especialmente p. 11.

² Ratificado pela Resolução nº 3/2002 da AR e pelo Decreto do PR nº 2/2002.

ou juízo de instrução), uma secção de julgamento em 1.^a instância (secção ou juízo de julgamento) e uma secção de recurso; o Gabinete do Procurador e a Secretaria³.

4. As funções judiciais do Tribunal serão desempenhadas em cada secção pelos juízos (art.º 2.º, al. a), do art.º 39.º do Estatuto do TPI), sendo que as funções do juízo de julgamento em 1.^a instância serão desempenhadas por três juízes da secção de julgamento em 1.^a instância (ponto ii, da al. b), do art.º 39.º, do Estatuto do TPI) e as funções do juízo de instrução serão desempenhadas por três juízes da secção de instrução ou por um só Juiz da referida secção (ponto iii, da al. b), do art.º 39.º, do Estatuto do TPI); o juízo de recursos será composto por todos os juízes da secção de recursos (ponto i, da al. b), do art.º 39.º, do Estatuto do TPI).

Como já acima se descreveu, os juízes são eleitos⁴ membros do Tribunal para exercer funções em regime de exclusividade (art.º 35.º, n.º 1, do Estatuto do TPI) e são independentes no desempenho das suas funções (art.º 40.º, do Estatuto do TPI).

5. O Gabinete do Procurador atua de forma independente, competindo-lhe a investigação e o exercício da ação penal dos crimes da jurisdição do Tribunal (art.º 42.º, n.º 1, do Estatuto do TPI). O Gabinete do Procurador é presidido pelo Procurador, que é coadjuvado por um ou mais procuradores-adjuntos (art.º 42.º, n.º 1, do Estatuto do TPI).

O Procurador é eleito por maioria absoluta de votos dos membros da Assembleia dos Estados Partes, sendo que os procuradores-adjuntos serão eleitos da mesma forma, de entre uma lista de candidatos apresentada pelo procurador (art.º 42.º, n.º 4, do estatuto do TPI)⁵.

II. A admissibilidade da ação penal no TPI à luz do princípio da complementaridade

1. Para uma compreensão do processo penal internacional importa a leitura conjunta das regras do Estatuto do TPI, bem como de outros documentos, em especial: do Regulamento Processual e da Prova (*Rules of Procedure and Evidence*), do Regulamento do Tribunal (*Regulations of the Court*); do Regulamento

³ Sobre a estrutura interna de cada um desses órgãos, ver *supra* Wladimir Brito, pp. 13 e ss., sem prejuízo de adiante nos referirmos, sempre que necessário, a esta estrutura.

⁴ Sobre a eleição dos juízes (que são eleitos de entre candidatos apresentados pelos Estados membros da ONU e os não membros que tenham na ONU missões permanentes de observadores a convite do Secretário Geral da ONU) – ver *supra* Wladimir Brito, p. 15 e 16 e art.º 35.º

⁵ Para maiores desenvolvimentos, ver *supra* Wladimir Brito, pp. 16 e 17.

do Gabinete do Procurador (*Regulations of the Office of the Prosecutor*) e do Regulamento da Secretaria do Tribunal (*Registry of the Court*)⁶.

O Direito Internacional Processual aplicável no TPI, nomeadamente no que tange à disciplina referente ao inquérito e procedimento criminal e ao julgamento, resulta sobretudo das normas constantes do Estatuto do TPI, bem como do Regulamento Processual e da Prova⁷, sendo que apenas se permite aos Juízes que, em casos urgentes onde seja necessária a resolução de uma situação concreta suscitada, possam adotar, por maioria de dois terços, normas processuais provisórias, que terão necessariamente de ser ratificadas na primeira Assembleia Geral dos Estados Partes (Art.º 51º, n.º 3, do Estatuto do TPI).

2. O principal pressuposto de admissibilidade da ação penal assenta no princípio da complementaridade (art.º 17.º do Estatuto do TPI), trave-mestra da articulação entre as jurisdições nacionais e o TPI.

No Preâmbulo (parágrafo 10) refere-se que "... o Tribunal Penal Internacional criado pelo presente Estatuto será complementar das jurisdições penais nacionais", estabelecendo-se no art.º 1.º do Estatuto do TPI que "[o] Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar das jurisdições penais nacionais". As alíneas a), b) e c) do n.º 1, do art.º 17.º, do Estatuto do TPI concretizam este princípio, estatuindo que o Tribunal deverá decidir a não admissibilidade de um caso que seja objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado, ou de um caso que tenha sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele, tendo sido decidido não dar seguimento ao procedimento; ou ainda se a pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta denunciada ao Tribunal⁸. Ademais, a al. d) deste normativo contempla ainda a circunstância de o caso não ser suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.

⁶ Disponíveis em <https://www.icc-cpi.int/resource-library#legal-texts>.

⁷ Disponível em <https://www.icc-cpi.int/resource-library#legal-texts>.

⁸ Esta circunstância está ligada ao princípio *ne bis in idem*, consagrado expressamente no art.º 20.º, do Estatuto do TPI. De acordo com o n.º 3 deste artigo, o TPI só poderá julgar (novamente) se se concluir que o processo no Tribunal que procedeu ao julgamento visou subtrair o arguido à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou não foi conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou foi conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à justiça. Sobre este princípio ver, entre outros, Christine Van den Wyngaert/ Tom Ongena, "Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty", in Antonio Cassese, Paola Gaeta, John Jones (eds.), *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford, 2009 (reimpressão de 2002), p. 705 e ss. Sobre as dúvidas em torno da interpretação deste princípio e da possibilidade prevista no n.º 3 do art.º 20.º do Estatuto do TPI, alvo de fortes críticas, ver supra Assunção Pereira, pp. 44 e ss.

3. De acordo com este princípio, o TPI afigura-se um tribunal complementar das jurisdições penais nacionais, só devendo ser admitida uma ação penal no TPI no caso de não haver capacidade efetiva ou vontade de proceder criminalmente nos Estados com competência para julgar os presumíveis autores dos crimes que cabem na jurisdição do TPI⁹. Está, em última instância, em causa uma manifestação do respeito pela soberania¹⁰ dos diferentes Estados.

Numa palavra, a competência é devolvida ao TPI sempre que se verificarem as exceções estabelecidas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do art.º 17.º, ou seja, se os tribunais penais nacionais não tiverem capacidade efetiva ou não pretenderem proceder criminalmente.

4. Não obstante, existem algumas restrições à jurisdição nacional previstas nos art.ºs 12.º e 13.º do Estatuto do TPI: nos casos em que um Estado Parte denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios da ocorrência de crimes da competência do Tribunal (al. a) do art.º 13.º); o Conselho de Segurança denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios da prática desses crimes; ou o Procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no art.º 15.º. (al. b) do art.º 13.º)

De acordo com o art.º 18.º, n.º 1, do Estatuto do TPI, nos casos em que uma situação é denunciada ao Tribunal por um Estado Parte e o Procurador considerar que existem fundamentos para abrir um inquérito ou der início a um inquérito autorizado pelo juízo de instrução - art.º 13.º, alíneas a) e c) e art.º

⁹ No art.º 17.º, n.ºs 2 e 3, estão concretizadas as situações de “falta de vontade” e de “falta de capacidade” das jurisdições nacionais para proceder criminalmente. De acordo com o n.º 2: “A fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias: a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no art.º 5.º; b) Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça; c) O processo não ter sido ou não estar a ser conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar a ser conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça”. Na esteira do n.º 3: “A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não estará em condições de fazer comparecer o arguido, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo”. Para uma interpretação destas circunstâncias, ver *supra* Assunção Pereira, especialmente pp. 41 e ss. e a bibliografia aí citada.

¹⁰ Sobre o conceito de soberania e a sua erosão, ver Margarida Santos, *Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia: uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia*, Lisboa, Rei dos Livros, 2016, especialmente pp. 53 e ss. e Pedro Caetano, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado – o caso português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, entre outras, pp. 47 e ss.

15, do Estatuto do TPI -, o Procurador deve notificar os Estados que teriam a jurisdição nacional sobre estes crimes. Depois, na esteira do n.º 2 deste artigo, os Estados notificados têm um mês para informar o Tribunal de que encetaram o procedimento criminal respetivo (ou já procederem criminalmente) relativamente aos seus nacionais ou a outras pessoas sob sua jurisdição relativamente aos crimes em causa¹¹.

III. Considerações gerais acerca da tramitação do processo no TPI

1. O Direito Processual aplicável no TPI e a estrutura do processo

1. O Direito Processual aplicável no TPI afigura-se complexo. Por um lado, atendendo ao princípio da complementaridade que caracteriza a atuação deste Tribunal e às múltiplas implicações que daí decorrem; por outro lado, afigura-se complexo o contexto normativo no qual o Tribunal opera, atendendo às próprias regras processuais presentes no Estatuto e no Regulamento Processual e da Prova¹².

Não obstante, estas normas encerram uma evolução relevante no direito penal internacional, assegurando “a previsibilidade na assunção da responsabilidade criminal” e “a máxima proteção aos direitos individuais durante a investigação e prossecução dos crimes da jurisdição do Tribunal”¹³. Assume-se, pois, mister que o Tribunal e os Estados Partes garantam que “os benefícios superam

¹¹ Saliente-se que esta notificação prevista no art.º 18.º, do Estatuto do TPI, não contempla as situações em que a denúncia provém do Conselho de Segurança, nos termos do art.º 13.º, al. b), do Estatuto do TPI).

¹² Cf. Fabricio Guariglia, “The rules of procedure and evidence for the Internacional Criminal Court: a new development in International adjudication of individual criminal responsibility”, in Antonio Cassese/ Paola Gaeta/ John Jones (eds.) *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, Volume II, Oxford, 2009 (reimpressão de 2002), p. 1133. Como bem apreende o Autor, estas normas presentes no Estatuto e no Regulamento parecem ser “razoáveis e exequíveis”, existindo ao mesmo tempo “um grau inevitável de incerteza sobre como operarão na prática”. Com efeito, parafraseando o Autor: “... while the method of enacting and amending Rules of Procedure and Evidence adopted by the Statute should be welcomed, the price to pay for its gains in terms of predictability and fairness is a rigidity that the ICC predecessors have not experienced”.

¹³ Cf. Fabricio Guariglia, “The rules of procedure and evidence for the Internacional Criminal Court: a new development in International adjudication of individual criminal responsibility”, in Antonio Cassese/ Paola Gaeta/ John Jones (eds.), *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, Volume II, Oxford, 2009 (reimpressão de 2002), p. 1133.

as limitações reconhecidas e as deficiências nos documentos fundamentais do TPI”¹⁴.

2. O modelo de processo penal afigura-se um “modelo *sui generis*”, híbrido, onde se entrelaçam características próprias do sistema do *Common Law* e do Direito de tradição Civil (*Civil Law*)¹⁵.

3. O processo penal do TPI (na primeira instância) é composto por três distintas fases: a fase de investigação, a fase intermédia (fase de instrução) e a fase de julgamento¹⁶.

4. É atribuída ao Procurador a titularidade da ação penal, com limitações no seu exercício, como *infra* se evidenciará. Cumpre, no entanto, adiantar que existe a possibilidade de intervenção do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que pode requerer a não iniciação ou suspensão da investigação por um período (prorrogável) de 12 meses (art.º 16.º, do Estatuto do TPI) e do Juízo de Instrução, que intervém, desde logo, para decidir se existe um “fundamento suficiente” para abrir inquérito, autorizando a sua abertura (art.º 15.º, n.º 3 e 53.º, do Estatuto do TPI).

5. A autonomia do Procurador relativamente a qualquer instituição internacional, nomeadamente em relação ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, revela-se um importante avanço, de extrema relevância jurídico-processual.

6. O Procurador, nos termos do art.º 15.º, do Estatuto do TPI, é o titular da ação penal, tendo competência para iniciar um processo, abrindo inquérito com base em informações sobre a prática de um crime internacional da competência do Tribunal.

A competência do Procurador para *motu próprio* iniciar um processo-crime, abrindo inquérito, foi alvo de acérrima discussão¹⁷. Vingou a ideia de que seria necessária a existência de controlo por parte do juízo de instrução so-

¹⁴ Cf. Fabricio Guariglia, “The rules of procedure and evidence for the International Criminal Court: a new development in International adjudication of individual criminal responsibility”, in Antonio Cassese/ Paola Gaeta/ John Jones (eds.), *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, Volume II, Oxford, 2009 (reimpressão de 2002), p. 1133.

¹⁵ Para maiores desenvolvimentos, ver Kai Ambos, *Processo Penal Internacional*, trad. de Marcellus Polastri Lima e Margareth Vetus Zaganelli, com colaboração de Giselly Giselly Gussie e Victor Sonegheti, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012, pp. 8 e ss.

¹⁶ Cf. Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Volume III: International Criminal Procedure*, Oxford, University Press, 2016, p. 334: “the investigation phase”; “the intermediate proceedings”; “the trial” e Kai Ambos, *Processo Penal Internacional*, trad. de Marcellus Polastri Lima e Margareth Vetus Zaganelli, com colaboração de Giselly Giselly Gussie e Victor Sonegheti, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012, p. 15 (“investigação”; “fase prévia ao Juízo” e a “fase judicial”. Sobre esta divisão tripartida ver ainda Christoph Safferling, *Toward an International Criminal Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 54, 172, 207.

¹⁷ Ver *supra* Wladimir Brito, especialmente pp. 27 e 28.

bre a iniciativa processual do Procurador, concretizado na obrigação de este obter prévia autorização dessa secção para dar início a uma investigação criminal.

De acordo com o n.º 1.º, do art.º 15.º, do Estatuto do TPI, “[o] procurador poderá, por sua própria iniciativa, abrir um inquérito com base em informações sobre a prática de crimes da competência do Tribunal”, sendo que, na esteira do n.º 3 deste artigo, “[s]e concluir que existe fundamento suficiente para abrir um inquérito, o procurador apresentará um pedido de autorização nesse sentido ao juízo de instrução, acompanhado da documentação de apoio que tiver reunido...”. Cabe, assim, ao juízo de instrução, de acordo com o n.º 4, do art.º 15.º, do Estatuto do TPI, autorizar a sua abertura, caso considere haver fundamento suficiente e caiba ao TPI a jurisdição.

2. Funções e poderes do Procurador em matéria de inquérito

1. O art.º 54.º, do Estatuto do TPI, diz respeito às funções e poderes processuais do Procurador em matéria de inquérito: poderes processuais de investigação e de procedimento criminal - alíneas a), b) e c), do n.º 1 e n.º 2 e alíneas a) e b) do n.º 3)¹⁸ - e poderes instrumentais extraprocessuais de cooperação com Estados - alíneas c) e d), do n.º 3 e art.ºs 86.º e 87.º¹⁹.

2. Tem, assim, o Procurador o poder-dever de perseguir a verdade material, devendo alargar o inquérito a todos os factos e provas relevantes - al. a), do n.º 1, do art.º 54.º, do Estatuto do TPI - e adotar as medidas adequadas para assegurar a eficácia do inquérito e do procedimento criminal - al. b), do n.º 1, primeira parte, do art.º 54.º, do Estatuto do TPI). No decurso da sua atividade, deve o Procurador respeitar os direitos conferidos às pessoas, nomeadamente os direitos indicados no art.º 55.º, do Estatuto do TPI - al. c), do n.º 1, do art.º 54.º, do Estatuto do TPI - e ter em conta os interesses e a situação pessoal das vítimas e testemunhas - al. c), do n.º 1, do art.º 54.º, do Estatuto do TPI.

O Procurador tem o dever de sigilo, não podendo divulgar documentos e informações que tiver obtido “com a condição de preservar o seu carácter confidencial e com o objectivo de obter novas provas, a menos que quem tiver facilitado a informação consinta na sua divulgação” - al. e), do n.º 2, do art.º 54.º do Estatuto do TPI. Tem, ainda, o dever de adotar/requer nesse sentido “as medidas necessárias para assegurar o carácter confidencial das informações, a

¹⁸ Ver também art.ºs 46.º e ss. das Regras Processuais e de Prova.

¹⁹ Ver *supra* Wladimir Brito, p. 29. Sobre as funções do Procurador na fase de investigação e de inquérito, ver já, entre outros, Christoph Safferling, *Toward an International Criminal Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 54 e ss; Giuliano Turone, “Powers and duties of the prosecutor”, in Antonio Cassese/ Paola Gaeta/ John Jones (eds.), *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, Volume II, Oxford, 2009 (reimpressão de 2002), pp. 1137 e ss.

protecção das pessoas ou a preservação das provas” – al. f), do n.º 2, do art.º 54.º do Estatuto do TPI.

3. Como *supra* adiantámos, não obstante ser atribuída a titularidade da acção penal ao Procurador, verificam-se limitações no exercício da promoção processual, atendendo à possibilidade de intervenção do Conselho de Segurança das Nações Unidas (art.º 16.º, do Estatuto do TPI) e ao “controlo” exercido pelo juízo de instrução.

Com efeito, o inquérito ou o procedimento criminal não poderão ter início ou prosseguir os seus termos, por um período (renovável) de 12 meses, se o Conselho de Segurança das Nações Unidas assim o tiver solicitado (art.º 16.º, do Estatuto do TPI). Ademais, o juízo de instrução poderá intervir nas situações em que o Procurador decide se existe ou não um “fundamento razoável” para iniciar o procedimento (art.º 15.º, n.º 3 e 53.º do Estatuto do TPI)²⁰.

Além disso, verifica-se uma limitação do exercício da acção penal por parte do Procurador atendendo à ingerência judicial presente nesta fase de inquérito e procedimento criminal, desde logo quer quanto à iniciativa, quer quanto à decisão de acusação formulada pelo Procurador, nos termos que se analisarão.

3. Funções e poderes processuais do juízo de instrução

1. Relativamente ao juízo de instrução, os art.ºs 56.º e 57.º, entre outros, do Estatuto do TPI, dizem respeito às suas funções e poderes processuais, que assume a função de verdadeiro *juiz das liberdades* - parte final da al. b), do n.º 1, do art.º 56º, do Estatuto do TPI.

2. Em termos sumários, o juízo de instrução tem competência para, em sede de investigação e de inquérito, autorizar o Procurador a praticar atos que contendam com os direitos fundamentais das pessoas (art.ºs 56.º; 57.º; 58.º, do Estatuto do TPI) e declarar procedente a acusação se tiverem sido reunidos indícios suficientes, remetendo o arguido para o juízo de julgamento em 1.ª instância (art.º 61.º, do Estatuto do TPI).

3. Com efeito, compete ao juízo de instrução, além de outras funções contempladas no Estatuto do TPI, de acordo com o art.º 57.º:

- i a pedido do Procurador, proferir os despachos e emitir os mandados que se revelem necessários para um inquérito;

²⁰ Ver as críticas de Christoph Safferling, “Towards an international criminal Procedure, Oxford University Press, 2001, p 81, 177. Com muito interesse, ver Giuliano Turone, “Powers and duties of the prosecutor”, in Antonio Cassese/ Paola Gaeta/ John Jones (eds.), *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, Volume II, Oxford, 2009 (reimpressão de 2002), p. 1141.

- ii a pedido de qualquer pessoa que tenha sido detida ou tenha comparecido na sequência de notificação expedida nos termos do art.º 58.º (Mandado de detenção e notificação para comparência do juízo de instrução), proferir despachos, ou procurar obter, nos termos do disposto no capítulo IX, a cooperação necessária para auxiliar essa pessoa a preparar a sua defesa;
- iii assegurar a proteção e o respeito pela privacidade de vítimas e testemunhas, a preservação da prova, a proteção de pessoas detidas ou que tenham comparecido na sequência de notificação para comparência, assim como a proteção de informação que afete a segurança nacional;
- iv autorizar o Procurador a adotar medidas específicas, no âmbito de um inquérito, no território de um Estado Parte sem ter obtido a cooperação deste nos termos do disposto no capítulo IX, caso o juízo de instrução determine que, tendo em consideração, na medida do possível, a posição do referido Estado, este último não está manifestamente em condições de satisfazer um pedido de cooperação face à incapacidade de todas as autoridades ou órgãos do seu sistema judiciário com competência para dar seguimento a um pedido de cooperação formulado nos termos do disposto no capítulo IX;
- v quando tiver emitido um mandado de detenção ou uma notificação para comparência, e tendo em consideração o valor das provas e os direitos das partes em questão, procurar obter a cooperação dos Estados, nos termos do n.º 1, al. k), do art.º 93.º, para a adoção de medidas cautelares que visem a apreensão, em particular no interesse superior das vítimas.

Compete-lhe, ainda, entre outras funções:

- i se concluir que existe fundamento suficiente para abrir um inquérito e que o caso parece caber na jurisdição do Tribunal, dar autorização ao pedido formulado pelo Procurador nesse sentido (art.º 15.º);
- ii responder ao Procurador relativamente ao pedido de autorização para efetuar as investigações que o Procurador considere necessárias para preservar elementos de prova, quando exista uma oportunidade única de obter provas relevantes ou um risco significativo de que

essas provas possam não estar disponíveis numa fase ulterior (art.º 18.º, n.º 6);

- iii decidir sobre a admissibilidade de um caso ou a jurisdição do Tribunal nos termos do disposto no art.º 19.º;
- iv autorizar o Procurador a realizar investigações no âmbito de um inquérito no território de um Estado nos termos do n.º 3, al. d), do art.º 57.º (art.º 54.º, n.º 2);
- v apreciar a acusação antes do julgamento, declarando procedente ou não procedente a acusação se tiverem sido reunidas ou não provas suficientes; ou adiando a audiência e solicitando ao Procurador que considere a possibilidade de apresentar novas provas ou efetuar novo inquérito relativamente a um determinado facto constante da acusação; ou de modificar parte da acusação, se as provas reunidas parecerem indicar que está em causa um crime distinto.

4. Os direitos das pessoas (suspeito/arguido)

1. Na esteira do Estatuto do TPI, o visado (suspeito), *durante o decurso do inquérito*, goza dos seguintes direitos expressamente consagrados²¹:

- i direito a não ser obrigado a depor contra si próprio ou a declarar-se culpado (direito à não autoincriminação) - al. a), do n.º 1, do art.º 55;
- ii direito a não ser submetido a qualquer forma de coação, intimidação ou ameaça, tortura ou outras formas de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes - al. b), do n.º 1, do art.º 55;
- iii direito a ser assistido por um “intérprete competente” de forma gratuita e a dispor das “traduções necessárias às exigências de equidade”, se a inquirição for realizada numa língua que não compreenda ou não fale fluentemente - al. c), do n.º 1, do art.º 55;

²¹ Sobre o direito das pessoas durante a investigação, v., entre outros, Salvatore Zappalà, “Rights of persons during an Investigation”, in Antonio Cassese, Paola Gaeta, John Jones (eds.), *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford, 2009 (reimpressão de 2002), pp. 1181 e ss.

- iv direito a não sofrer detenção ou prisão ou privação da liberdade, a não ser nas circunstâncias e mediante os procedimentos previstos no Estatuto - al. d), do n.º 1, do art.º 55;
- v direito à presunção da inocência “até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável” – art.º 66.^{o22};

Ademais, *antes do interrogatório levado a cabo pelo Procurador ou pelas autoridades nacionais*, em virtude de um pedido de cooperação internacional e auxílio judiciário (Capítulo IX), o suspeito tem de ser informado de que goza dos seguintes direitos:

- vi direito a ser informado de que existem indícios de que cometeu um crime da competência do TPI – al. a), do n.º 2, do art.º 55.º;
- vii direito ao silêncio – al b), do n.º 2, do art.º 55.º;
- viii direito a ser assistido por um advogado da sua escolha ou a solicitar a indicação de um defensor oficioso, “em todas as situações em que o interesse da justiça assim o exija”, sem encargos económicos, se não possuir meios suficientes para o pagamento, tendo, nomeadamente, a menos que tenha renunciado voluntariamente, o direito a ser interrogado na presença de advogado - al. c) e d) do n.º 2, do art.º 55.º.

Em sede de *audiência de julgamento*, durante a apreciação de quaisquer factos constantes da acusação, o arguido goza dos direitos expressos no art.º 67.º, do Estatuto do TPI:

- i direito a ser ouvido em audiência pública, conduzida de forma equitativa e imparcial - n.º 1, do art.º 67.º;
- ii direito a ser informado numa língua que compreenda e fale fluentemente, da natureza, motivo e conteúdo dos factos que lhe são

²² Vale um princípio de *in dubio pro reo*, devendo o Tribunal “estar convencido de que o arguido é culpado, para além de qualquer dúvida razoável” - art.º 66.º, n.º 3, DO Estatuto do TPI.

- imputados, “sem demora e de forma detalhada” - al. a), do n.º 1, do art.º 67.º²³;
- iii direito a dispor de tempo e de meios adequados para a preparação da sua defesa e a comunicar livre e confidencialmente com um defensor da sua escolha - al. b), do n.º 1, do art.º 67.º;
 - iv direito a ser julgado sem atrasos indevidos - al. c), do n.º 1, do art.º 67.º;
 - v direito a estar presente na audiência de julgamento, salvo o disposto no n.º 2 do art.º 63.º - al. d), do n.º 1, do art.º 67.º²⁴;
 - vi direito a defender-se a si próprio ou a ser assistido por um defensor da sua escolha/nomeado²⁵ - al. d), do n.º 1, do art.º 67.º;
 - vii direito de intervenção, inquirindo ou fazendo inquirir testemunhas, oferecendo outros meios de prova admissíveis - al. e), do n.º 1, do art.º 67.º;
 - viii direito a ser assistido gratuitamente por um “intérprete competente” e dispor das traduções necessárias - al. f), do n.º 1, do art.º 67.º;
 - ix direito à proibição da não autoincriminação e direito ao silêncio – al. g), do n.º 1, do art.º 67.º.

²³ Art.º 64.º, n.º 8, al. a): “ No início da audiência de julgamento, o juízo de julgamento em 1.ª instância ordenará a leitura ao arguido dos factos constantes da acusação previamente confirmados pelo juízo de instrução. O juízo de julgamento em 1.ª instância deverá certificar-se de 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 art.º 65.º, ou de se declarar inocente”.

²⁴ Apesar de o arguido ter o direito (art.º 67.º, n.º 1, al. d) e o dever (art.º 63.º, do Estatuto do TPI) de estar presente na audiência de julgamento, se “perturbar persistentemente a audiência”, como medida excepcional e de *ultima ratio*, apenas pelo tempo necessário, poderá ser ordenada a sua remoção da sala, promovendo-se que o arguido acompanhe o processo, dando nomeadamente indicações ao defensor a partir do exterior, recorrendo-se, se necessário, a meios técnicos de comunicação (art.º 63.º, n.º 2)

²⁵ Se não tiver advogado constituído, tem o arguido o direito de ser informado da possibilidade de o tribunal lhe nomear um defensor “sempre que o interesse da justiça o exija, sendo tal assistência gratuita se o arguido carecer de meios suficientes para remunerar o defensor assim nomeado” – art.º 67.º, n.º 1, al. d).

5. A intervenção da vítima

1. No Estatuto do TPI e no Regulamento Processual e da Prova²⁶ faz-se menção aos direitos das vítimas. Não obstante, a vítima dos crimes da competência do TPI não assume a categoria de verdadeiro “sujeito” processual, embora se permita a sua intervenção processual, ainda que com intensidades diferentes nos diferentes momentos processuais²⁷.

2. Desde logo, de acordo com o art.º 15.º, n.º 3, parte final, do Estatuto do TPI, as vítimas podem apresentar exposições no juízo de instrução²⁸. Na esteira do art.º 19.º, n.º 3, do Estatuto do TPI, está prevista a possibilidade de as vítimas

²⁶ Disponível em <https://www.icc-cpi.int/resource-library#legal-texts>.

²⁷ Assim Maria Leonor Esteves, “A Vítima – da quase ‘invisibilidade’ à obtenção de um ‘Estatuto’. Ou do (inevitável) caminho para a humanização da ordem jurídico-penal”, in Margarida Santos/Helena Grangeia (coord.), *Novos desafios em torno da proteção da vítima: uma perspetiva multidisciplinar*; Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos/Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, disponível em <http://www.jusgov.uminho.pt/publicacoes/novos-desafios-em-torno-da-protecao-da-vitima-uma-perspetiva-multidisciplinar/>, pp. 18 e ss.

²⁸ Cf. art.º 50.º do Regulamento Processual e da Prova (Procedure for authorization by the Pre-Trial Chamber of the commencement of the Investigation):

“1. When the Prosecutor intends to seek authorization from the Pre-Trial Chamber to initiate an investigation pursuant to article 15, paragraph 3, the Prosecutor shall inform victims, known to him or her or to the Victims and Witnesses Unit, or their legal representatives, unless the Prosecutor decides that doing so would pose a danger to the integrity of the investigation or the life or well-being of victims and witnesses. The Prosecutor may also give notice by general means in order to reach groups of victims if he or she determines in the particular circumstances of the case that such notice could not pose a danger to the integrity and effective conduct of the investigation or to the security and well-being of victims and witnesses. In performing these functions, the Prosecutor may seek the assistance of the Victims and Witnesses Unit as appropriate.

2. A request for authorization by the Prosecutor shall be in writing.

3. Following information given in accordance with sub-rule 1, victims may make representations in writing to the Pre-Trial Chamber within such time limit as set forth in the Regulations.

4. The Pre-Trial Chamber, in deciding on the procedure to be followed, may request additional information from the Prosecutor and from any of the victims who have made representations, and, if it considers it appropriate, may hold a hearing.

5. The Pre-Trial Chamber shall issue its decision, including its reasons, as to whether to authorize the commencement of the investigation in accordance with article 15, paragraph 4, with respect to all or any part of the request by the Prosecutor. The Chamber shall give notice of the decision to victims who have made representations.

6. The above procedure shall also apply to a new request to the Pre-Trial Chamber pursuant to article 15, paragraph 5”.

Sobre a participação das vítimas, ver art.ºs 89.º e ss. Sobre os direitos das vítimas, veja-se Gilbert Bitti, “As Vítimas Perante o Tribunal Internacional Penal. Participação no Processo”, in *Actas da Conferência Internacional de Processo Penal. Os Desafios do Século XXI*, Macau, Ed. Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2007, pp. 329 e ss; Claude Jorda, Jérôme de Hemptinne, “The Status and Role of the Victim”, in Antonio Cassese, Paola Gaeta, John Jones (eds.), *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford, 2009 (reimpressão de 2002), pp. 1387 e ss.

se manifestarem sobre as questões que vierem a suscitar-se quanto à jurisdição do Tribunal ou à admissibilidade do caso.

Refira-se, ainda, que a decisão do Procurador quanto à abertura do inquérito, bem como quanto à decisão que tome no final do inquérito de proceder ou não criminalmente deve atender aos “interesses das vítimas” - art.º 53.º, n.º 1, al. c) e n.º 2, al. c), respetivamente. O art.º 92.º, n.º 2, do Regulamento Processual e da Prova, prevê que o juízo de instrução notifique as vítimas da decisão tomada pelo Procurador de não proceder criminalmente, de forma a permitir a sua participação.

Também de acordo com o art.º 68.º, n.º 3, do Estatuto do TPI “[s]e os interesses pessoais das vítimas forem afectados, o Tribunal permitir-lhes-á que expressem as suas opiniões e preocupações em fase processual que entenda apropriada e por forma a não prejudicar os direitos do arguido nem a ser incompatível com estes ou com a realização de um julgamento equitativo e imparcial. Os representantes legais das vítimas poderão apresentar as referidas opiniões e preocupações quando o Tribunal o considerar oportuno e em conformidade com o Regulamento Processual”.

Nesta medida, de acordo com o disposto nos art.ºs 89.º, n.º 1, 91.º, n.º 3, 92.º, n.º 5 e 131.º, n.º 2 do Regulamento Processual e de Prova, resulta que a vítima, durante a audiência de julgamento, tem o direito de participação, podendo formular as suas observações por escrito à Secretaria, que terá o encargo de as transmitir ao Tribunal, bem como ao Procurador e à defesa (art.º 89.º); tem, entre outros, o direito de se fazer representar por advogado, que pode aceder aos elementos integrantes do processo, participar na audiência de julgamento, alegando o que tiver por conveniente, interrogar o arguido, inquirir testemunhas e peritos e, se necessário para a tutela dos seus interesses e para o apuramento da verdade, salvaguardados os direitos do arguido, poderá apresentar prova²⁹.

Ora, como bem aponta Maria Leonor Esteves, a possibilidade de intervenção da vítima é limitada nos momentos prévios à fase de julgamento. Na verdade, embora na audiência de julgamento, como “participante processual”, detenha o direito de participação nos moldes indicados, como salienta a Autora, durante a fase instrutória, apesar da contemplação da sua participação na audiência instrutória, “...o tribunal tem vindo a fazer uma «interpretação restritiva» (...) do direito que deve assistir à vítima de carrear prova ou de propor que

²⁹ Cf. a síntese de Assim Maria Leonor Esteves, “A Vítima – da quase ‘invisibilidade’ à obtenção de um ‘Estatuto’. Ou do (inevitável) caminho para a humanização da ordem jurídico-penal”, in Margarida Santos/Helena Grangeia (coord.), *Novos desafios em torno da proteção da vítima: uma perspetiva multidisciplinar*; Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos/Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, disponível em <http://www.jusgov.uminho.pt/publicacoes/novos-desafios-em-torno-da-protecao-da-vitima-uma-perspetiva-multidisciplinar/>, p. 20.

seja ordenada a sua produção apelando aos poderes de investigação que detém o Tribunal (art.º 61º, nº 7), louvando-se da decisão proferida no Caso Katanga³⁰³¹.

Além disso, como acentua Maria Leonor Esteves, no contexto da concessão da indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos com a prática do crime³², “a vítima intervém munida dos direitos reconhecidos a um verdadeiro «sujeito»”³³.

3. No âmbito da proteção da vítima e da concretização dos seus direitos, assume relevância a Secção Relativa à Participação e Reparação das Vítimas, a Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas (art.º 68.º, n.º 4, do Estatuto do TPI), o Gabinete de Assessoria Pública às Vítimas e o Fundo a Favor das Vítimas (art.º 79.º, do Estatuto do TPI), órgãos criados para auxiliar as vítimas no procedimento de obtenção de uma reparação.

6. Regras relativas à prova

1.No Estatuto vem assegurado um princípio geral de admissibilidade das provas.

Com efeito, na esteira do art.º 69.º, do Estatuto do TPI, podem os participantes processuais carrear para o processo as provas relevantes, sendo que o Tribunal oficiosamente poderá levar a cabo a produção de todas as provas que

³⁰ Cf. The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision ICC-01/04-01/07-474, 13.05.2008.

³¹ Assim Maria Leonor Esteves, “A Vítima – da quase ‘invisibilidade’ à obtenção de um ‘Estatuto’. Ou do (inevitável) caminho para a humanização da ordem jurídico-penal”, in Margarida Santos/Helena Grangeia (coord.), *Novos desafios em torno da proteção da vítima: uma perspetiva multidisciplinar*; Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos/Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, disponível em <http://www.jusgov.uminho.pt/publicacoes/novos-desafios-em-torno-da-protecao-da-vitima-uma-perspetiva-multidisciplinar/>, p. 19.

³² Com efeito, “[o] Tribunal estabelecerá princípios aplicáveis às formas de reparação, tais como a restituição, a indemnização ou a reabilitação, que hajam de ser atribuídas às vítimas ou aos titulares desse direito. Nesta base, o Tribunal poderá, oficiosamente ou a requerimento, em circunstâncias excepcionais, determinar a extensão e o nível dos danos, da perda ou do prejuízo causados às vítimas ou aos titulares do direito à reparação, com a indicação dos princípios nos quais fundamentou a sua decisão” - art.º 75.º, do Estatuto do TPI.

³³ Assim Maria Leonor Esteves, “A Vítima – da quase ‘invisibilidade’ à obtenção de um ‘Estatuto’. Ou do (inevitável) caminho para a humanização da ordem jurídico-penal”, in Margarida Santos/Helena Grangeia (coord.), *Novos desafios em torno da proteção da vítima: uma perspetiva multidisciplinar*; Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos/Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, disponível em <http://www.jusgov.uminho.pt/publicacoes/novos-desafios-em-torno-da-protecao-da-vitima-uma-perspetiva-multidisciplinar/>, pp. 19 e 20.

entender necessárias para alcançar a verdade material, cabendo ao Tribunal decidir sobre a relevância ou admissibilidade de qualquer prova³⁴.

O n.º 7 do art.º 69.º, do Estatuto do TPI, estabelece uma proibição de valoração de prova obtida com violação do disposto no Estatuto do TPI ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas, em duas situações³⁵:

- i se a violação levantar “sérias dúvidas sobre a fiabilidade das provas” – al. a) ou
- ii se a admissão da prova colocar em causa “a integridade do processo ou resulte em grave prejuízo deste” – al. b).

Cumpra ainda acentuar já que o juízo de julgamento só poderá fundamentar a sua decisão final exclusivamente nas provas produzidas ou examinadas em audiência de julgamento (art.º 74.º, n.º 2, do Estatuto do TPI).

IV. O inquérito e o procedimento criminal (Capítulo V, do Estatuto do TPI)

1. O Procurador procederá à abertura do inquérito, a menos que inexistam fundamento razoável, na esteira do art.º 17.º e 53.º, n.º1, do Estatuto do TPI.

Com efeito, o Procurador verificará se existe “fundamento razoável” para averiguar se foi, ou está a ser, cometido um crime da competência do Tribunal; se o caso é ou seria admissível nos termos do art.º17.º; e não existem razões para crer que o inquérito não serve os interesses da justiça - art.º 53.º, n.º 1, al. a), b) e c).

2. O Procurador informará o juízo de instrução se considerar que não há motivo razoável para abrir o respetivo inquérito, nas situações em que fundamenta esta não abertura na inexistência de razões para crer que o inquérito serviria os interesses da justiça, consideradas todas as circunstâncias (art.º 53.º, n.º 1).

³⁴ Sendo que, nos termos do n.º 8, do art.º 69.º, do Estatuto do TPI, o Tribunal, não poderá pronunciar-se sobre a aplicação do direito interno desse Estado, no momento em que está a decidir sobre a relevância ou admissibilidade das provas apresentadas por um Estado. Ver também, além do Regulamento Processual e de Prova, o art.º 64.º, n.º 8, do Estatuto do TPI.

³⁵ Para maiores desenvolvimentos, v., entre outros, Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Volume III: International Criminal Procedure*, Oxford, University Press, 2016, pp. 446 e ss, especialmente pp. 513 e ss.

3. No final do inquérito, se o Procurador entender que não há fundamento suficiente para proceder criminalmente³⁶, comunica a sua decisão ao juízo de instrução e ao Estado que lhe denunciou o facto nos termos do art.º 14.º, ou ao Conselho de Segurança, se foi este que lhe denunciou o facto, ao abrigo da al. b), do art.º 13.º.

Refira-se, ainda, que nestes últimos casos, a pedido do Estado ou do Conselho de Segurança, o juízo de instrução poderá examinar a decisão do Procurador de não proceder criminalmente e solicitar-lhe que reavalie essa decisão – al. a), do n.º 3, do art.º 53.º.

Por outro lado, oficiosamente, o juízo de instrução poderá examinar a decisão do Procurador de não abrir inquérito ou de não proceder criminalmente, se essa decisão se basear exclusivamente inexistência de razões para crer que o inquérito serviria os interesses da justiça - n.º 1, al. c), ou n.º 2, al. c). Nestas situações, a decisão do Procurador carece de confirmação do juízo de instrução para produzir efeitos - al. b), do n.º 3, do art.º 53.º.

4. Não obstante, a todo o tempo, se existirem novos factos ou novas informações, o Procurador poderá reavaliar a sua decisão de abrir inquérito ou proceder criminalmente – n.º 4, do art.º 53.º.

5. Como *supra* referido, o Procurador deverá levar a cabo todas as diligências necessárias para apurar a verdade, investigando todas as circunstâncias relevantes à acusação e à defesa, competindo-lhe, especialmente, recolher e examinar provas; procurar obter a cooperação de um Estado ou organização intergovernamental ou dispositivo intergovernamental, nomeadamente celebrando acordos ou convénios necessários para facilitar a cooperação; assegurar o carácter confidencial de determinada informação, a proteção de pessoas ou a preservação da prova (art.º 54.º).

6. Referia-se que nos termos do art.º 56.º, do estatuto do TPI, está contemplada a possibilidade de intervenção do juízo de instrução em caso de oportunidade única de proceder a um inquérito e recolher depoimentos ou declarações de uma testemunha ou de examinar, reunir ou verificar provas.

Nestas circunstâncias, o Procurador comunicará esse facto ao juízo de instrução, que, a pedido daquele, poderá adotar as medidas que entender

³⁶ Porque se verifica algumas das alíneas do n.º 2, do art.º 53: “a) Não existam elementos suficientes, de facto ou de direito, para requerer a emissão de um mandado de detenção ou notificação para comparência, de acordo com o art.º 58.º; b) O caso seja inadmissível, de acordo com o art.º 17.º; ou c) O procedimento não serviria o interesse da justiça, consideradas todas as circunstâncias, tais como a gravidade do crime, os interesses das vítimas e a idade ou o estado de saúde do presumível autor e o grau de participação no alegado crime”.

necessárias para assegurar a eficácia e a integridade do processo (art.º 56.º, n.º, al. b), podendo, designadamente realizar as medidas previstas no n.º 2, do art.º 56.º:

- i elaborar recomendações ou proferir despachos sobre o procedimento a seguir;
- ii ordenar que o processado seja reduzido a auto;
- iii nomear um perito;
- iv autorizar o advogado de defesa do detido ou de quem tiver comparecido no Tribunal na sequência de notificação, a participar no processo ou a nomear outro defensor que se encarregará dos interesses da defesa e os representará no caso dessa detenção ou comparência não se ter ainda verificado ou não tiver ainda sido designado advogado;
- v formular recomendações ou proferir despachos sobre a recolha e a preservação de meios de prova e a inquirição de pessoas (por um dos seus membros ou, se necessário, por outro Juiz disponível da secção de instrução ou da secção de julgamento em 1.ª instância);
- vi realizar as medidas necessárias para reunir ou preservar meios de prova.

Além disso, se o Procurador não tiver requerido a adoção destas medidas, mas o juízo de instrução considerar que as mesmas se revelam necessárias para preservar meios de prova essenciais para a defesa no julgamento, auscultará o Procurador para apurar se existem motivos para este não requerimento - art.º 56.º, n.º 3, al. a), primeira parte.

Se depois concluir que a omissão é injustificada, o juízo de instrução poderá oficiosamente levar a cabo as medidas - art.º 56.º, n.º 3, al. a), segunda parte), sendo que o Procurador poderá interpor recurso desta decisão do juízo de instrução, que seguirá uma forma sumária (art.º 56.º, n.º 3, al. b).

Cumprido, no entanto, acentuar, que a admissibilidade dos meios de prova terão, em julgamento, o valor que lhes for atribuído pelo juízo de julgamento em 1.ª instância, de acordo com a regra geral prevista no art.º 69.º, do Estatuto do TPI.

7. Importa reforçar que, no âmbito do inquérito, compete ao juízo de instrução praticar todos os atos que contendam com os direitos fundamentais, intervindo a pedido do Procurador, para, por exemplo, proferir os despachos e

emitir os mandados de detenção ou despacho de notificação para comparência e outros que se revelem necessários no âmbito de um inquérito; a pedido de qualquer pessoa que tenha sido detida ou notificada para comparência ao juízo de instrução, para por exemplo, proferir despachos, incluindo as medidas indicadas no art.º 56.º, ou procurar obter, nos termos do disposto no capítulo IX, a cooperação necessária para auxiliar essa pessoa a preparar a sua defesa; ou mesmo oficiosamente, sempre que necessário, para assegurar a proteção e o respeito pela privacidade de vítimas e testemunhas, a preservação da prova, a proteção de pessoas detidas ou que tenham comparecido na sequência de notificação para comparência, assim como a proteção de informação que afete a segurança nacional (art.º 57.º, do Estatuto do TPI).

Em sequência, o Estado Parte que receber um pedido de prisão preventiva ou de detenção e entrega, levará a cabo as medidas necessárias para proceder à detenção, de acordo com o direito interno e com o disposto no capítulo IX, sendo que o detido será levado à presença da autoridade judiciária competente do Estado da detenção de imediato, que irá avaliar se o mandado é aplicável à pessoa em causa; se a detenção foi executada de acordo com a lei e se os direitos do detido foram respeitados (art.ºs 59.º, n.º os 1 e 2).

Na esteira do disposto no art.º 59.º, n.ºs 3 e 4, o detido poderá realizar um pedido de liberdade provisória à autoridade competente do Estado da detenção, a fim de aguardar a sua entrega em liberdade. A decisão compete à autoridade competente do Estado da detenção, que averiguará a existência de circunstâncias urgentes e excecionais que justifiquem a liberdade provisória e se existem as garantias necessárias para que o Estado de detenção possa cumprir a sua obrigação de entregar a pessoa ao Tribunal, atendendo à gravidade dos crimes imputados³⁷.

Na tomada de decisão, a autoridade competente atenderá às recomendações realizadas pelo juízo de instrução, que previamente foi notificado deste pedido de liberdade (art.º 59.º, n.º 5).

Se for concedida a liberdade provisória, o juízo de instrução poderá solicitar informações periódicas sobre a situação de liberdade provisória, sendo que, se for ordenada a entrega, o detido será colocado à disposição do Tribunal (art.º 59.º, n.ºs 6 e 7).

8. A fase instrutória vem contemplada especificamente nos art.ºs 60 e 61, do Estatuto do TPI.

Logo que uma pessoa seja entregue ao Tribunal ou nele compareça voluntariamente em cumprimento de uma notificação para comparência, o juízo

³⁷ No entanto, a autoridade não tem competência para examinar se o mandado de detenção foi regularmente emitido - art.º 59.º, n.º 4, parte final, do Estatuto do TPI.

de instrução deverá assegurar-se de que essa pessoa foi informada dos crimes que lhe são imputados e dos direitos conferidos pelo Estatuto, incluindo o direito de solicitar autorização para aguardar o julgamento em liberdade (art.º 60.º, n.º 1 e 2, do Estatuto do TPI).

Não obstante, o juízo de instrução tem de proceder ao reexame oficioso da decisão relativa à liberdade provisória ou à detenção, podendo fazê-lo a pedido do Procurador ou do interessado (art.º 60.º, n.º 3, do Estatuto do TPI).

O juízo de instrução procede à realização de uma audiência de instrução, onde estão presentes o Procurador, o arguido³⁸ e o seu defensor, para apreciar os factos constantes da acusação com base nos quais o Procurador pretende requerer o julgamento, após a entrega da pessoa ao Tribunal ou após a sua comparência voluntária perante este (art.º 61.º, n.º 1).

De acordo com o art.º 61.º, n.º 3, antes da audiência, “[n]um prazo razoável”, o arguido, será notificado dos factos constantes da acusação e das provas que o Procurador se propõe apresentar em audiência, sendo que poderá haver uma restrição nesta indicação, na medida em que o juízo de instrução poderá proferir despacho sobre a divulgação de informação para efeitos da audiência³⁹.

Nesta audiência, assente no princípio do contraditório, o Procurador produzirá prova dos factos constantes da acusação, podendo basear-se em provas documentais ou num resumo das provas (art.º 61.º, n.º 5, do Estatuto do TPI), tendo o arguido o direito de contestar as acusações, impugnar as provas apresentadas pelo Procurador e apresentar provas (art.º 61.º, n.º 6, do Estatuto do TPI).

No final da audiência, à luz dos factos aí apreciados, o juízo de instrução tomará uma de três decisões (art.º 61.º, n.º 7, do Estatuto do TPI):

- i) declarar procedente a acusação ou parte dela - se considerarem terem sido recolhidos indícios suficientes e remeterá o arguido para o juízo

³⁸ Nos termos do disposto no n.º 2 deste artigo, pode contudo, a audiência ser realizada na ausência do arguido nas situações em que este tiver renunciado ao seu direito a estar presente; ou tiver fugido ou não for possível encontrá-lo, depois das diligências realizadas para o efeito. Se o juízo de instrução entender que se afigura necessário, o arguido será representado por um defensor.

³⁹ Refira-se que antes do início da audiência da fase instrutória, o Procurador poderá reabrir o inquérito e alterar ou retirar parte dos factos constantes da acusação, informando para tal o juízo de instrução e dando conta da sua motivação. Deve igualmente o arguido ser notificado da alteração, antes da realização da audiência (art.º 61.º, n.º 4).

de julgamento em 1.^a instância, a fim de aí ser julgado pelos factos confirmados⁴⁰;

- ii não declarar procedente a acusação na parte relativamente à qual considerou não terem sido reunidas provas suficientes⁴¹;
- iii adiar a audiência e solicitar ao Procurador que considere a possibilidade de indicar novas provas ou realizar novo inquérito relativamente a um determinado facto constante da acusação; ou modificar parte da acusação, se as provas reunidas parecerem indicar o preenchimento de um crime diferente.

Tendo a acusação sido declarada procedente, será designado um juízo de julgamento em 1.^a instância pela Presidência, que se encarregará da fase de julgamento e poderá, se necessário, exercer as funções do juízo de instrução que se mostrem pertinentes e apropriadas nessa fase do processo descritas art.º 61.º, n.º 11 (cfr. art. 64.º, n.º 6, al. a), do Estatuto do TPI), sem prejuízo da possibilidade prevista no art.º 64.º, n.º 4 de este juízo remeter questões preliminares ao juízo de instrução ou a outro disponível da secção de instrução.

V. O julgamento (Capítulo VI, do Estatuto do TPI)

1. O julgamento é composto por diferentes momentos processuais, devendo todos os juízes do juízo de julgamento em 1.^a instância⁴² estar presentes em cada uma das fases do julgamento e nas deliberações (art.º 74.º, n.º 1, do Estatuto do TPI)⁴³.

2. Desde logo, salvo decisão em contrário, a audiência de julgamento realiza-se na sede do Tribunal (art.º 62.º, do Estatuto do TPI).

⁴⁰ Cumpre salientar que, até ao início do julgamento, o Procurador poderá, mediante autorização do juízo de instrução e notificação prévia do arguido, alterar alguns factos constantes da acusação declarados procedentes pelo juízo de instrução. No entanto, se o Procurador pretender acrescentar factos novos ou substituí-los por outros de natureza mais grave, terá de requerer uma audiência para que os factos sejam apreciados (art.º 61.º, n.º 9, do Estatuto do TPI).

De resto, o Procurador pode retirar a acusação, com autorização do juízo de instrução, mesmo após o início do julgamento (art.º 61.º, n.º 9, parte final, do Estatuto do TPI).

⁴¹ Neste caso, o Procurador pode sempre solicitar uma nova apreciação, desde que apresente provas adicionais (art.º 61.º, n.º 8, do Estatuto do TPI).

⁴² Especificamente sobre as suas funções, ver art.º 64.º, do Estatuto do TPI:

⁴³ No entanto, nos termos deste art.º 74.º, n.º 1, do Estatuto do TPI, a Presidência poderá designar um ou vários juízes substitutos, em função das disponibilidades.

3. A audiência de julgamento é pública (art.º 64.º, n.º 7), a não ser que seja limitada a publicidade. Com efeito, o juízo de julgamento em 1.ª instância pode decidir restringir a publicidade, estabelecendo que determinadas diligências se efetuem à porta fechada para proteção das vítimas, das testemunhas, ou do arguido (art.º 68.º), ou de determinada informação confidencial ou restrita que venha a ser apresentada como prova.

4. No início da audiência de julgamento, procede-se à leitura ao arguido dos factos constantes da acusação previamente confirmados pelo juízo de instrução, dando-se a possibilidade de o arguido confessar, de acordo com o disposto no art.º 65.º⁴⁴, ou de se declarar inocente - art.º 64.º, n.º 8, al. a), do Estatuto do TPI.

5. Durante o julgamento, o Juiz-Presidente pode dar instruções sobre a condução da audiência, realizando-se a produção oficiosa de prova ou apresentada pelas partes, em função da avaliação do Tribunal acerca da sua admissibilidade ou pertinência (art.º 64.º, n.ºs 8 e 9, do Estatuto do TPI). De resto, cumpre reiterar que o juízo de julgamento só poderá fundamentar a sua decisão final exclusivamente nas provas produzidas ou examinadas em audiência de julgamento (art.º 74.º, n.º 2).

6. Findas as diligências e a produção de prova, o juízo de julgamento tomará a decisão final, tendo de fundamentar expressamente a sua decisão “com base na apreciação das provas e do processo no seu conjunto” (art.º 74.º, n.º 2, do Estatuto do TPI).

7. De referir que, a menos que tenha sido obtida a confissão do arguido nos termos do art.º 64.º, n.º 8, al. a) e 65.º, do Estatuto do TPI, e ainda antes de concluído o julgamento, o juízo de julgamento em 1.ª instância, oficiosamente ou a requerimento do Procurador ou do arguido, pode convocar uma audiência suplementar, com o objetivo de conhecer quaisquer novos elementos de prova ou factos relevantes para a determinação da pena, de acordo com o Regulamento Processual e de Prova (art.º 76.º, n.º 2, do Estatuto do TPI).

8. A audiência de julgamento será registada pelo Secretário, que procederá a um registo completo, descrevendo todas as diligências efetuadas (art.º 64.º, n.º 10, do Estatuto do TPI).

9. Cumpre ainda tecer uns breves apontamentos relativos à elaboração da decisão final, à forma de deliberação e votação e aos seus requisitos.

Desde logo, o juízo de julgamento tem de se cingir ao “objeto do processo previamente fixado”, na medida em que “[a] decisão não exorbitará dos factos e circunstâncias descritos na acusação ou nas alterações que lhe tenham sido feitas” (art.º 74.º, n.º 2, do Estatuto do TPI).

⁴⁴ Sobre as implicações da confissão do arguido, ver art.º 65.º, do Estatuto do TPI.

No que diz respeito à fundamentação da matéria de facto, como *supra* se indicou, o Tribunal só poderá socorrer-se das provas produzidas ou examinadas em audiência de julgamento.

Quanto à deliberação e votação (secreta), os juízes decidirão por unanimidade ou, não sendo possível, por maioria (art.º 74.º, n.ºs 3 e 4, do Estatuto do TPI), sendo que será proferida uma só decisão pelo juízo de julgamento em 1.ª instância⁴⁵.

Concluída a deliberação e votação, é elaborada a decisão, que deve conter: uma exposição completa e fundamentada da apreciação das provas e as conclusões do juízo de julgamento em 1.ª instância (art.º 74.º, n.º 5, do Estatuto do TPI), bem como, em caso de decisão condenatória, a determinação da pena a aplicar, com base nos elementos de prova e nas exposições relevantes produzidas no decurso do julgamento (art.º 76.º, n.º 1, do Estatuto do TPI).

O Tribunal poderá elaborar despacho contra a pessoa condenada, nos termos do art.º 75.º, do Estatuto do TPI, no qual determinará a reparação adequada a ser atribuída às vítimas ou aos titulares de tal direito. De resto, o Tribunal poderá, após a decisão de condenação, determinar se, para fins de aplicação deste despacho será necessário tomar medidas de cooperação, em conformidade com o n.º 1 do art.º 93.º, do Estatuto do TPI.

A leitura da decisão ou de uma sua súmula realiza-se em audiência pública (art.º 74.º, n.º 5, do Estatuto do TPI), marcada para o efeito.

⁴⁵ Se não houver unanimidade, a decisão conterà as opiniões tanto da maioria como da minoria de juízes – art.º 74.º, n.º 5, do Estatuto do TPI.

SANÇÕES APLICÁVEIS E SUA DETERMINAÇÃO

Pedro Miguel Freitas

Artigo 77.º

Penas aplicáveis

1 - Sem prejuízo do disposto no artigo 110.º, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5.º do presente Estatuto uma das seguintes penas:

- a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou
- b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau da ilicitude do facto e as condições pessoais do condenado o justificarem.

2 - Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar:

- a) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual;
- b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, directa ou indirectamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.

Artigo 78.º

Determinação da pena

1 - Na determinação da pena, o Tribunal atenderá, de harmonia com o Regulamento Processual, a factores tais como a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado.

2 - O Tribunal descontará, na pena de prisão que vier a aplicar, o período durante o qual o arguido esteve sob detenção por ordem daquele. O Tribunal poderá ainda descontar qualquer outro período de detenção que tenha sido cumprido em razão de uma conduta constitutiva do crime.

3 - Se uma pessoa for condenada pela prática de vários crimes, o Tribunal aplicará penas de prisão parcelares relativamente a cada um dos crimes e uma pena única, na qual será especificada a duração total da pena de prisão. Esta duração não poderá ser inferior à da pena parcelar mais elevada e não poderá ser superior a 30 anos de prisão ou ir além da pena de prisão perpétua prevista no artigo 77.º, n.º 1, alínea b).

1. Caracterização do sistema sancionatório do Tribunal Penal Internacional

1.1. Introdução

Em matéria de consequências jurídicas do crime, tal como previstas no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI), é imprescindível notar a referência expressa ao princípio da legalidade. Tal como acontece na consagração dos tipos legais, também nas consequências jurídicas se invoca o princípio da legalidade como princípio norteador e legitimador da atuação do Tribunal Penal Internacional (TPI). De acordo com este princípio, expressamente consagrado no artigo 23.º do ETPI, sob a epígrafe “*Nulla poena sine lege*”, não podem ser aplicadas sanções que não estejam cominadas no ETPI.

Uma característica importante do catálogo sancionatório do ETPI é a recusa da pena de morte. A sua exclusão não foi, porém, isenta de crítica e envolta em intensa discussão. Resulta dos trabalhos preparatórios do ETPI que um conjunto de países, entre os quais Dominica, Barbados, Jamaica, Singapura, Trindade e Tobago, apoiavam e propunham uma redação que incluísse, para além

da pena de prisão e pena de prisão perpétua, a pena de morte¹. Porém, outras delegações opuseram-se veemente à introdução da pena de morte argumentando, muito pragmaticamente, que a cooperação entre os Estados e TPI sairia dificuldade se se concretizasse essa proposta. Foram oponentes da pena de morte os Estados-Membros da União Europeia, Andorra, Angola, Azerbaijão, Islândia, Macedónia, Noruega, Nova Zelândia, Santa Sé, Costa Rica, entre outros. Outros países, como Líbano, Arábia Saudita, Emirados Árabes Unidos, embora desejassem a inclusão da pena de morte, não se opuseram a que a mesma fosse excluída do ETPI de modo a facilitar a chegada a um consenso. Tendo em conta esta diversidade de opiniões, algumas das quais praticamente inabaláveis, a opção foi, como se disse, a da recusa da pena de morte, ainda que, numa declaração de sentido reconciliador, tenha ficado expresso que “It should be noted that not including the death penalty in the Statute would have no bearing on national legislations and practices in this field. States have the primary responsibility for prosecuting and punishing individuals for crimes falling under the subject-matter jurisdiction of the Court. In accordance with the principle of complementarity between the Court and national jurisdictions, the Court would clearly have no say on national policies in this field”².

Relativamente à pena de prisão de perpétua, apesar da oposição obstinada de Portugal e de alguns países da América Latina³, a sua inclusão acabou por ser inevitável, constituindo uma espécie de “moeda de troca” pela exclusão da pena de morte no ETPI.

1.2. Catálogo sancionatório

1.2.1. Pena de prisão perpétua

Seguindo um critério de gravidade, temos em primeiro lugar a pena de prisão perpétua, prevista no art.º 77.º, n.º 1, b) do ETPI. A sua aplicação é reservada para os casos de extrema gravidade do facto e se se mostrar adequada às circunstâncias individuais do agente do crime, nomeadamente se uma ou mais das seguintes circunstâncias estiver presente: condenação prévia por crimes da jurisdição do TPI ou de natureza similar; abuso de poder ou de função oficial; prática de crime contra vítima particularmente indefesa; prática de crime com

¹ Nações Unidas, «United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, III» (Nova Iorque, 2002), 319.

² *Ibid.*, 314, n. 193.

³ Rolf Einar Fife, «Article 80», em *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Otto Triffterer e Kai Ambos, 3.ª ed. (München: Beck, 2016), 1912.

especial crueldade ou contra múltiplas vítimas; crime motivado por discriminação com base no sexo, idade, raça, cor, religião ou credo, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, a situação económica, nascimento ou outra condição⁴.

1.2.1.1. Reexame da pena

O prazo máximo da pena de prisão perpétua coincide, como o próprio nome indica, com o fim de vida do condenado. No entanto, assim que estejam cumpridos 25 anos de prisão, o Tribunal deverá reexaminar a pena para averiguar a possibilidade da sua redução (art. 110.º, n.º 3 do ETPI).

O procedimento para a revisão da duração da pena implica a realização de uma audiência presidida por três juízes da Câmara de Recurso, a que assiste a condenado, o seu defensor, se assim desejar, e intérprete, se necessário. Adicionalmente são convidados a comparecer o Procurador, um representante do Estado onde a sentença está a ser cumprida e, se possível, as vítimas ou seus representantes legais (art. 224.º, n.º 1 do Regulamento Processual). Não existe prazo para a comunicação da decisão, embora esta tenha de acontecer tão cedo quanto possível.

Na hipótese de o Tribunal decidir pela não redução da pena, haverá um reexame da sua possibilidade de três em três anos. Este intervalo de tempo poderá ser mais curto, se assim determinar o Tribunal na sua decisão de não redução da pena. Em todo o caso, poderá o condenado requerer a qualquer tempo após a decisão de não redução da pena que a sua situação seja reavaliada se existirem circunstâncias que o justifiquem, p. ex., condição médica especialmente grave, e o Tribunal admita tal requerimento. Sendo admitido, as pessoas referidas no artigo 224.º, n.º 4 do Regulamento Processual são convidadas a submeter observações escritas, podendo ainda o Tribunal agendar uma audiência.

A lista de critérios que servem de apoio à decisão de redução da pena é taxativa. Assim, nesta decisão, o Tribunal deve tomar em consideração:

- a manifestação, desde o início e de forma contínua, de vontade em cooperar com o Tribunal no inquérito e no procedimento (art. 110, n.º 4, al. a) do ETPI);
- a facilitação voluntária da execução das decisões e despachos do Tribunal em outros casos, nomeadamente ajudando-o a localizar bens sobre os quais recaíam decisões de perda, de multa ou de reparação que poderão ser usados em benefício das vítimas (art. 110, n.º 4, al. b) do ETPI);

⁴ Nesse sentido, veja-se o art. 145.º, n.º2, b) e n.º 3 do Regulamento Processual.

- a conduta do condenado durante a privação de liberdade, na medida em que seja demonstrativa de uma dissociação genuína entre este e o crime por ele ou ela praticado (art. 223, al. a) do Regulamento Processual);
- juízo de prognose favorável quanto à ressocialização e reintegração do condenado (art. 223, al. b) do Regulamento Processual);
- em que medida a libertação antecipada do condenado criará instabilidade social significativa (art. 223, al. c) do Regulamento Processual);
- qualquer ação significativa praticada pelo condenado em benefício das vítimas ou com impacto nas vítimas ou suas famílias em resultado da libertação antecipada (art. 223, al. d) do Regulamento Processual);
- circunstâncias individuais do condenado, incluindo uma deterioração do estado físico ou mental ou idade avançada (art. 223, al. e) do Regulamento Processual)

1.2.1.2. Local de execução da pena

Na falta de instalações próprias, surge a questão de saber onde deve ser cumprida a pena de prisão perpétua de uma pessoa condenada pelo TPI. Neste domínio, o TPI tem naturalmente de contar com a colaboração dos Estados para que o cumprimento da pena seja possível.

A partir de uma lista de Estados que hajam demonstrado disponibilidade, incondicional ou condicional, para receber uma pessoa condenada – lista essa mantida pelo secretário (art. 200, n.º 1 do Regulamento Processual) –, o Tribunal indica um Estado, tomando em consideração fatores como o número de pessoas condenadas recebidas por cada um dos Estados, a aplicação de normas convencionais do direito internacional amplamente aceites que regulam o tratamento dos reclusos, a opinião da pessoa condenada ou a sua nacionalidade. O Estado designado tem a faculdade de aceitar ou não receber a pessoa em causa. Se porventura nenhum dos Estados indicados mostrar disponibilidade para receber a pessoa condenada, a pena será cumprida num estabelecimento prisional designado pelos Países Baixos (art. 3.º, n.º 1 e 103.º, n.º 4 do ETPI), que são o Estado anfitrião do Tribunal.

1.2.2. Pena de prisão temporária

Num segundo patamar de severidade sancionatória surge a pena de prisão. As condições da sua execução e, por decorrência, a sua natureza, são definidas pela legislação do Estado de execução e normas convencionais internacionais amplamente aceites em matéria de tratamento dos reclusos.

Se tomarmos o ordenamento jurídico-penal português como exemplo, diríamos que a pena de prisão assumiria uma natureza única e simples. Única porque atualmente inexistem modalidades distintas de prisão, contrariamente ao que acontecia antes da entrada em vigor do Código Penal de 1982, em que se previa pena de prisão maior e pena de prisão correccional. Simples porque se não lhe ligam efeitos jurídicos automáticos⁵.

Como se depreende do que dissemos, a natureza da pena de prisão pode sofrer variações consoante o local de execução da mesma, embora se diga no art.º 106 do ETPI que as normas convencionais internacionais amplamente aceites em matéria de tratamento dos reclusos terão de ser observadas. Normas como as inscritas na Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984 ou no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966. Questão controversa é a de saber se *standards* que advenham de fontes de direito internacional público que não as convencionais devem ser observadas, nomeadamente as Regras de Mandela ou, na sua denominação mais extensa, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, na redação de 2015. Para Roger Clark⁶, um número relevante de delegações partilhou de uma “antipatia filosófica geral” em relação ao direito internacional consuetudinário. Terá sido essa a razão pela qual a redação final do artigo 106.º do ETPI menciona tão-somente o direito convencional, deixando cair a expressão “*standards* internacionalmente reconhecidos”⁷, que seria mais abrangente. Ora, não possuindo as Regras de Mandela forma de tratado, o seu cumprimento não é reclamado pelo art. 106.º do ETPI. Porém, ainda com Roger Clark⁸, sempre se poderá argumentar que estas Regras foram, no geral, assimiladas por Tratados como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966, a ponto tal que a Comissão de Direitos Humanos da Nações Unidas a elas recorre quando sente necessidade de concretizar algumas das regras previstas naquele Pacto Internacional. Independentemente disto, acrescentaríamos, certo é que o apelo às Regras ocorre de forma mediata, como instrumento hermenêutico de normas convencionais, o que restringe a sua aplicação direta, com todas as vantagens que isso traria.

⁵ Maria João Antunes, *Consequências jurídicas do crime* (Almedina, 2017), 22. “event-place”: “Almedina”, “language”: “Portuguese”, “author”: [{"family": “Antunes”, “given”: “Maria João”}], “issued”: {“date-parts”: [{"2017”}]}, “locator”: “22”, “label”: “page”}, “schema”: “https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”}

⁶ Roger S. Clark, «Article 106», em *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Otto Triffterer e Kai Ambos, 3.ª ed. (München: Beck, 2016), 2192–93.

⁷ Sobre as fontes de direito internacional, Wladimir Augusto Correia Brito, *Direito Internacional Público* (Braga: Centro de Estudos do Curso de Relações Internacionais, 2003), 95 e ss.

⁸ Clark, «Article 106», 2192.

1.2.2.1. Duração

A pena de prisão prevista no art. 77.º, n.º 1, al. a) é temporária.

Tem uma duração máxima de trinta anos. Não existe, porém, qualquer menção ao limite mínimo da prisão. Há, quanto à duração da pena de prisão, dois aspetos que devem merecer veemente crítica. O ETPI não prevê molduras abstratas para cada um dos crimes elencados no art. 5.º, ficando assim completamente em aberto pelo menos o limite mínimo da pena aplicável. Há, por isso, uma ausência político-criminal e dogmaticamente inaceitável de limites mínimos e máximos da pena que sejam reflexo da gravidade desse crime específico. Embora se compreenda que a complexidade típica dos crimes previstos no ETPI possa convocar a necessidade de molduras flexíveis o suficiente para contemplar a multiplicidade de situações de vida, a verdade é que o princípio da legalidade e seu corolário, o princípio da tipicidade, bem como o princípio da proporcionalidade saem beliscados. Por outro lado, na falta de previsão de limites mínimos e máximos legais da pena de prisão para cada comportamento, deparámo-nos com uma moldura extremamente ampla, sem que se saiba exatamente o seu limite mínimo. Mesmo que se diga que a pena de prisão tem de ser definida em anos, dado que o 77.º, n.º 1, al. a) prescreve uma “Pena de prisão por um número determinado de anos” e com isso se estabeleça um mínimo de 1 ano, excluindo portanto a hipótese de aplicar alguns dias de prisão por um dos crimes previstos no ETPI,⁹ mesmo assim, reiteramos, continuamos perante uma moldura entre 1 e 30 anos, o que põe definitivamente em causa os princípios já referidos.

No caso específico das infrações contra a administração da justiça (art. 70.º do ETPI), o limite máximo da pena de prisão baixa para os cinco anos, sem que haja, mais uma vez, indicação do limite mínimo. A duração da sanção aplicável a estas infrações obedece a uma lógica distinta daquela explanada no art. 77.º, n.º 1, al. a) do ETPI.

1.2.2.2. Local de execução da pena

Por uma questão de economia de texto, remetemos para o que ficou dito no ponto 1.2.1.2.

⁹ Acompanhamos Rolf Einar Fife, «Article 77», em *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Otto Triffterer e Kai Ambos, 3.ª ed. (München: Beck, 2016), 1886, quando sustenta, apesar do elemento literal da norma, a possibilidade de a pena de prisão se situar abaixo do limiar de um ano. Cf. ainda Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, vol. 2 (Oxford: Oxford University Press, 2014), n. 281.

1.2.3. Pena de multa

A pena de multa, tal como está prevista no ETPI, não serve o propósito político-criminal de aplicação em *ultima ratio* da pena de prisão. Não assume uma natureza alternativa ou substitutiva da pena de prisão, não podendo a pessoa condenada ao abrigo do ETPI beneficiar das vantagens habitualmente associadas à pena de multa quando comparada com a pena de prisão, nomeadamente a manutenção dos laços familiares, sociais e profissionais, maior flexibilidade no seu cumprimento, redução dos custos administrativos e financeiros com o sistema de justiça penal e, finalmente, na medida em que contribui para a diminuição dos casos de prisão efetiva, uma melhoria das condições de execução da pena de prisão efetiva¹⁰.

Analisando o art. 77.º, n.º 2 do ETPI é imediatamente perceptível a natureza da pena de multa: complementar. A pena de multa aplica-se, *rectius*, poderá aplicar-se, cumulativamente com a pena de prisão. Não olvidando naturalmente a gravidade dos crimes tipificados no ETPI, a natureza complementar da pena de multa expõe-se a críticas acertadas, designadamente a de que uma pena com tais contornos “implica o pagamento de uma percentagem dos rendimentos do condenado ao mesmo tempo que, privando-o de liberdade, lhe retira a possibilidade de os angariar”¹¹.

1.2.3.1. Limites

De acordo com o art. 146.º do Regulamento Processual, a pena de multa pode ser determinada de duas formas.

A primeira, que podemos denominar como de multa global, consiste em concretizar entre certos limites uma quantia de multa. Optando por esta modalidade, o Tribunal deverá ter especial atenção aos danos provocados em resultado do crime, mas também os ganhos que a pessoa condenada tenha obtido com a prática do crime. Nesta modalidade, a multa tem como limite máximo 75% do valor dos ativos identificáveis, líquidos ou realizáveis, e propriedades da pessoa

¹⁰ Antunes, *Consequências jurídicas do crime*, 24–25. “event-place”: “Almedina”, “language”: “Portuguese”, “author”: [{"family": “Antunes”, “given”: “Maria João”}], “issued”: [{"date-parts”: [{"“2017”}]}], “locator”: “24-25”, “label”: “page”}], “schema”: “https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”}

¹¹ Jorge Figueiredo Dias, *Direito penal português, Parte geral, Tomo II, As consequências jurídicas do crime*, 2.ª reimp. (Coimbra: Coimbra Editora, 2009), 154. “edition”: “2.ª reimp.”, “source”: “Open WorldCat”, “event-place”: “Coimbra”, “ISBN”: “972-32-1353-2”, “shortTitle”: “Direito Penal II”, “language”: “Portuguese”, “author”: [{"family”: “Dias”, “given”: “Jorge Figueiredo”}], “issued”: [{"date-parts”: [{"“2009”}]}], “locator”: “154”, “label”: “page”}], “schema”: “https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”}

condenada, após a dedução de uma quantia apropriada para a satisfação das necessidades financeiras da pessoa condenada e seus dependentes.

O Tribunal pode, em alternativa, optar pelo sistema de dias-de-multa, também apelidado sistema escandinavo. Este sistema de cálculo implica que o Tribunal proceda a duas operações sucessivas, uma de determinação de um número de dias de multa e uma outra de fixação de um quantitativo diário de multa. Nesta modalidade, o limite mínimo de dias de multa será 30, enquanto o limite máximo se situará nos 1800, equivalente a cinco anos. Não há no Regulamento Processual uma menção expressa aos limites mínimos e máximos do quantitativo diário, dizendo-se somente que este deve ser concretizado tendo em conta as circunstâncias individuais da pessoa condenada, incluindo as necessidades financeiras dos seus dependentes (art. 146.º, n.º 4 do Regulamento Processual).

1.2.4. Perda de produtos, bens e haveres provenientes do crime

Analisando de o artigo 77.º do ETPI de uma forma isolada e a sua epígrafe, parece evidente a natureza de pena que é atribuída à perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime¹².

É bom de ver que ao longo da história têm sido atribuídas várias finalidades ao instituto da perda de produtos, bens e haveres, indo desde a simples retribuição, passando pela prevenção geral até à prevenção especial. Nas palavras de Figueiredo Dias, ter-se-ia retribuição, ligada “à ideia irracional de apagar todos os resquícios ou concretizações do ilícito, do «não-direito». Finalidades, por outro lado, de *prevenção geral*, visando demonstrar a efectividade do aforismo segundo o qual «o crime não compensa». E finalidades, ainda (...) de **prevenção especial**, no sentido de obviar ao perigo de repetição criminosa resultante de os instrumentos serem em si mesmos aptos para tal, ou de permanecerem na mão de elementos com particular propensão para o crime ou que, pelo menos, já haviam demonstrado serem capazes de os utilizar para fins criminosos”¹³.

Consoante as finalidades apontadas, a natureza jurídica deste instituto pode, de acordo com a doutrina mencionada, assumir as vestes de pena

¹² Cf. Fife, «Article 77», 1889, que entende que o Tribunal não pode declarar a perda de instrumentos do crime.

¹³ Dias, *Direito Penal II*, 613–14. “edition”: “2.ª reimp.”, “source”: “Open WorldCat”, “event-place”: “Coimbra”, “ISBN”: “972-32-1353-2”, “shortTitle”: “Direito Penal II”, “language”: “Portuguese”, “author”: “[{“family”: “Dias”, “given”: “Jorge Figueiredo”}], “issued”: [{"date-parts”: [{"2009”}]}], “locator”: “613-614”, “label”: “page”}], “schema”: “https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”}

acessória, efeito da pena, medida de segurança, instituto de natureza análoga à pena ou instituto de natureza análoga à medida de segurança.

Nos trabalhos preparatórios do ETPI¹⁴, a questão da saber a natureza da perda de produtos, bens e haveres provenientes do crime emergiu, mais concretamente se poderia ser caracterizada como uma pena. Esta foi uma das razões pelas quais algumas delegações manifestaram alguma preferência pela não inclusão deste instituto no ETPI. No entanto, atendendo ao seu potencial dissuasor, atingiu-se um consenso no sentido da sua inclusão enquanto uma pena facultativa e adicional.

2. Determinação da pena

2.1. Introdução

A operação de determinação da pena decompõe-se em dois passos essenciais: a determinação da moldura da pena e a determinação da medida concreta da pena. A estes dois passos essenciais acresce a possibilidade de acumular as sanções previstas no art. 77.º, n.º 2 do ETPI.

2.2. Determinação da moldura da pena

Neste passo, o Tribunal tem a tarefa de averiguar qual o tipo legal de crime preenchido com a conduta do agente para depois conseguir determinar a pena aplicável. Se os factos dados como provados forem subsumíveis a um dos crimes previstos no art. 5.º do ETPI – crime de genocídio, crimes contra a Humanidade, crimes de guerra ou crime de agressão – o Tribunal deverá optar, em regra, pela pena prisão com limite máximo de 30 anos. Eventualmente a escolha da pena recairá na pena de prisão perpétua se, avaliada a gravidade do crime e as circunstâncias individuais da pessoa condenada, assim o justificar. Tal escolha dependerá, como se disse, de uma análise das circunstâncias do caso, nos termos do art. 77.º, n.º 1 e 78.º do ETPI, bem como o art. 145.º do Regulamento Processual.

¹⁴ Como nos dá conta, Fife, «Article 77», 1884.

Quando em causa estejam infrações contra a administração da justiça (art. 70.º do ETPI)¹⁵ o Tribunal tem ao seu dispor duas penas alternativas: pena de prisão até 5 anos ou pena de multa.

2.3. Determinação da medida concreta da pena

Investigada e determinada a moldura abstrata da pena, o Tribunal procede com a fixação da medida concreta dentro dos limites abstratos da moldura. Neste processo de determinação “factores tais como a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado” (art. 78.º, n.º 1 do ETPI)”.

Um primeiro aspeto a ser sublinhado é a excessiva flexibilidade e indefinição no tocante aos critérios de determinação da medida da pena assim como os fatores de medida da pena. O potencial para o surgimento de tratamento desigual de situações materialmente semelhantes é agudizado pela inexistência dos referidos critérios e, diríamos, exacerbado pela amplitude das molduras abstratas das penas, tal como vimos no ponto anterior. Uma vez que se optou no EPTI, mal a nosso ver, pela consagração, no art. 77.º, n.º 1, al. a), de uma moldura genérica – e empregamos aqui o termo moldura benevolmente, posto que não é definido expressamente limite mínimo algum – o natural seria encontrarmos critérios precisos para nortear a tarefa de fixação de *quantum* da pena no interior da moldura abstrata. Poder-se-ia admitir, não sem algumas ressalvas, a existência de tamanha flexibilidade se tivesse havido um trabalho normativo de concretização de molduras abstratas diferenciadas consoante a gravidade dos diferentes comportamentos tipificados. Em tal hipótese, a possibilidade de incoerência na aplicação das penas seria mitigada pelo encurtamento dos limites abstratos. Porém, não é esse o caso do ETPI.

Acresce ainda que não há palavra alguma sobre as finalidades da pena. O fim que se pretende lograr com a aplicação da pena é matéria controvertida, como é consabido, inclusive no direito internacional. Desde a retribuição à reparação, passando pela prevenção geral à prevenção especial, são várias as

¹⁵ Optámos por não mencionar o artigo 71.º relativo às sanções por desrespeito ao Tribunal uma vez que, pelo menos formalmente, o mesmo engloba apenas sanções administrativas, designadamente a expulsão temporária ou permanente da sala de audiências e a multa. No entanto, como bem notam Otto Triffterer e Christoph Burchard, «Article 71», em *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Otto Triffterer e Kai Ambos, 3.ª ed. (München: Beck, 2016), 1772, é no mínimo duvidosa a categorização da multa como sanção administrativa autónoma da pena de multa, mas foi essa a opção tomada no ETPI. Assumindo as vestes de sanção administrativa, a multa tem limites distintos daqueles apontados à pena de multa, pois que, de acordo com o art. 171.º, n.º 4, do Regulamento Processual, não deverá exceder os 2000 euros, salvo se houver reiteração do comportamento, caso em que pode ser aplicada cumulativamente nova multa (administrativa) por cada dia de desrespeito ao Tribunal.

propostas oferecidas. Nos trabalhos preparatórios¹⁶, um conjunto de delegações sublinhou que, lidando o ETPI com crimes internacionais graves, faria sentido consagrar a pena de morte ou pena de prisão perpétua de modo a houvesse uma proporcionalidade entre a gravidade dos crimes e as sanções aplicáveis, ao mesmo tempo que se reforçava a credibilidade do Tribunal e as suas funções preventivas. Ora, é evidente que tais declarações partem da assunção de que as penas servem propósitos eminentemente retributivos, ainda que a prevenção geral, sobretudo negativa, possa desempenhar um papel importante. Outras delegações, partindo de uma visão mais garantística dos direitos humanos, prefeririam enveredar por um outro caminho, mais ressocializador da pessoa condenada¹⁷.

Retornando à análise do artigo 78.º, n.º 1 do ETPI, a menção meramente exemplificativa de fatores de medida da pena – a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado – não é acompanhada de qualquer elemento hermenêutico concretizador do seu sentido. Algum auxílio é prestado pelo Regulamento Processual, mais concretamente no art. 145.º, n.º 1 e 2.

O critério fundamental da determinação da medida concreta da pena é a culpa da pessoa condenada (art. 145.º, n.º 1, al. a do Regulamento Processual), quer se trate de uma pena de prisão quer de multa. A medida da pena tem de refletir a culpa do agente. No entanto, o Tribunal deve tomar em consideração fatores agravantes e atenuantes, bem como as circunstâncias da pessoa condenada e do crime (art. 145.º, n.º 1, al. b do Regulamento Processual). Acrescem ainda como fatores, a gravidade do dano causado, a natureza do comportamento ilícito e os meios empregados para praticar o crime, o grau de participação da pessoa condenada, o grau de intenção, as circunstâncias do modo, tempo e lugar, as condições socioeconómicas da pessoa condenada, assim como a sua idade e escolaridade.

Para além dos fatores enunciados no art. 78.º, n.º 1 do ETPI e art. 145.º, n.º 1, al. a), b) e c) do Regulamento Processual, encontramos, neste último artigo, mais duas listas exemplificativas de circunstâncias, atenuantes e agravantes respetivamente. Entre as circunstâncias atenuantes encontramos situações que ficam aquém do suficiente para a exclusão da responsabilidade criminal, *v. g.* capacidade mental substancialmente diminuída ou coação, ou ainda a conduta

¹⁶ Cf. descrição de Fife, «Article 77», 1878–79.

¹⁷ O texto final do ETPI, lido conjuntamente com o Regulamento Processual, é claramente uma solução de compromisso em matéria de finalidades da pena, refletindo, na medida do possível, as diferentes tradições jurídicas e político-criminais dos diferentes Estados. Isto resultou na falta de uma linha político-criminal coerente e, por decorrência, na materialização, muitas vezes contraditória, de finalidades de sinal contrário: podem ser descobertos laivos ético-retributivos e de prevenção geral negativa, como também de prevenção geral positiva. Como articular todas estas finalidades é questão que fica por resolver, ou melhor, fica nas mãos, sobretudo, do labor jurisprudencial.

da pessoa posterior ao crime, nomeadamente a tentativa de reparação dos danos e a cooperação com o Tribunal. Do lado das circunstâncias agravantes, podemos encontrar hipóteses como a de existência de condenações prévias por crimes sob a jurisdição do TPI ou de natureza similar, abuso de poder ou função oficial, prática de crime contra vítima particularmente indefesa, prática de crime com especial crueldade ou contra múltiplas vítimas, crime motivado por discriminação com base no sexo, idade, raça, cor, religião ou credo, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, a situação económica, nascimento ou outra condição.

Num apontamento crítico, urge expor a difícil articulação entre todos os fatores enunciados no art. 78.º, n.º 1 do ETPI e art. 145.º, n.º 1, al. a), b) e c), n.º 2, al. a) e b) do Regulamento Processual, decorrente da falta de clareza, opacidade e pobre sistematização. A tarefa do julgador resulta imensamente difícil quando, como no ETPI e Regulamento Processual, se não percebe claramente quais os referenciais a partir dos quais cada um dos fatores deverá ser analisado, nem se consegue extrair um percurso lógico isento de dúvidas e metodologicamente sustentado de determinação da pena, nem ainda se compreende a razão pela qual convivem fórmulas genéricas – circunstâncias da pessoa condenada e do crime –, com listas exemplificativas que não visam, nas palavras do Regulamento Processual, concretizar tais fórmulas, mas antes introduzir fatores adicionais, ao mesmo tempo que percebemos afinal que estes – fatores – podem, com pouco esforço interpretativo, ser reconduzidas às primeiras – fórmulas genéricas. Não é admirar que, perante a complexidade das operações de determinação de medida da pena, se anuncie que o “*sentencing* tem tanto de arte como de ciência”¹⁸.

3. Casos especiais de determinação da pena

3.1. Desconto

O instituto do desconto assume uma natureza obrigatória ou facultativa.

3.1.1. Desconto obrigatório

Nos termos do art.º 78.º, n.º 2 do ETPI, o Tribunal está obrigado a descontar, na pena de prisão que vier a aplicar, o período durante o qual o arguido esteve sob detenção por ordem daquele. Constitui pressuposto irrenunciável do

¹⁸ Karim A. A. Khan, «Article 78», em *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Otto Triffterer e Kai Ambos, 3.ª ed. (München: Beck, 2016), 1891.

desconto obrigatório que a privação da liberdade do agente seja consequência de uma ordem judicial, como por exemplo o mandado de detenção previsto no art.º 58.º, n.º 1 do ETPI¹⁹.

3.1.2. Desconto facultativo

O desconto facultativo – dependente portanto de uma decisão discricionária do Tribunal – tem cabimento nas hipóteses em que ao agente haja sido privado de liberdade por força “de uma conduta constitutiva do crime” (art. 78.º, n.º 2, *in fine*), ou seja, quando a liberdade do agente foi limitada “em virtude de uma condenação nos termos de uma ordem jurídica nacional por uma conduta constitutiva de crime sob a jurisdição do Tribunal”²⁰.

3.2. Concurso

Contrariamente ao que seria expectável, o concurso efetivo de crimes não mereceu um apartado autónomo no EPTI, tendo sido tratado juntamente com a matéria da determinação da medida da pena e do desconto.

O concurso efetivo de crimes corresponde aos casos em que o agente pratique mais do que crime antes que a condenação por qualquer um deles haja transitado em julgado.

A determinação da pena única de concurso resulta de um conjunto de passos sucessivos. Em primeiro lugar, o Tribunal determina uma pena parcelar correspondente a cada um dos crimes praticados, tomando em atenção o procedimento normal de determinação da medida da pena a que nos referimos anteriormente. De seguida, fixa uma pena conjunta que tem de se situar entre a pena parcelar mais elevada e os 30 anos de prisão²¹.

A pena única do concurso não tem de refletir necessariamente a soma das penas parcelares correspondentes a cada um dos crimes praticados pelo agente, ainda que com a limitação dos 30 anos de prisão. Exemplificando. Suponha-se que agente A cometeu três crimes de genocídio e o Tribunal decide que A deve ser punido com 15 anos de prisão por cada um dos crimes. A pena única não pode, naturalmente, ser de 45 anos, mas também não tem de ser de 30 anos, por força do limite máximo de pena de prisão aplicável em caso de concurso efetivo de crimes. O Tribunal tem o poder de impor uma pena que se situe, por exemplo,

¹⁹ Assim, *Ibid.*, 1897.

²⁰ Cf. *Ibid.*, 1898.

²¹ A pena única não pode ir além da pena de prisão perpétua prevista no artigo 77.º, n.º 1, al. b) do ETPI.

nos 20 anos. Os limites são, como se disse, no caso das penas de prisão, a pena parcelar mais elevada (mínimo) e 30 anos (máximo).

ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Preâmbulo

Os Estados Partes no presente Estatuto:

Conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns e de que as suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham, e preocupados com o facto de este delicado mosaico poder vir a quebrar-se a qualquer instante;

Tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da Humanidade;

Reconhecendo que crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da Humanidade;

Afirmando que os crimes de maior gravidade que afectam a comunidade internacional no seu conjunto não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efectivamente assegurada através da adopção de medidas a nível nacional e do reforço da cooperação internacional;

Decididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes;

Relembrando que é dever de todo o Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais;

Reafirmando os objectivos e princípios consignados na Carta das Nações Unidas e, em particular, que todos os Estados se devem abster de recorrer à ameaça ou ao uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de actuar por qualquer outra forma incompatível com os objectivos das Nações Unidas;

Salientando, a este propósito, que nada no presente Estatuto deverá ser entendido como autorizando qualquer Estado Parte a intervir num conflito armado ou nos assuntos internos de qualquer Estado;

Determinados em prosseguir este objectivo e, no interesse das gerações presentes e vindouras, a criar um tribunal penal internacional com carácter permanente e independente no âmbito do sistema das Nações Unidas, e com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afectem a comunidade internacional no seu conjunto;

Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional criado pelo presente Estatuto será complementar das jurisdições penais nacionais;

Decididos a garantir o respeito duradouro pela efectivação da justiça internacional; convieram no seguinte:

CAPÍTULO I

Criação do Tribunal

Artigo 1.º

O Tribunal

É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional («o Tribunal»). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar das jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.

Artigo 2.º

Relação do Tribunal com as Nações Unidas

A relação entre o Tribunal e as Nações Unidas será estabelecida através de um acordo a ser aprovado pela Assembleia dos Estados Partes no presente Estatuto e, seguidamente, concluído pelo presidente do Tribunal, em nome deste.

Artigo 3.º
Sede do Tribunal

1. A sede do Tribunal será na Haia, Países Baixos («o Estado anfitrião»).
2. O Tribunal estabelecerá um acordo com o Estado anfitrião relativo à sede, a ser aprovado pela Assembleia dos Estados Partes e seguidamente concluído pelo presidente do Tribunal, em nome deste.
3. Sempre que entender conveniente, o Tribunal poderá funcionar noutro local, nos termos do presente Estatuto.

Artigo 4.º
Estatuto legal e poderes do Tribunal

1. O Tribunal terá personalidade jurídica internacional. Possuirá, igualmente, a capacidade jurídica necessária ao desempenho das suas funções e à prossecução dos seus objectivos.
2. O Tribunal poderá exercer os seus poderes e funções, nos termos do presente Estatuto, no território de qualquer Estado Parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado.

CAPÍTULO II
Competência, admissibilidade e direito aplicável

Artigo 5.º
Crimes da competência do Tribunal

A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves que afectam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a. O crime de genocídio;
- b. Os crimes contra a Humanidade;
- c. Os crimes de guerra;
- d. O crime de agressão.

Artigo 6.º
Crime de genocídio

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por «genocídio» qualquer um dos actos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, rácico ou religioso, enquanto tal:

- a. Homicídio de membros do grupo;

- b. Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c. Sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d. Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e. Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Artigo 7.º
Crimes contra a Humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por «crime contra a Humanidade» qualquer um dos actos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:
- a. Homicídio;
 - b. Extermínio;
 - c. Escravidão;
 - d. Deportação ou transferência à força de uma população;
 - e. Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais do direito internacional;
 - f. Tortura;
 - g. Violação, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
 - h. Perseguição de um grupo ou colectividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de sexo, tal como definido no n.º 3, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis em direito internacional, relacionados com qualquer acto referido neste número ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
 - i. Desaparecimento forçado de pessoas;
 - j. Crime de *apartheid*;
 - k. Outros actos desumanos de carácter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento, ferimentos graves ou afectem a saúde mental ou física.
2. Para efeitos do n.º 1:
- a. Por «ataque contra uma população civil» entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de actos referidos no n.º 1 contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses actos ou tendo em vista a prossecução dessa política;

- b. O «extermínio» compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;
 - c. Por «escravidão» entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;
 - d. Por «deportação ou transferência à força de uma população» entende-se a deslocação coerciva de pessoas através da expulsão ou de outro acto coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido em direito internacional;
 - e. Por «tortura» entende-se o acto por meio do qual uma dor ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controlo do arguido; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas acidentalmente;
 - f. Por «gravidez à força» entende-se a privação de liberdade ilegal de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afectando as disposições de direito interno relativas à gravidez;
 - g. Por «perseguição» entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da colectividade em causa;
 - h. Por «crime de *apartheid*» entende-se qualquer acto desumano análogo aos referidos no n.º 1, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo rácico sobre um ou outros e com a intenção de manter esse regime;
 - i. Por «desaparecimento forçado de pessoas» entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política, ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa em reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a protecção da lei por um longo período de tempo.
3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo «sexo» abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.

Artigo 8.º
Crimes de guerra

1. O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes.
2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por «crimes de guerra»:
 - a. As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes actos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente
 - i. Homicídio doloso;
 - ii. Tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas;
 - iii. O acto de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde;
 - iv. Destruição ou apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária;
 - v. O acto de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob protecção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga;
 - vi. Privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob protecção do seu direito a um julgamento justo e imparcial;
 - vii. Deportação ou transferência, ou a privação de liberdade ilegais;
 - viii. Tomada de reféns;
 - b. Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no quadro do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes actos:
 - i. Atacar intencionalmente a população civil em geral ou civis que não participem directamente nas hostilidades;
 - ii. Atacar intencionalmente bens civis, ou seja, bens que não sejam objectivos 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 protecção 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 carácter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e directa que se previa;

- v. Atacar ou bombardear, por qualquer meio, aglomerados populacionais, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objectivos 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, directa ou indirecta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência de 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 objectivos 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 efectuadas 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 acções dos nacionais da parte inimiga;
- xv. O facto de uma parte beligerante obrigar os nacionais da 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, projecteis, 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, projecteis, materiais e métodos de combate sejam objecto 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 actos 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. rovocar 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;
 - xxvi. Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar activamente nas hostilidades;
- c. Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3.º comum às quatro Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos actos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem directamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo:
- i. Actos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura;
 - ii. Ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;
 - iii. A tomada de reféns;
 - iv. As condenações proferidas e as execuções efectuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como indispensáveis;

- d. A alínea c) do n.º 2 do presente artigo aplica-se aos conflitos armados que não tenham carácter internacional e, por conseguinte, não se aplica a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, actos de violência esporádicos ou isolados ou outros de carácter semelhante;
- e. As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm carácter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes actos:
 - i. Atacar intencionalmente a população civil em geral ou civis que não participem directamente nas hostilidades;
 - ii. Atacar intencionalmente edifícios, material, unidades e veículos sanitários, bem como o pessoal habilitado a usar os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, de acordo com o direito internacional;
 - 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 protecção conferida pelo direito internacional dos conflitos armados aos civis e aos bens civis;
 - iv. Atacar intencionalmente 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 objectivos militares;
 - v. Saquear um aglomerado populacional ou um local, mesmo quando tomado de assalto;
 - vi. Cometer actos 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 ou qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave do artigo 3.º comum às quatro Convenções de Genebra;
 - vii. Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou em grupos, ou utilizá-los para participar activamente nas hostilidades;
 - viii. Ordenar a deslocação da população civil por razões relacionadas com o conflito, salvo se assim o exigirem a segurança dos civis em questão ou razões militares imperiosas;
 - ix. Matar ou ferir à traição um combatente de uma parte beligerante;
 - x. Declarar que não será dado abrigo;
 - xi. Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de outra 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 efectuadas no interesse dessa pessoa, e que causem a morte ou ponham seriamente a sua saúde em perigo;

- xii. Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o exijam;
 - xiii. Utilizar veneno ou armas envenenadas;
 - xiv. Utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou similares ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo;
 - xv. 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.
- f. A alínea e) do n.º 2 do presente artigo aplicar-se-á aos conflitos armados que não tenham carácter internacional e, por conseguinte, não se aplicará a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, actos de violência esporádicos ou isolados ou outros de carácter semelhante; aplicar-se-á, ainda, a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos.
3. O disposto nas alíneas c) e e) do n.º 2 em nada afectará a responsabilidade que incumbe a todo o Governo de manter e de restabelecer a ordem pública no Estado e de defender a unidade e a integridade territorial do Estado por qualquer meio legítimo.

Artigo 8.º bis **Crime de agressão**

1. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘crime de agressão’, o planeamento, a preparação, o desencadeamento ou a execução por uma pessoa que se encontre em posição de controlar ou conduzir de forma efetiva a ação política ou militar de um Estado de um ato de agressão que, pelo seu carácter, pela sua gravidade e dimensão, constitui uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas.
2. Para efeitos do n.º 1, entende-se por ‘ato de agressão’, o uso da força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com a Carta das Nações Unidas. Independentemente da existência ou não de uma declaração de guerra, em conformidade com a Resolução n.º 3314 (XXIX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1974, qualquer um dos seguintes atos deverá ser considerado um ato de agressão:
- a. A invasão do território de um Estado ou o ataque contra o mesmo pelas forças armadas de outro Estado, ou qualquer ocupação militar, ainda que temporária, decorrente dessa invasão ou desse ataque, ou a anexação pelo uso da força do território, no todo ou em parte, de um outro Estado;
 - b. O bombardeamento do território de um Estado pelas forças armadas de outro Estado, ou o uso de quaisquer armas por um Estado contra o território de outro Estado;
 - c. O bloqueio dos portos ou das costas de um Estado pelas forças armadas de outro Estado;

- d. O ataque pelas forças armadas de um Estado contra as forças terrestres, navais ou aéreas, ou contra a marinha mercante e a aviação civil de outro Estado;
- e. A utilização das forças armadas de um Estado, que se encontram no território de outro Estado com o consentimento do Estado recetor, em violação das condições previstas no acordo, ou qualquer prolongamento da sua presença naquele território após o termo desse mesmo acordo;
- f. O facto de um Estado permitir que o seu território por ele posto à disposição de um outro Estado, seja por este utilizado para perpetrar um ato de agressão contra um Estado terceiro; g) O envio por um Estado, ou em seu nome, de bandos ou de grupos armados, de forças irregulares ou de mercenários que pratiquem contra um outro Estado atos de força armada de gravidade equiparável à dos atos acima enumerados, ou que participem substancialmente nesses atos.

Artigo 9.º

Elementos constitutivos dos crimes

- 1. Os elementos constitutivos dos crimes auxiliam o Tribunal na interpretação e aplicação dos artigos 6.º, 7.º, 8.º ou 8.º bis. Deverão ser adoptados por uma maioria de dois terços dos membros da Assembleia dos Estados Partes.
- 2. As alterações aos elementos constitutivos dos crimes poderão ser propostas por:
 - a. Qualquer Estado Parte;
 - b. Os juízes, através de deliberação tomada por maioria absoluta;
 - c. O procurador.

As referidas alterações entram em vigor depois de aprovadas por uma maioria de dois terços dos membros da Assembleia dos Estados Partes.

- 3. Os elementos constitutivos dos crimes e respectivas alterações deverão ser compatíveis com as disposições contidas no presente Estatuto.

Artigo 10.º

Nada no presente capítulo deverá ser interpretado como limitando ou afectando, de alguma maneira, as normas existentes ou em desenvolvimento de direito internacional com fins distintos dos do presente Estatuto.

Artigo 11.º

Competência *ratione temporis*

- 1. O Tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do presente Estatuto.

2. Se um Estado se tornar em relação a crimes cometidos depois da entrada em vigor do presente Estatuto relativamente a esse Estado, a menos que este tenha feito uma declaração nos termos do n.º 3 do artigo 12.º.

Artigo 12.º

Condições prévias ao exercício da jurisdição

1. 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
2. Nos casos referidos nas alíneas a) ou c) do artigo 13.º, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no n.º 3:
 - a. Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave;
 - b. Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um crime.
3. Se a aceitação da competência do Tribunal por um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária nos termos do n.º 2, pode o referido Estado, mediante declaração depositada junto do secretário, consentir em que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceite a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou exceção, de acordo com o disposto no capítulo IX.

Artigo 13.º

Exercício da jurisdição

O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5.º, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se:

- a. Um Estado Parte denunciar ao procurador, nos termos do artigo 14.º, qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes;
- b. O Conselho de Segurança, agindo nos termos do capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; ou
- c. O procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no artigo 15.º

Artigo 14.º

Denúncia por um Estado Parte

1. Qualquer Estado poderá denunciar ao procurador uma situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários crimes da competência do Tribunal e solicitar ao

procurador que a investigue, com vista a determinar se uma ou mais pessoas identificadas deverão ser acusadas da prática desses crimes.

2. O Estado que proceder à denúncia deverá, tanto quanto possível, especificar as circunstâncias relevantes do caso e anexar toda a documentação de que disponha.

Artigo 15.º **Procurador**

1. O procurador poderá, por sua própria iniciativa, abrir um inquérito com base em informações sobre a prática de crimes da competência do Tribunal.

2. O procurador apreciará a seriedade da informação recebida. Para tal, poderá recolher informações suplementares junto dos Estados, dos órgãos da Organização das Nações Unidas, das organizações intergovernamentais ou não governamentais ou outras fontes fidedignas que considere apropriadas, bem como recolher depoimentos escritos ou orais na sede do Tribunal.

3. Se concluir que existe fundamento suficiente para abrir um inquérito, o procurador apresentará um pedido de autorização nesse sentido ao juízo de instrução, acompanhado da documentação de apoio que tiver reunido. As vítimas poderão apresentar exposições no juízo de instrução, de acordo com o Regulamento Processual.

4. Se, após examinar o pedido e a documentação que o acompanha, o juízo de instrução considerar que há fundamento suficiente para abrir um inquérito e que o caso parece caber na jurisdição do Tribunal, autorizará a abertura do inquérito, sem prejuízo das decisões que o Tribunal vier a tomar posteriormente em matéria de competência e de admissibilidade.

5. A recusa do juízo de instrução em autorizar a abertura do inquérito não impedirá o procurador de formular ulteriormente outro pedido com base em novos factos ou provas respeitantes à mesma situação.

6. Se, depois da análise preliminar a que se referem os n.os 1 e 2, o procurador concluir que a informação apresentada não constitui fundamento suficiente para um inquérito, o procurador informará quem a tiver apresentado de tal entendimento. Tal não impede que o procurador examine, à luz de novos factos ou provas, qualquer outra informação que lhe venha a ser comunicada sobre o mesmo caso.

Artigo 15.º bis **Exercício da jurisdição em relação ao crime de agressão** (denúncia efetuada por um Estado, agindo por sua própria iniciativa)

1. O Tribunal pode exercer a sua jurisdição em relação ao crime de agressão, em conformidade com as alíneas a) e c) do artigo 13.º, sob reserva do disposto no presente artigo.

2. O Tribunal só pode exercer a sua jurisdição em relação aos crimes de agressão cometidos um ano após as alterações terem sido ratificadas ou aceites por trinta Estados Partes.

3. O Tribunal exerce a sua jurisdição em relação ao crime de agressão, em conformidade com o presente artigo, sob reserva de uma decisão a ser tomada após 1 de janeiro de 2017 pela mesma maioria de Estados Partes que aquela que é exigida para a adoção de uma alteração ao Estatuto.
4. O Tribunal pode, em conformidade com o artigo 12.º, exercer a sua jurisdição em relação a um crime de agressão resultante de um ato de agressão praticado por um Estado Parte, a menos que esse Estado Parte tenha previamente declarado que não aceita tal jurisdição mediante declaração depositada junto do Secretário. Essa declaração pode ser retirada em qualquer momento, devendo o Estado Parte considerar essa possibilidade no prazo de três anos.
5. Quanto a um Estado que não é parte no presente Estatuto, o Tribunal não exerce a sua jurisdição em relação ao crime de agressão, quando este é cometido pelos nacionais ou no território desse Estado.
6. Se concluir que existe fundamento suficiente para abrir um inquérito em relação a um crime de agressão, o procurador certifica-se primeiro que o Conselho de Segurança verificou a existência da prática de um ato de agressão pelo Estado visado. O Procurador notificará o Secretário -Geral das Nações Unidas do caso levado a tribunal, bem como de quaisquer informações ou documentos pertinentes.
7. Quando o Conselho de Segurança verificou a existência da prática de um ato de agressão, o procurador pode abrir um inquérito em relação a um crime de agressão.
8. Sempre que não se verifique a existência da prática de um ato de agressão no prazo de seis meses a contar da data da notificação, o Procurador pode abrir um inquérito em relação a um crime de agressão desde que a Secção de Instrução tenha autorizado a abertura do inquérito em relação a um crime de agressão segundo o procedimento previsto no artigo 15.º, e salvo decisão em contrário do Conselho de Segurança, em conformidade com o artigo 16.º
9. A verificação da existência da prática de um ato de agressão por um órgão externo ao Tribunal não afeta as conclusões do Tribunal ao abrigo do presente Estatuto.
10. O presente artigo não afeta as disposições relativas ao exercício da jurisdição em relação aos outros crimes referidos no artigo 5.º

Artigo 15.º ter
Exercício da jurisdição em relação ao crime de agressão
(reenvio pelo Conselho de Segurança)

1. O Tribunal pode exercer a sua jurisdição em relação ao crime de agressão, em conformidade com a alínea b) do artigo 13.º, sob reserva do disposto no presente artigo.
2. O Tribunal só pode exercer a sua jurisdição em relação aos crimes de agressão cometidos um ano após as alterações terem sido ratificadas ou aceites por trinta Estados Partes.
3. O Tribunal exerce a sua jurisdição em relação ao crime de agressão, em conformidade com o presente artigo, sob reserva de uma decisão a ser tomada após 1 de janeiro de 2017

pela mesma maioria de Estados Partes que aquela que é exigida para a adoção de uma alteração ao Estatuto.

4. A verificação da existência da prática de um ato de agressão por um órgão externo ao Tribunal não afeta as conclusões do Tribunal ao abrigo do presente Estatuto.
5. O presente artigo não afeta as disposições relativas ao exercício da jurisdição em relação aos outros crimes referidos no artigo 5.º

Artigo 16.º

Transferência do inquérito e do procedimento criminal

O inquérito ou o procedimento criminal não poderão ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de 12 meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no capítulo VII da Carta das Nações Unidas; o pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições.

Artigo 17.º

Questões relativas à admissibilidade

1. Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1.º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se:
 - a. O caso for objecto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou não tenha capacidade efectiva para o fazer;
 - b. O caso tiver sido objecto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do facto de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade efectiva para o fazer;
 - c. A pessoa em causa tiver sido já julgada pela conduta a que se refere a denúncia e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no n.º 3 do artigo 20.º;
 - d. O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.
2. A fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias:
 - a. O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5.º;

- b. Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça;
 - c. O processo não ter sido ou não estar a ser conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar a ser conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça.
3. A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não estará em condições de fazer comparecer o arguido, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo.

Artigo 18.º

Decisões preliminares sobre admissibilidade

1. Se uma situação for denunciada ao Tribunal nos termos do artigo 13.º, alínea a), e o procurador determinar que existem fundamentos para abrir um inquérito ou der início a um inquérito de acordo com os artigos 13.º, alínea c), e 15.º, deverá notificar todos os Estados Partes e os Estados que, de acordo com a informação disponível, teriam jurisdição sobre esses crimes. O procurador poderá proceder à notificação a título confidencial e, sempre que o considere necessário com vista a proteger pessoas, impedir a destruição de provas ou a fuga de pessoas, poderá limitar o âmbito da informação a transmitir aos Estados.
2. No prazo de um mês a seguir à recepção da referida notificação, qualquer Estado poderá informar o Tribunal de que está a proceder, ou já procedeu, a um inquérito sobre nacionais seus ou outras pessoas sob a sua jurisdição, por actos que possam constituir crimes a que se refere o artigo 5.º e digam respeito à informação constante na respectiva notificação. A pedido desse Estado, o procurador transferirá para ele o inquérito sobre essas pessoas, a menos que, a pedido do procurador, o juízo de instrução decida autorizar o inquérito.
3. A transferência do inquérito poderá ser reexaminada pelo procurador seis meses após a data em que tiver sido decidida ou, a todo o momento, quando tenha ocorrido uma alteração significativa de circunstâncias, decorrente da falta de vontade ou da incapacidade efectiva do Estado de levar a cabo o inquérito.
4. O Estado interessado ou o procurador poderão interpor recurso para o juízo de recursos da decisão proferida por um juízo de instrução, tal como previsto no artigo 82.º Este recurso poderá seguir uma forma sumária.
5. Se o procurador transferir o inquérito, nos termos do n.º 2, poderá solicitar ao Estado interessado que o informe periodicamente do andamento do mesmo e de qualquer outro procedimento subsequente. Os Estados Partes responderão a estes pedidos sem atrasos injustificados.

6. O procurador poderá, enquanto aguardar uma decisão a proferir no juízo de instrução, ou a todo o momento se tiver transferido o inquérito nos termos do presente artigo, solicitar ao tribunal de instrução, a título excepcional, que o autorize a efectuar as investigações que considere necessárias para preservar elementos de prova, quando exista uma oportunidade única de obter provas relevantes ou um risco significativo de que essas provas possam não estar disponíveis numa fase ulterior.

7. O Estado que tenha recorrido de uma decisão do juízo de instrução nos termos do presente artigo poderá impugnar a admissibilidade de um caso nos termos do artigo 19.º, invocando factos novos relevantes ou uma alteração significativa de circunstâncias.

Artigo 19.º

Impugnação da jurisdição do Tribunal ou da admissibilidade do caso

1. O Tribunal deverá certificar-se de que detém jurisdição sobre todos os casos que lhe sejam submetidos. O Tribunal poderá pronunciar-se oficiosamente sobre a admissibilidade de um caso em conformidade com o artigo 17.º

2. Poderão impugnar a admissibilidade de um caso, por um dos motivos referidos no artigo 17.º, ou impugnar a jurisdição do Tribunal:

- a. O arguido ou a pessoa contra a qual tenha sido emitido um mandado ou ordem de detenção ou de comparência, nos termos do artigo 58.º;
- b. Um Estado que detenha o poder de jurisdição sobre um caso, pelo facto de o estar a investigar ou a julgar; ou por já o ter feito antes; ou
- c. Um Estado cuja aceitação da competência do Tribunal seja exigida, de acordo com o artigo 12.º

3. O procurador poderá solicitar ao Tribunal que se pronuncie sobre questões de jurisdição ou admissibilidade. Nas acções relativas a jurisdição ou admissibilidade, aqueles que tiverem denunciado um caso ao abrigo do artigo 13.º, bem como as vítimas, poderão também apresentar as suas observações ao Tribunal.

4. A admissibilidade de um caso ou a jurisdição do Tribunal só poderão ser impugnadas uma única vez por qualquer pessoa ou Estado a que se faz referência no n.º 2. A impugnação deverá ser feita antes do julgamento ou no seu início. Em circunstâncias excepcionais, o Tribunal poderá autorizar que a impugnação se faça mais de uma vez ou depois do início do julgamento. As impugnações à admissibilidade de um caso feitas no início do julgamento, ou posteriormente com a autorização do Tribunal, só poderão fundamentar-se no disposto no n.º 1, alínea c), do artigo 17.º

5. Os Estados a que se referem as alíneas b) e c) do n.º 2 do presente artigo deverão deduzir impugnação logo que possível.

6. Antes da confirmação da acusação, a impugnação da admissibilidade de um caso ou da jurisdição do Tribunal será submetida ao juízo de instrução e, após confirmação, ao juízo de julgamento em primeira instância. Das decisões relativas à jurisdição ou admissibilidade caberá recurso para o juízo de recursos, de acordo com o artigo 82.º

7. Se a impugnação for feita pelo Estado referido nas alíneas b) e c) do n.º 2, o procurador suspenderá o inquérito até que o Tribunal decida em conformidade com o artigo 17.º
8. Enquanto aguardar uma decisão, o procurador poderá solicitar ao Tribunal autorização para:
 - a. Proceder às investigações necessárias previstas no n.º 6 do artigo 18.º;
 - b. Recolher declarações ou o depoimento de uma testemunha ou completar a recolha e o exame das provas que tenha iniciado antes da impugnação; e
 - c. Impedir, em colaboração com os Estados interessados, a fuga de pessoas em relação às quais já tenha solicitado um mandado de detenção, nos termos do artigo 58.º
9. A impugnação não afectará a validade de nenhum acto realizado pelo procurador nem de nenhuma decisão ou mandado anteriormente emitido pelo Tribunal.
10. Se o Tribunal tiver declarado que um caso não é admissível, de acordo com o artigo 17.º, o procurador poderá pedir a revisão dessa decisão, após se ter certificado de que surgiram novos factos que invalidam os motivos pelos quais o caso havia sido considerado inadmissível nos termos do artigo 17.º
11. Se o procurador, tendo em consideração as questões referidas no artigo 17.º, decidir transferir um inquérito, poderá pedir ao Estado em questão que o mantenha informado do seguimento do processo. Esta informação deverá, se esse Estado o solicitar, ser mantida confidencial. Se o procurador decidir, posteriormente, abrir um inquérito, comunicará a sua decisão ao Estado para o qual foi transferido o processo.

Artigo 20.º
Ne bis in idem

1. Salvo disposição em contrário do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por actos constitutivos de crimes pelos quais esta já a tenha condenado ou absolvido.
2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5.º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.
3. O Tribunal não pode julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal por atos também punidos pelos artigos 6.º, 7.º, 8.º ou 8.º bis, a menos que o processo nesse outro tribunal:
 - a. Tenha tido por objectivo subtrair o arguido à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou
 - b. Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à acção da justiça.

Artigo 21.º
Direito aplicável

1. O Tribunal aplicará:
 - a. Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os elementos constitutivos do crime e o Regulamento Processual;
 - b. Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados;
 - c. Na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.
2. O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores.
3. A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o sexo, tal como definido no n.º 3 do artigo 7.º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação económica, o nascimento ou outra condição.

CAPÍTULO III
Princípios gerais de direito penal

Artigo 22.º
Nullum crimen sine lege

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.
2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor da pessoa objecto de inquérito, acusada ou condenada.
3. O disposto no presente artigo em nada afectará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto.

Artigo 23.º
Nulla poena sine lege

Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto.

Artigo 24.º
Não retroactividade *ratione personae*

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto.
2. Se o direito aplicável a um caso for modificado antes de proferida sentença definitiva, aplicar-se-á o direito mais favorável à pessoa objecto de inquérito, acusada ou condenada.

Artigo 25.º
Responsabilidade criminal individual

1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas singulares.
2. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto.
3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:
 - a. Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja ou não criminalmente responsável;
 - b. Ordenar, provocar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa;
 - c. Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática;
 - d. Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objectivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer:
 - i. Com o propósito de levar a cabo a actividade ou o objectivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou
 - ii. Com o conhecimento de que o grupo tem a intenção de cometer o crime;
- e. No caso de crime de genocídio, incitar, directa e publicamente, à sua prática;
- f. Tentar cometer o crime mediante actos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se con-

suma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.

3 bis. No que respeita ao crime de agressão, o disposto no presente artigo aplica-se apenas às pessoas que se encontrem em posição de controlar ou conduzir de forma efetiva a ação política ou militar de um Estado.

4. O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas singulares em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional.

Artigo 26.º

Exclusão da jurisdição relativamente a menores de 18 anos

O Tribunal não terá jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tenham ainda completado 18 anos de idade.

Artigo 27.º

Irrelevância da qualidade oficial

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

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

Artigo 28.º

Responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos

Para além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

a. O chefe militar, ou a pessoa que actue efectivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controlo efectivos ou sob a sua autoridade e controlo efectivos, conforme o caso, pelo facto de não exercer um controlo apropriado sobre essas forças, quando:

- i. Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e

- ii. Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adoptado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal;
- b. Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob à sua autoridade e controlo efectivos, pelo facto de não ter exercido um controlo apropriado sobre esses subordinados, quando:
- i. O superior hierárquico teve conhecimento ou não teve em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;
 - ii. Esses crimes estavam relacionados com actividades sob a sua responsabilidade e controlo efectivos; e
 - iii. O superior hierárquico não adoptou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

Artigo 29.º **Imprescritibilidade**

Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

Artigo 30.º **Elementos psicológicos**

1. Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que actue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais.
2. Para os efeitos do presente artigo, entende-se que actua intencionalmente quem:
 - a. Relativamente a uma conduta, se se propuser adoptá-la;
 - b. Relativamente a um efeito do crime, se se propuser causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar numa ordem normal dos acontecimentos.
3. Nos termos do presente artigo, entende-se por «conhecimento» a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar numa ordem normal dos acontecimentos. As expressões «ter conhecimento» e «com conhecimento» deverão ser entendidas em conformidade.

Artigo 31.º

Causas de exclusão da responsabilidade criminal

1. Sem prejuízo de outros fundamentos para a exclusão de responsabilidade criminal previstos no presente Estatuto, não será considerada criminalmente responsável a pessoa que, no momento da prática de determinada conduta:

a. Sofrer de enfermidade ou deficiência mental que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não violar a lei;

b. Estiver em estado de intoxicação que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não violar a lei, a menos que se tenha intoxicado voluntariamente em circunstâncias que lhe permitiam ter conhecimento de que, em consequência da intoxicação, poderia incorrer numa conduta tipificada como crime da competência do Tribunal, ou de que haveria o risco de tal suceder;

c. Agir em defesa própria ou de terceiro com razoabilidade ou, em caso de crimes de guerra, em defesa de um bem que seja essencial para a sua sobrevivência ou de terceiro ou de um bem que seja essencial à realização de uma missão militar, contra o uso iminente e ilegal da força, de forma proporcional ao grau de perigo para si, para terceiro ou para os bens protegidos. O facto de participar numa força que realize uma operação de defesa não será causa bastante de exclusão de responsabilidade criminal, nos termos desta alínea;

d. Tiver incorrido numa conduta que, presumivelmente, constitui crime da competência do Tribunal, em consequência de coacção decorrente de uma ameaça iminente de morte ou ofensas corporais graves para si ou para outrem, e em que se veja compelida a actuar de forma necessária e razoável para evitar essa ameaça, desde que não tenha a intenção de causar um dano maior que aquele que se proponha evitar. Essa ameaça tanto poderá:

- i. Ter sido feita por outras pessoas; ou
- ii. Ser constituída por outras circunstâncias alheias à sua vontade.

2. O Tribunal determinará se os fundamentos de exclusão da responsabilidade criminal previstos no presente Estatuto serão aplicáveis no caso em apreço.

3. No julgamento, o Tribunal poderá ter em consideração outros fundamentos de exclusão da responsabilidade criminal distintos dos referidos no n.º 1, sempre que esses fundamentos resultem do direito aplicável em conformidade com o artigo 21.º O processo de exame de um fundamento de exclusão deste tipo será definido no Regulamento Processual.

Artigo 32.º

Erro de facto ou erro de direito

1. O erro de facto só excluirá a responsabilidade criminal se eliminar o dolo requerido pelo crime.

2. O erro de direito sobre se determinado tipo de conduta constitui crime da competência do Tribunal, não será considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal. No entanto, o erro de direito poderá ser considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal se eliminar o dolo requerido pelo crime ou se decorrer do artigo 33.º do presente Estatuto.

Artigo 33.º

Decisão hierárquica e disposições legais

1. Quem tiver cometido um crime da competência do Tribunal, em cumprimento de uma decisão emanada de um governo ou de um superior hierárquico, quer seja militar ou civil, não será isento de responsabilidade criminal, a menos que:
 - a. Estivesse obrigado por lei a obedecer a decisões emanadas do governo ou superior hierárquico em questão;
 - b. Não tivesse conhecimento de que a decisão era ilegal; e
 - c. A decisão não fosse manifestamente ilegal.
2. Para os efeitos do presente artigo, qualquer decisão de cometer genocídio ou crimes contra a humanidade será considerada como manifestamente ilegal.

CAPÍTULO IV

Composição e administração do Tribunal

Artigo 34.º

Órgãos do Tribunal

O Tribunal será composto pelos seguintes órgãos:

- a. A Presidência;
- b. Uma secção de recursos, uma secção de julgamento em 1.ª instância e uma secção de instrução;
- c. O Gabinete do Procurador;
- d. A Secretaria.

Artigo 35.º

Exercício das funções de juiz

Os juízes serão eleitos membros do Tribunal para exercer funções em regime de exclusividade e deverão estar disponíveis para desempenhar o respectivo cargo desde o início do seu mandato.

5. Os juízes que comporão a Presidência desempenharão as suas funções em regime de exclusividade desde a sua eleição.
6. A Presidência poderá, em função do volume de trabalho do Tribunal, e após consulta dos seus membros, decidir periodicamente em que medida é que será necessário que os restantes juízes desempenhem as suas funções em regime de exclusividade. Estas decisões não prejudicarão o disposto no artigo 40.º
7. Os ajustes de ordem financeira relativos aos juízes que não tenham de exercer os respectivos cargos em regime de exclusividade serão adoptados em conformidade com o disposto no artigo 49.º

Artigo 36.º

Qualificações, candidatura e eleição dos juízes

1. Sob reserva do disposto no n.º 2, o Tribunal será composto por 18 juízes.
2. a. A Presidência, agindo em nome do Tribunal, poderá propor o aumento do número de juízes referido no n.º 1 fundamentando as razões pelas quais considera necessária e apropriada tal medida. O Secretário comunicará imediatamente a proposta a todos os Estados Partes.
- b. A proposta será seguidamente apreciada em sessão da Assembleia dos Estados Partes convocada nos termos do artigo 112.º e deverá ser considerada adoptada se for aprovada na sessão por maioria de dois terços dos membros da Assembleia dos Estados Partes; a proposta entrará em vigor na data fixada pela Assembleia dos Estados Partes.
- c.
 - i. Logo que seja aprovada a proposta de aumento do número de juízes, de acordo com o disposto na alínea b), a eleição dos juízes adicionais terá lugar no período seguinte de sessões da Assembleia dos Estados Partes, nos termos dos n.os 3 a 8 do presente artigo e do n.º 2 do artigo 37.º;
 - ii. Após a aprovação e a entrada em vigor de uma proposta de aumento do número de juízes, de acordo com o disposto nas alíneas b) e c), subalínea i), a Presidência poderá, a qualquer momento, se o volume de trabalho do Tribunal assim o justificar, propor que o número de juízes seja reduzido, mas nunca para um número inferior ao fixado no n.º 1. A proposta será apreciada de acordo com o procedimento definido nas alíneas a) e b). A ser aprovada, o número de juízes será progressivamente reduzido, à medida que expirem os mandatos e até que se alcance o número previsto.
3. a. Os juízes serão eleitos de entre pessoas de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade, que reúnam os requisitos para o exercício das mais altas funções judiciais nos seus respectivos países.
- b. Os candidatos a juízes deverão possuir:

- i. Reconhecida competência em direito penal e direito processual penal e a necessária experiência em processos penais na qualidade de juiz, procurador, advogado ou outra função semelhante; ou
 - ii. Reconhecida competência em matérias relevantes de direito internacional, tais como o direito internacional humanitário e os direitos humanos, assim como vasta experiência em profissões jurídicas com relevância para a função judicial do Tribunal.
- c. Os candidatos a juízes deverão possuir um excelente conhecimento e serem fluentes em, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal.
4. a. Qualquer Estado Parte no presente Estatuto poderá propor candidatos às eleições para juiz do Tribunal mediante:
- i. O procedimento previsto para propor candidatos aos mais altos cargos judiciais do país; ou
 - ii. O procedimento previsto no Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça para propor candidatos a esse Tribunal.

As propostas de candidatura deverão ser acompanhadas de uma exposição detalhada comprovativa de que o candidato possui os requisitos enunciados no n.º 3.

b. Qualquer Estado Parte poderá apresentar uma candidatura de uma pessoa que não tenha necessariamente a sua nacionalidade, mas que seja nacional de um Estado Parte.

c. A Assembleia dos Estados Partes poderá decidir constituir, se apropriado, uma comissão consultiva para o exame das candidaturas. Neste caso, a Assembleia dos Estados Partes determinará a composição e o mandato da comissão.

5. Para efeitos da eleição, serão estabelecidas duas listas de candidatos:

A lista A, com os nomes dos candidatos que reúnam os requisitos enunciados na alínea b), subalínea i), do n.º 3; e

A lista B, com os nomes dos candidatos que reúnam os requisitos enunciados na alínea b), subalínea ii), do n.º 3.

O candidato que reúna os requisitos constantes de ambas as listas poderá escolher em qual delas deseja figurar. Na primeira eleição de membros do Tribunal, pelo menos nove juízes serão eleitos de entre os candidatos da lista A e pelo menos cinco de entre os candidatos da lista B. As eleições subsequentes serão organizadas por forma a que se mantenha no Tribunal uma proporção equivalente de juízes de ambas as listas.

6. a. Os juízes serão eleitos por escrutínio secreto, em sessão da Assembleia dos Estados Partes convocada para esse efeito, nos termos do artigo 112.º Sob reserva do disposto no n.º 7, serão eleitos os 18 candidatos que obtenham o maior número de votos e uma maioria de dois terços dos Estados Partes presentes e votantes.

b. No caso em que da primeira votação não resulte eleito um número suficiente de juízes, proceder-se-á a nova votação, de acordo com os procedimentos estabelecidos na alínea a), até provimento dos lugares restantes.

7. O Tribunal não poderá ter mais de um juiz nacional do mesmo Estado. Para este efeito, a pessoa que for considerada nacional de mais de um Estado será considerada nacional do Estado onde exerce habitualmente os seus direitos civis e políticos.
8. a. Na selecção dos juizes, os Estados Partes ponderarão sobre a necessidade de assegurar que a composição do Tribunal inclua:
 - i. A representação dos principais sistemas jurídicos do mundo;
 - ii. Uma representação geográfica equitativa; e
 - iii. Uma representação equitativa de juizes do sexo feminino e do sexo masculino.
- b. Os Estados Partes terão igualmente em consideração a necessidade de assegurar a presença de juizes especializados em determinadas matérias, incluindo, entre outras, a violência contra mulheres ou crianças.
9. a. Salvo o disposto na alínea b), os juizes serão eleitos por um mandato de nove anos e não poderão ser reeleitos, salvo o disposto na alínea c) e no n.º 2 do artigo 37.º
- b. Na primeira eleição, um terço dos juizes eleitos será seleccionado por sorteio para exercer um mandato de três anos; outro terço será seleccionado, também por sorteio, para exercer um mandato de seis anos; e os restantes exercerão um mandato de nove anos.
- c. Um juiz seleccionado para exercer um mandato de três anos, em conformidade com a alínea b), poderá ser reeleito para um mandato completo.
10. Não obstante o disposto no n.º 9, um juiz afecto a um tribunal de julgamento em 1.ª instância ou de recurso, em conformidade com o artigo 39.º, permanecerá em funções até à conclusão do julgamento ou do recurso dos casos que tiver a seu cargo.

Artigo 37.º **Vagas**

1. Caso ocorra uma vaga, realizar-se-á uma eleição para o seu provimento, de acordo com o artigo 36.º
2. O juiz eleito para prover uma vaga concluirá o mandato do seu antecessor e, se esse período for igual ou inferior a três anos, poderá ser reeleito para um mandato completo, nos termos do artigo 36.º

Artigo 38.º **A Presidência**

1. O presidente, o 1.º vice-presidente e o 2.º vice-presidente serão eleitos por maioria absoluta dos juizes. Cada um desempenhará o respectivo cargo por um período de três anos ou até ao termo do seu mandato como juiz, conforme o que expirar em primeiro lugar. Poderão ser reeleitos uma única vez.

2. O 1.º vice-presidente substituirá o presidente em caso de impossibilidade ou recusa deste. O 2.º vice-presidente substituirá o presidente em caso de impedimento ou recusa deste ou do 1.º vice-presidente.
3. O presidente, o 1.º vice-presidente e o 2.º vice-presidente constituirão a Presidência, que ficará encarregue:
 - a. Da adequada administração do Tribunal, com excepção do Gabinete do Procurador; e
 - b. Das restantes funções que lhe forem conferidas de acordo com o presente Estatuto.
4. Embora eximindo-se da sua responsabilidade nos termos do n.º 3, alínea a), a Presidência actuará em coordenação com o Gabinete do Procurador e deverá obter a aprovação deste em todos os assuntos de interesse comum.

Artigo 39.º

Juízos

1. Após a eleição dos juízes e logo que possível, o Tribunal deverá organizar-se nas secções referidas no artigo 34.º, alínea b). A secção de recursos será composta pelo presidente e quatro juízes, a secção de julgamento em 1.ª instância por, pelo menos, seis juízes e a secção de instrução por, pelo menos, seis juízes. Os juízes serão adstritos aos juízos de acordo com a natureza das funções que corresponderem a cada um e com as respectivas qualificações e experiência, por forma que cada juízo disponha de um conjunto adequado de especialistas em direito penal e processual penal e em direito internacional. A secção de julgamento em 1.ª instância e a secção de instrução serão predominantemente compostas por juízes com experiência em processo penal.
2.
 - a. As funções judiciais do Tribunal serão desempenhadas em cada secção pelos juízos.
 - b.
 - i. O juízo de recursos será composto por todos os juízes da secção de recursos;
 - ii. As funções do juízo de julgamento em 1.ª instância serão desempenhadas por três juízes da secção de julgamento em 1.ª instância;
 - iii. As funções do juízo de instrução serão desempenhadas por três juízes da secção de instrução ou por um só juiz da referida secção, em conformidade com o presente Estatuto e com o Regulamento Processual.
 - c. Nada no presente número obstará a que se constituam simultaneamente mais de um juízo de julgamento em 1.ª instância ou juízo de instrução, sempre que a gestão eficiente do trabalho do Tribunal assim o exigir.
3.
 - a. Os juízes adstritos às secções de julgamento em 1.ª instância e de instrução desempenharão o cargo nessas secções por um período de três anos ou, decorrido esse período, até à conclusão dos casos que lhes tenham sido cometidos pela respectiva secção.

b. Os juízes adstritos à secção de recursos desempenharão o cargo nessa secção durante todo o seu mandato.

4. Os juízes adstritos à secção de recursos desempenharão o cargo unicamente nessa secção. Nada no presente artigo obstará a que sejam adstritos temporariamente juízes da secção de julgamento em 1.^a instância à secção de instrução, ou inversamente, se a Presidência entender que a gestão eficiente do trabalho do Tribunal assim o exige; porém, o juiz que tenha participado na fase instrutória não poderá, em caso algum, fazer parte do júízo de julgamento em 1.^a instância encarregue do caso.

Artigo 40.º **Independência dos juízes**

1. Os juízes são independentes no desempenho das suas funções.
2. Os juízes não desenvolverão qualquer actividade que possa ser incompatível com o exercício das suas funções judiciais ou prejudicar a confiança na sua independência.
3. Os juízes que devam desempenhar os seus cargos em regime de exclusividade na sede do Tribunal não poderão ter qualquer outra ocupação de índole profissional.
4. As questões relativas à aplicação dos n.os 2 e 3 serão decididas por maioria absoluta dos juízes. Nenhum juiz participará na decisão de uma questão que lhe diga respeito.

Artigo 41.º **Escusa e recusa de juízes**

1. A Presidência pode, a pedido de um juiz, escusá-lo do exercício de alguma das funções que lhe confere o presente Estatuto, em conformidade com o Regulamento Processual.
2. a. Nenhum juiz pode participar num caso em que, por qualquer motivo, seja posta em dúvida a sua imparcialidade. Será recusado, em conformidade com o disposto neste número, entre outras razões, se tiver intervindo anteriormente, a qualquer título, num caso submetido ao Tribunal ou num procedimento criminal conexo a nível nacional que envolva a pessoa objecto de inquérito ou procedimento criminal. Pode ser igualmente recusado por qualquer outro dos motivos definidos no Regulamento Processual.
- b. O Procurador ou a pessoa objecto de inquérito ou procedimento criminal poderá solicitar a recusa de um juiz em virtude do disposto no presente número.
- c. As questões relativas à recusa de juízes serão decididas por maioria absoluta dos juízes. O juiz cuja recusa for solicitada poderá pronunciar-se sobre a questão, mas não poderá tomar parte na decisão.

Artigo 42.º
O Gabinete do Procurador

1. O Gabinete do Procurador actua de forma independente, enquanto órgão autónomo do Tribunal. Compete-lhe recolher comunicações e qualquer outro tipo de informação, devidamente fundamentada, sobre crimes da competência do Tribunal, a fim de as examinar e investigar e de exercer a acção penal junto do Tribunal. Os membros do Gabinete do Procurador não solicitarão nem cumprirão ordens de fontes externas ao Tribunal.

2. O Gabinete do Procurador será presidido pelo procurador, que terá plena autoridade para dirigir e administrar o Gabinete do Procurador, incluindo o pessoal, as instalações e outros recursos. O procurador será coadjuvado por um ou mais procuradores-adjuntos, que poderão desempenhar qualquer uma das funções que incumbam àquele, em conformidade com o disposto no presente Estatuto. O procurador e os procuradores-adjuntos terão nacionalidades diferentes e desempenharão o respectivo cargo em regime de exclusividade.

3. O procurador e os procuradores-adjuntos deverão ter elevada idoneidade moral, elevado nível de competência e vasta experiência prática em matéria de processo penal. Deverão possuir um excelente conhecimento e serem fluentes em, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal.

4. O procurador será eleito por escrutínio secreto e por maioria absoluta de votos dos membros da Assembleia dos Estados Partes. Os procuradores-adjuntos serão eleitos da mesma forma, de entre uma lista de candidatos apresentada pelo procurador. O procurador proporá três candidatos para cada cargo de procurador-adjunto a prover. A menos que, aquando da eleição, seja fixado um período mais curto, o procurador e os procuradores-adjuntos exercerão os respectivos cargos por um período de nove anos e não poderão ser reeleitos.

5. O procurador e os procuradores-adjuntos não deverão desenvolver qualquer actividade que possa interferir com o exercício das suas funções ou afectar a confiança na sua independência e não poderão desempenhar qualquer outra função de carácter profissional.

6. A Presidência poderá, a pedido do procurador ou de um procurador-adjunto, escusá-lo de intervir num determinado caso.

7. O procurador e os procuradores-adjuntos não poderão participar em qualquer processo em que, por qualquer motivo, a sua imparcialidade possa ser posta em causa.

Serão recusados, em conformidade com o disposto no presente número, entre outras razões, se tiverem intervindo anteriormente, a qualquer título, num caso submetido ao Tribunal ou num procedimento criminal conexo a nível nacional, que envolva a pessoa objecto de inquérito ou procedimento criminal.

8. As questões relativas à recusa do procurador ou de um procurador-adjunto serão decididas pelo juízo de recursos:

- a. A pessoa objecto de inquérito ou procedimento criminal poderá solicitar, a todo o momento, a recusa do procurador ou de um procurador-adjunto, pelos motivos previstos no presente artigo;
 - b. O procurador ou o procurador-adjunto, segundo o caso, poderão pronunciar-se sobre a questão.
9. O procurador nomeará assessores jurídicos especializados em determinadas áreas, incluindo, entre outras, as da violência sexual ou violência por motivos relacionados com a pertença a um determinado sexo e da violência contra as crianças.

Artigo 43.º **A Secretaria**

1. A Secretaria será responsável pelos aspectos não judiciais da administração e do funcionamento do Tribunal, sem prejuízo das funções e atribuições do procurador definidas no artigo 42.º
2. A Secretaria será dirigida pelo secretário, principal responsável administrativo do Tribunal. O secretário exercerá as suas funções na dependência do presidente do Tribunal.
3. O secretário e o secretário-adjunto deverão ser pessoas de elevada idoneidade moral e possuir um elevado nível de competência e um excelente conhecimento e domínio de, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal.
4. Os juízes elegerão o secretário em escrutínio secreto, por maioria absoluta, tendo em consideração as recomendações da Assembleia dos Estados Partes. Se necessário, elegerão um secretário-adjunto, por recomendação do secretário e pela mesma forma.
5. O secretário será eleito por um período de cinco anos para exercer funções em regime de exclusividade e só poderá ser reeleito uma vez. O secretário-adjunto será eleito por um período de cinco anos, ou por um período mais curto se assim o decidirem os juízes por deliberação tomada por maioria absoluta, e exercerá as suas funções de acordo com as exigências de serviço.
6. O secretário criará, no âmbito da Secretaria, uma Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas. Esta Unidade, em conjunto com o Gabinete do Procurador, adoptará medidas de protecção e dispositivos de segurança e prestará assessoria e outro tipo de assistência às testemunhas e vítimas que compareçam perante o Tribunal e a outras pessoas ameaçadas em virtude do testemunho prestado por aquelas. A Unidade incluirá pessoal especializado para atender as vítimas de traumas, nomeadamente os relacionados com crimes de violência sexual.

Artigo 44.º

O pessoal

1. O procurador e o secretário nomearão o pessoal qualificado necessário aos respectivos serviços, nomeadamente, no caso do procurador, o pessoal encarregue de efectuar diligências no âmbito do inquérito.
2. No tocante ao recrutamento de pessoal, o procurador e o secretário assegurarão os mais altos padrões de eficiência, competência e integridade, tendo em consideração, *mutatis mutandis*, os critérios estabelecidos no n.º 8 do artigo 36.º
3. O secretário, com o acordo da Presidência e do procurador, proporá o estatuto do pessoal, que fixará as condições de nomeação, remuneração e cessação de funções do pessoal do Tribunal. O estatuto do pessoal será aprovado pela Assembleia dos Estados Partes.
4. O Tribunal poderá, em circunstâncias excepcionais, recorrer aos serviços de pessoal colocado à sua disposição, a título gratuito, pelos Estados Partes, organizações intergovernamentais e organizações não governamentais, com vista a colaborar com qualquer um dos órgãos do Tribunal. O procurador poderá anuir a tal eventualidade em nome do Gabinete do Procurador. A utilização do pessoal disponibilizado a título gratuito ficará sujeita às directivas estabelecidas pela Assembleia dos Estados Partes.

Artigo 45.º

Compromisso solene

Antes de assumir as funções previstas no presente Estatuto, os juízes, o procurador, os procuradores-adjuntos, o secretário e o secretário-adjunto declararão solenemente, em sessão pública, que exercerão as suas funções imparcial e conscienciosamente.

Artigo 46.º

Cessação de funções

1. Um juiz, o procurador, um procurador-adjunto, o secretário ou o secretário-adjunto cessará as respectivas funções, por decisão adoptada de acordo com o disposto no n.º 2, nos casos em que:
 - a. Se conclua que a pessoa em causa incorreu em falta grave ou incumprimento grave das funções conferidas pelo presente Estatuto, de acordo com o previsto no Regulamento Processual; ou
 - b. A pessoa em causa se encontra impossibilitada de desempenhar as funções definidas no presente Estatuto.
2. A decisão relativa à cessação de funções de um juiz, do procurador ou de um procurador-adjunto, de acordo com o n.º 1, será adoptada pela Assembleia dos Estados Partes em escrutínio secreto:
 - a. No caso de um juiz, por maioria de dois terços dos Estados Partes, com base em recomendação adoptada por maioria de dois terços dos restantes juízes;

- b. No caso do procurador, por maioria absoluta dos Estados Partes;
 - c. No caso de um procurador-adjunto, por maioria absoluta dos Estados Partes, com base na recomendação do procurador.
3. A decisão relativa à cessação de funções do secretário ou do secretário-adjunto será adotada por maioria absoluta de votos dos juízes.
4. Os juízes, o Procurador, os procuradores-adjuntos, o secretário ou o secretário-adjunto, cuja conduta ou idoneidade para o exercício das funções inerentes ao cargo em conformidade com o presente Estatuto tiver sido contestada ao abrigo do presente artigo, terão plena possibilidade de apresentar e obter meios de prova e produzir alegações de acordo com o Regulamento Processual; não poderão, no entanto, participar, de qualquer outra forma, na apreciação do caso.

Artigo 47.º

Medidas disciplinares

Os juízes, o procurador, os procuradores-adjuntos, o secretário ou o secretário-adjunto que tiverem cometido uma falta menos grave que a prevista no n.º 1 do artigo 46.º incorrerão em responsabilidade disciplinar nos termos do Regulamento Processual.

Artigo 48.º

Privilégios e imunidades

1. O Tribunal gozará, no território dos Estados Partes, dos privilégios e imunidades que se mostrem necessários ao cumprimento das suas funções.
2. Os juízes, o procurador, os procuradores-adjuntos e o secretário gozarão, no exercício das suas funções ou em relação a estas, dos mesmos privilégios e imunidades reconhecidos aos chefes das missões diplomáticas, continuando a usufruir de absoluta imunidade judicial relativamente às suas declarações, orais ou escritas, e aos actos que pratiquem no desempenho de funções oficiais após o termo do respectivo mandato.
3. O secretário-adjunto, o pessoal do Gabinete do Procurador e o pessoal da Secretaria gozarão dos mesmos privilégios e imunidades e das facilidades necessárias ao cumprimento das respectivas funções, nos termos do acordo sobre os privilégios e imunidades do Tribunal.
4. Os advogados, peritos, testemunhas e outras pessoas cuja presença seja requerida na sede do Tribunal beneficiarão do tratamento que se mostre necessário ao funcionamento adequado deste, nos termos do acordo sobre os privilégios e imunidades do Tribunal.
5. Os privilégios e imunidades poderão ser levantados:
 - a. No caso de um juiz ou do procurador, por decisão adoptada por maioria absoluta dos juízes;
 - b. No caso do secretário, pela Presidência;

- c. No caso dos procuradores-adjuntos e do pessoal do Gabinete do Procurador, pelo procurador;
- d. No caso do secretário-adjunto e do pessoal da Secretaria, pelo secretário.

Artigo 49.º

Vencimentos, subsídios e despesas

Os juízes, o procurador, os procuradores-adjuntos, o secretário e o secretário-adjunto auferirão os vencimentos e terão direito aos subsídios e ao reembolso de despesas que forem estabelecidos pela Assembleia dos Estados Partes. Estes vencimentos e subsídios não serão reduzidos no decurso do mandato.

Artigo 50.º

Línguas oficiais e línguas de trabalho

1. As línguas árabe, chinesa, espanhola, francesa, inglesa e russa serão as línguas oficiais do Tribunal. As sentenças proferidas pelo Tribunal, bem como outras decisões sobre questões fundamentais submetidas ao Tribunal, serão publicadas nas línguas oficiais. A Presidência, de acordo com os critérios definidos no Regulamento Processual, determinará quais as decisões que poderão ser consideradas como decisões sobre questões fundamentais, para os efeitos do presente número.
2. As línguas francesa e inglesa serão as línguas de trabalho do Tribunal. O Regulamento Processual definirá os casos em que outras línguas oficiais poderão ser usadas como línguas de trabalho.
3. A pedido de qualquer Parte ou qualquer Estado que tenha sido admitido a intervir num processo, o Tribunal autorizará o uso de uma língua que não seja a francesa ou a inglesa, sempre que considere que tal autorização se justifica.

Artigo 51.º

Regulamento Processual

1. O Regulamento Processual entrará em vigor mediante a sua aprovação por uma maioria de dois terços dos votos dos membros da Assembleia dos Estados Partes.
2. Poderão propor alterações ao Regulamento Processual:
 - a. Qualquer Estado Parte;
 - b. Os juízes, por maioria absoluta; ou
 - c. O procurador.

Estas alterações entrarão em vigor mediante a aprovação por uma maioria de dois terços dos votos dos membros da Assembleia dos Estados Partes.

3. Após a aprovação do Regulamento Processual, em casos urgentes em que a situação concreta suscitada em Tribunal não se encontre prevista no Regulamento Processual, os juízes poderão, por maioria de dois terços, estabelecer normas provisórias a serem aplicadas até que a Assembleia dos Estados Partes as aprove, altere ou rejeite na sessão ordinária ou extraordinária seguinte.
4. O Regulamento processual e respectivas alterações, bem como quaisquer normas provisórias, deverão estar em consonância com o presente Estatuto. As alterações ao Regulamento Processual, assim como as normas provisórias aprovadas em conformidade com o n.º 3, não serão aplicadas com carácter retroactivo em detrimento de qualquer pessoa que seja objecto de inquérito ou de procedimento criminal, ou que tenha sido condenada.
5. Em caso de conflito entre as disposições do Estatuto e as do Regulamento Processual, o Estatuto prevalecerá.

Artigo 52.º
Regimento do Tribunal

1. De acordo com o presente Estatuto e com o Regulamento Processual, os juízes aprovarão, por maioria absoluta, o Regimento necessário ao normal funcionamento do Tribunal.
2. O procurador e o secretário serão consultados sobre a elaboração do Regimento ou sobre qualquer alteração que lhe seja introduzida.
3. O Regimento do Tribunal e qualquer alteração posterior entrarão em vigor mediante a sua aprovação, salvo decisão em contrário dos juízes. Imediatamente após a adopção, serão circulados pelos Estados Partes para observações e continuarão em vigor se, dentro de seis meses, não forem formuladas objecções pela maioria dos Estados Partes.

CAPÍTULO V
Inquérito e procedimento criminal

Artigo 53.º
Abertura do inquérito

1. O procurador, após examinar a informação de que dispõe, abrirá um inquérito, a menos que considere que, nos termos do presente Estatuto, não existe fundamento razoável para proceder ao mesmo. Na sua decisão, o procurador terá em conta se:
 - a. A informação de que dispõe constitui fundamento razoável para crer que foi, ou está a ser, cometido um crime da competência do Tribunal;
 - b. O caso é ou seria admissível nos termos do artigo 17.º; e

c. Tendo em consideração a gravidade do crime e os interesses das vítimas, não existirão, contudo, razões substanciais para crer que o inquérito não serve os interesses da justiça.

Se decidir que não há motivo razoável para abrir um inquérito e se esta decisão se basear unicamente no disposto na alínea c), o procurador informará o juízo de instrução.

2. Se, concluído o inquérito, o procurador chegar à conclusão de que não há fundamento suficiente para proceder criminalmente, na medida em que:

a. Não existam elementos suficientes, de facto ou de direito, para requerer a emissão de um mandado de detenção ou notificação para comparência, de acordo com o artigo 58.º;

b. O caso seja inadmissível, de acordo com o artigo 17.º; ou

c. O procedimento não serviria o interesse da justiça, consideradas todas as circunstâncias, tais como a gravidade do crime, os interesses das vítimas e a idade ou o estado de saúde do presumível autor e o grau de participação no alegado crime; comunicará a sua decisão, devidamente fundamentada, ao juízo de instrução e ao Estado que lhe submeteu o caso, de acordo com o artigo 14.º, ou ao Conselho de Segurança, se se tratar de um caso previsto na alínea b) do artigo 13.º

3. a. A pedido do Estado que tiver submetido o caso, nos termos do artigo 14.º, ou do Conselho de Segurança, nos termos da alínea b) do artigo 13.º, o juízo de instrução poderá examinar a decisão do procurador de não proceder criminalmente em conformidade com os n.os 1 ou 2 e solicitar-lhe que reconsidere essa decisão.

b. Além disso, o juízo de instrução poderá, oficiosamente, examinar a decisão do procurador de não proceder criminalmente, se essa decisão se basear unicamente no disposto no n.º 1, alínea c), ou no n.º 2, alínea c). Nesse caso, a decisão do procurador só produzirá efeitos se confirmada pelo juízo de instrução.

4. O procurador poderá, a todo o momento, reconsiderar a sua decisão de abrir um inquérito ou proceder criminalmente, com base em novos factos ou novas informações.

Artigo 54.º

Funções e poderes do procurador em matéria de inquérito

1. O procurador deverá:

a. A fim de estabelecer a verdade dos factos, alargar o inquérito a todos os factos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com o presente Estatuto e, para esse efeito, investigar, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa;

b. Adoptar as medidas adequadas para assegurar a eficácia do inquérito e do procedimento criminal relativamente aos crimes da jurisdição do Tribunal e, na sua actuação, o procurador terá em conta os interesses e a situação pessoal das vítimas e testemunhas, incluindo a idade, o sexo, tal como definido no n.º 3 do artigo 7.º, e o estado de saúde; terá igualmente em conta a natureza do crime, em particular quando envolva violência sexual,

violência por motivos relacionados com a pertença a um determinado sexo e violência contra as crianças; e

- c. Respeitar plenamente os direitos conferidos às pessoas pelo presente Estatuto.
2. O procurador poderá realizar investigações no âmbito de um inquérito no território de um Estado:
 - a. De acordo com o disposto no capítulo IX; ou
 - b. Mediante autorização do juízo de instrução, dada nos termos do n.º 3, alínea d), do artigo 57.º
3. O procurador poderá:
 - a. Reunir e examinar provas;
 - b. Convocar e interrogar pessoas objecto de inquérito e convocar e tomar o depoimento de vítimas e testemunhas;
 - c. Procurar obter a cooperação de qualquer Estado ou organização intergovernamental ou dispositivo intergovernamental, de acordo com a respectiva competência e ou mandato;
 - d. Celebrar acordos ou convénios compatíveis com o presente Estatuto, que se mostrem necessários para facilitar a cooperação de um Estado, de uma organização intergovernamental ou de uma pessoa;
 - e. Concorde em não divulgar, em qualquer fase do processo, documentos ou informação que tiver obtido, com a condição de preservar o seu carácter confidencial e com o objectivo único de obter novas provas, a menos que quem tiver facilitado a informação consinta na sua divulgação; e
 - f. Adoptar ou requerer que se adoptem as medidas necessárias para assegurar o carácter confidencial da informação, a protecção de pessoas ou a preservação da prova.

Artigo 55.º

Direitos das pessoas no decurso do inquérito

1. No decurso de um inquérito aberto nos termos do presente Estatuto:
 - a. Nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou a declarar-se culpada;
 - b. Nenhuma pessoa poderá ser submetida a qualquer forma de coacção, intimidação ou ameaça, tortura ou outras formas de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; e
 - c. Qualquer pessoa que for interrogada numa língua que não compreenda ou não fale fluentemente será assistida, gratuitamente, por um intérprete competente e poderá dispor das traduções necessárias às exigências de equidade;

- d. Nenhuma pessoa poderá ser presa ou detida arbitrariamente, nem ser privada da sua liberdade, salvo pelos motivos previstos no presente Estatuto e em conformidade com os procedimentos nele estabelecidos.
2. Sempre que existam motivos para crer que uma pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal e que deve ser interrogada pelo procurador ou pelas autoridades nacionais, em virtude de um pedido feito em conformidade com o disposto no capítulo IX, essa pessoa será informada, antes do interrogatório, de que goza ainda dos seguintes direitos:
- a. A ser informada, antes de ser interrogada, de que existem indícios de que cometeu um crime da competência do Tribunal;
 - b. A guardar silêncio, sem que tal seja tido em consideração para efeitos de determinação da sua culpa ou inocência;
 - c. A ser assistida por um advogado da sua escolha ou, se não o tiver, a solicitar que lhe seja designado um defensor oficioso, em todas as situações em que o interesse da justiça assim o exija, e sem qualquer encargo se não possuir meios suficientes para lhe pagar; e
 - d. A ser interrogada na presença de advogado, a menos que tenha renunciado voluntariamente ao direito de ser assistida por um advogado.

Artigo 56.º

Intervenção do juízo de instrução em caso de oportunidade única de proceder a um inquérito

- 1. a. Sempre que considere que um inquérito oferece uma oportunidade única de recolher depoimentos ou declarações de uma testemunha ou de examinar, reunir ou verificar provas, o procurador comunicará esse facto ao juízo de instrução.
 - b. Nesse caso, o juízo de instrução, a pedido do procurador, poderá adoptar as medidas que entender necessárias para assegurar a eficácia e a integridade do processo e, em particular, para proteger os direitos de defesa.
 - c. Salvo decisão em contrário do juízo de instrução, o procurador transmitirá a informação relevante à pessoa que tenha sido detida, ou que tenha comparecido na sequência de notificação emitida no âmbito do inquérito a que se refere a alínea a), para que possa ser ouvida sobre a matéria em causa.
2. As medidas a que se faz referência na alínea b) do n.º 1 poderão consistir em:
- a. Fazer recomendações ou proferir despachos sobre o procedimento a seguir;
 - b. Ordenar que o processado seja reduzido a auto;
 - c. Nomear um perito;
 - d. Autorizar o advogado de defesa do detido, ou de quem tiver comparecido no Tribunal na sequência de notificação, a participar no processo ou, no caso dessa detenção ou

comparência não se ter ainda verificado ou não tiver ainda sido designado advogado, a nomear outro defensor que se encarregará dos interesses da defesa e os representará;

e. Encarregar um dos seus membros ou, se necessário, outro juiz disponível da secção de instrução ou da secção de julgamento em 1.^a instância de formular recomendações ou proferir despachos sobre a recolha e a preservação de meios de prova e a inquirição de pessoas;

f. Adoptar todas as medidas necessárias para reunir ou preservar meios de prova.

3. a. Se o procurador não tiver solicitado as medidas previstas no presente artigo mas o juízo de instrução considerar que tais medidas são necessárias para preservar meios de prova que lhe pareçam essenciais para a defesa no julgamento, o juízo consultará o procurador a fim de saber se existem motivos poderosos para este não requerer as referidas medidas. Se, após consulta, o juízo concluir que a omissão de requerimento de tais medidas é injustificada, poderá adoptar essas medidas oficiosamente.

b. O procurador poderá recorrer da decisão tomada pelo juízo de instrução oficiosamente, nos termos do presente número. O recurso seguirá uma forma sumária.

4. A admissibilidade dos meios de prova preservados ou recolhidos para efeitos do processo ou o respectivo registo, em conformidade com o presente artigo, reger-se-ão, em julgamento, pelo disposto no artigo 69.º, e terão o valor que lhes for atribuído pelo juízo de julgamento em 1.^a instância.

Artigo 57.º

Funções e poderes do juízo de instrução

1. Salvo disposição em contrário do presente Estatuto, o juízo de instrução exercerá as suas funções em conformidade com o presente artigo.

2. a. Para os despachos do juízo de instrução proferidos ao abrigo dos artigos 15.º, 18.º, 19.º, 54.º, n.º 2, 61.º, n.º 7, e 72.º, deve concorrer a maioria de votos dos juízes que o compõem.

b. Em todos os outros casos, um juiz do juízo de instrução agindo a título individual poderá exercer as funções definidas no presente Estatuto, salvo disposição em contrário prevista no Regulamento Processual ou decisão em contrário do juízo de instrução tomada por maioria de votos.

3. Independentemente das outras funções conferidas pelo presente Estatuto, o juízo de instrução poderá:

a. A pedido do procurador, proferir os despachos e emitir os mandados que se revelem necessários para um inquérito;

b. A pedido de qualquer pessoa que tenha sido detida ou tenha comparecido na sequência de notificação expedida nos termos do artigo 58.º, proferir despachos, incluindo medidas tais como as indicadas no artigo 56.º, ou procurar obter, nos termos do disposto no capítulo IX, a cooperação necessária para auxiliar essa pessoa a preparar a sua defesa;

- c. Sempre que necessário, assegurar a protecção e o respeito pela privacidade de vítimas e testemunhas, a preservação da prova, a protecção de pessoas detidas ou que tenham comparecido na sequência de notificação para comparência, assim como a protecção de informação que afecte a segurança nacional;
- d. Autorizar o procurador a adoptar medidas específicas, no âmbito de um inquérito, no território de um Estado Parte sem ter obtido a cooperação deste nos termos do disposto no capítulo IX, caso o juízo de instrução determine que, tendo em consideração, na medida do possível, a posição do referido Estado, este último não está manifestamente em condições de satisfazer um pedido de cooperação face à incapacidade de todas as autoridades ou órgãos do seu sistema judiciário com competência para dar seguimento a um pedido de cooperação formulado nos termos do disposto no capítulo IX;
- e. Quando tiver emitido um mandado de detenção ou uma notificação para comparência nos termos do artigo 58.º, e tendo em consideração o valor das provas e os direitos das partes em questão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto e no Regulamento Processual, procurar obter a cooperação dos Estados, nos termos do n.º 1, alínea k), do artigo 93.º, para a adopção de medidas cautelares que visem a apreensão, em particular no interesse superior das vítimas.

Artigo 58.º

Mandado de detenção e notificação para comparência do juízo de instrução

- 1. A todo o momento após a abertura do inquérito, o juízo de instrução poderá, a pedido do procurador, emitir um mandado de detenção contra uma pessoa se, após examinar o pedido e as provas ou outras informações submetidas pelo procurador, considerar que:
 - a. Existem motivos suficientes para crer que essa pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal; e
 - b. A detenção dessa pessoa se mostra necessária para:
 - i. Garantir a sua comparência em tribunal;
 - ii. Garantir que não obstruirá, nem porá em perigo, o inquérito ou a acção do Tribunal; ou
 - iii. Se for o caso, impedir que a pessoa continue a cometer esse crime ou um crime conexo que seja da competência do Tribunal e tenha a sua origem nas mesmas circunstâncias.
- 2. Do requerimento do procurador deverão constar os seguintes elementos:
 - a. O nome da pessoa em causa e qualquer outro elemento útil de identificação;
 - b. A referência precisa do crime da competência do Tribunal que a pessoa tenha presumivelmente cometido;
 - c. Uma descrição sucinta dos factos que alegadamente constituem o crime;

- d. Um resumo das provas e de qualquer outra informação que constitua motivo suficiente para crer que a pessoa cometeu o crime; e
 - e. Os motivos pelos quais o procurador considere necessário proceder à detenção daquela pessoa.
3. Do mandado de detenção deverão constar os seguintes elementos:
 - a. O nome da pessoa em causa e qualquer outro elemento útil de identificação;
 - b. A referência precisa do crime da competência do Tribunal que justifique o pedido de detenção; e
 - c. Uma descrição sucinta dos factos que alegadamente constituem o crime.
 4. O mandado de detenção manter-se-á válido até decisão em contrário do Tribunal.
 5. Com base no mandado de detenção, o Tribunal poderá solicitar a prisão preventiva ou a detenção e entrega da pessoa em conformidade com o disposto no capítulo IX do presente Estatuto.
 6. O procurador poderá solicitar ao juízo de instrução que altere o mandado de detenção no sentido de requalificar os crimes aí indicados ou de adicionar outros. O juízo de instrução alterará o mandado de detenção se considerar que existem motivos suficientes para crer que a pessoa cometeu quer os crimes na forma que se indica nessa requalificação, quer os novos crimes.
 7. O procurador poderá solicitar ao juízo de instrução que, em vez de um mandado de detenção, emita uma notificação para comparência. Se o juízo considerar que existem motivos suficientes para crer que a pessoa cometeu o crime que lhe é imputado e que uma notificação para comparência será suficiente para garantir a sua presença efectiva em tribunal, emitirá uma notificação para que a pessoa compareça, com ou sem a imposição de medidas restritivas de liberdade (distintas da detenção) se previstas no direito interno. Da notificação para comparência deverão constar os seguintes elementos:
 - a. O nome da pessoa em causa e qualquer outro elemento útil de identificação;
 - b. A data de comparência;
 - c. A referência precisa ao crime da competência do Tribunal que a pessoa alegadamente tenha cometido; e
 - d. Uma descrição sucinta dos factos que alegadamente constituem o crime.

Esta notificação será directamente feita à pessoa em causa.

Artigo 59.º **Procedimento de detenção no Estado da detenção**

1. O Estado Parte que receber um pedido de prisão preventiva ou de detenção e entrega, adoptará imediatamente as medidas necessárias para proceder à detenção, em conformidade com o respectivo direito interno e com o disposto no capítulo IX.

2. O detido será imediatamente levado à presença da autoridade judiciária competente do Estado da detenção que determinará se, de acordo com a legislação desse Estado:
 - a. O mandado de detenção é aplicável à pessoa em causa;
 - b. A detenção foi executada de acordo com a lei;
 - c. Os direitos do detido foram respeitados.
4. O detido terá direito a solicitar à autoridade competente do Estado da detenção autorização para aguardar a sua entrega em liberdade.
5. Ao decidir sobre o pedido, a autoridade competente do Estado da detenção determinará se, em face da gravidade dos crimes imputados, se verificam circunstâncias urgentes e excepcionais que justifiquem a liberdade provisória e se existem as garantias necessárias para que o Estado de detenção possa cumprir a sua obrigação de entregar a pessoa ao Tribunal. Essa autoridade não terá competência para examinar se o mandado de detenção foi regularmente emitido, nos termos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 58.º
6. O pedido de liberdade provisória será notificado ao juízo de instrução, o qual fará recomendações à autoridade competente do Estado da detenção. Antes de tomar uma decisão, a autoridade competente do Estado da detenção terá em conta essas recomendações, incluindo as relativas a medidas adequadas a impedir a fuga da pessoa.
7. Se a liberdade provisória for concedida, o juízo de instrução poderá solicitar informações periódicas sobre a situação de liberdade provisória.
8. Uma vez que o Estado da detenção tenha ordenado a entrega, o detido será colocado, o mais rapidamente possível, à disposição do Tribunal.

Artigo 60.º

Início da fase instrutória

1. Logo que uma pessoa seja entregue ao Tribunal ou nele compareça voluntariamente em cumprimento de uma notificação para comparência, o juízo de instrução deverá assegurar-se de que essa pessoa foi informada dos crimes que lhe são imputados e dos direitos que o presente Estatuto lhe confere, incluindo o direito de solicitar autorização para aguardar o julgamento em liberdade.
2. A pessoa objecto de um mandado de detenção poderá solicitar autorização para aguardar julgamento em liberdade. Se o juízo de instrução considerar verificadas as condições enunciadas no n.º 1 do artigo 58.º, a detenção será mantida. Caso contrário, a pessoa será posta em liberdade, com ou sem condições.
3. O juízo de instrução reexaminará periodicamente a sua decisão quanto à liberdade provisória ou à detenção, podendo fazê-lo a todo o momento, a pedido do procurador ou do interessado. Aquando da revisão, o juízo poderá modificar a sua decisão quanto à detenção, à liberdade provisória ou às condições desta, se considerar que a alteração das circunstâncias o justifica.

4. O juízo de instrução certificar-se-á de que a detenção não será prolongada por período não razoável devido a demora injustificada da parte do procurador. A produzir-se a referida demora, o Tribunal considerará a possibilidade de pôr o interessado em liberdade, com ou sem condições.

5. Se necessário, o juízo de instrução poderá emitir um mandado de detenção para garantir a comparência de uma pessoa que tenha sido posta em liberdade.

Artigo 61.º

Apreciação da acusação antes do julgamento

1. Salvo o disposto no n.º 2, e num prazo razoável após a entrega da pessoa ao Tribunal ou a sua comparência voluntária perante este, o juízo de instrução realizará uma audiência para apreciar os factos constantes da acusação com base nos quais o procurador pretende requerer o julgamento. A audiência terá lugar na presença do procurador e do arguido, assim como do defensor deste.

2. O juízo de instrução, oficiosamente ou a pedido do procurador, poderá realizar a audiência na ausência do arguido, a fim de apreciar os factos constantes da acusação com base nos quais o procurador pretende requerer o julgamento, se o arguido:

a. Tiver renunciado ao seu direito a estar presente; ou

b. 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 apreciação dos mesmos. Neste caso, o arguido será representado por um defensor, se o juízo de instrução decidir que tal servirá os interesses da justiça.

3. Num prazo razoável antes da audiência, o arguido:

a. Receberá uma cópia do documento especificando os factos constantes da acusação com base nos quais o procurador pretende requerer o julgamento; e

b. Será informado das provas que o procurador se propõe apresentar em audiência.

O juízo de instrução poderá proferir despacho sobre a divulgação de informação para efeitos da audiência.

4. Antes da audiência, o procurador poderá reabrir o inquérito e alterar ou retirar parte dos factos constantes da acusação. O arguido será notificado de qualquer alteração ou retirada em tempo razoável, antes da realização da audiência. No caso de retirada de parte dos factos constantes da acusação, o procurador informará o juízo de instrução dos motivos da mesma.

5. Na audiência, o procurador produzirá provas satisfatórias dos factos constantes da acusação, nos quais baseou a sua convicção de que o arguido cometeu o crime que lhe é imputado. O procurador poderá basear-se em provas documentais ou um resumo das provas, não sendo obrigado a chamar as testemunhas que irão depor no julgamento.

6. Na audiência, o arguido poderá:
 - a. Contestar as acusações;
 - b. Impugnar as provas apresentadas pelo procurador; e
 - c. Apresentar provas.
7. Com base nos factos apreciados durante a audiência, o juízo de instrução decidirá se existem provas suficientes de que o arguido cometeu os crimes que lhe são imputados. De acordo com essa decisão, o juízo de instrução:
 - a. Declarará procedente a acusação na parte relativamente à qual considerou terem sido reunidas provas suficientes e remeterá o arguido para o juízo de julgamento em 1.ª instância, à fim de aí ser julgado pelos factos confirmados;
 - b. Não declarará procedente a acusação na parte relativamente à qual considerou não terem sido reunidas provas suficientes;
 - c. Adiará a audiência e solicitará ao procurador que considere a possibilidade de:
 - i. Apresentar novas provas ou efectuar novo inquérito relativamente a um determinado facto constante da acusação; ou
 - ii. Modificar parte da acusação, se as provas reunidas parecerem indicar que um crime distinto, da competência do Tribunal, foi cometido.
8. A declaração de não procedência relativamente a parte de uma acusação, proferida pelo juízo de instrução, não obstará a que o procurador solicite novamente a sua apreciação, na condição de apresentar provas adicionais.
9. Tendo os factos constantes da acusação sido declarados procedentes, e antes do início do julgamento, o procurador poderá, mediante autorização do juízo de instrução e notificação prévia do arguido, alterar alguns factos constantes da acusação. Se o procurador pretender acrescentar novos factos ou substituí-los por outros de natureza mais grave, deverá, nos termos do presente artigo, requerer uma audiência para a respectiva apreciação. Após o início do julgamento, o procurador poderá retirar a acusação, com autorização do juízo de instrução.
10. Qualquer mandado emitido deixará de ser válido relativamente aos factos constantes da acusação que tenham sido declarados não procedentes pelo juízo de instrução ou que tenham sido retirados pelo procurador.
11. Tendo a acusação sido declarada procedente nos termos do presente artigo, a Presidência designará um juízo de julgamento em 1.ª instância que, sob reserva do disposto no n.º 9 do presente artigo e no n.º 4 do artigo 64.º, se encarregará da fase seguinte do processo e poderá exercer as funções do juízo de instrução que se mostrem pertinentes e apropriadas nessa fase do processo.

CAPÍTULO VI

O julgamento

Artigo 62.º

Local do julgamento

Salvo decisão em contrário, o julgamento terá lugar na sede do Tribunal.

Artigo 63.º

Presença do arguido em julgamento

1. O arguido terá de estar presente durante o julgamento.
2. Se o arguido, presente em tribunal, perturbar persistentemente a audiência, o juízo de julgamento em 1.ª instância poderá ordenar a sua remoção da sala e providenciar para que acompanhe o processo e dê instruções ao seu defensor a partir do exterior da mesma, utilizando, se necessário, meios técnicos de comunicação. Estas medidas só serão adoptadas em circunstâncias excepcionais e pelo período estritamente necessário, após se terem esgotado outras possibilidades razoáveis.

Artigo 64.º

Funções e poderes do juízo de julgamento em 1.ª instância

1. As funções e poderes do juízo de julgamento em 1.ª instância enunciadas no presente artigo deverão ser exercidas em conformidade com o presente Estatuto e o Regulamento Processual.
2. O juízo de julgamento em 1.ª instância zelará para que o julgamento seja conduzido de maneira equitativa e célere, com total respeito pelos direitos do arguido e tendo em devida conta a protecção das vítimas e testemunhas.
3. O juízo de julgamento em 1.ª instância a que seja submetido um caso nos termos do presente Estatuto:
 - a. Consultará as partes e adoptará as medidas necessárias para que o processo se desenrole de maneira equitativa e célere;
 - b. Determinará qual a língua, ou quais as línguas, a utilizar no julgamento; e
 - c. Sob reserva de qualquer outra disposição pertinente do presente Estatuto, providenciará pela revelação de quaisquer documentos ou de informação que não tenha sido divulgada anteriormente, com suficiente antecedência relativamente ao início do julgamento, a fim de permitir a sua preparação adequada para o julgamento.
4. O juízo de julgamento em 1.ª instância poderá, se se mostrar necessário para o seu funcionamento eficaz e imparcial, remeter questões preliminares ao juízo de instrução ou, se necessário, a um outro juiz disponível da secção de instrução.

5. Mediante notificação às partes, o juízo de julgamento em 1.^a instância poderá, conforme se lhe afigure mais adequado, ordenar que as acusações contra mais de um arguido sejam deduzidas conjunta ou separadamente.
6. No desempenho das suas funções, antes ou no decurso de um julgamento, o juízo de julgamento em 1.^a instância poderá, se necessário:
 - a. Exercer qualquer uma das funções do juízo de instrução consignadas no n.º 11 do artigo 61.º;
 - b. Ordenar a comparência e a audição de testemunhas e a apresentação de documentos e outras provas, obtendo para tal, se necessário, o auxílio de outros Estados, conforme previsto no presente Estatuto;
 - c. Adoptar medidas para a protecção da informação confidencial;
 - d. Ordenar a apresentação de provas adicionais às reunidas antes do julgamento ou às apresentadas no decurso do julgamento pelas partes;
 - e. Adoptar medidas para a protecção do arguido, testemunhas e vítimas; e
 - f. Decidir sobre qualquer outra questão pertinente.
7. A audiência de julgamento será pública. No entanto, o juízo de julgamento em 1.^a instância poderá decidir que determinadas diligências se efectuem à porta fechada, em conformidade com os fins enunciados no artigo 68.º ou com vista a proteger informação de carácter confidencial ou restrita que venha a ser apresentada como prova.
8.
 - a. No início da audiência de julgamento, o juízo de julgamento em 1.^a instância ordenará a leitura ao arguido dos factos constantes da acusação previamente confirmados pelo juízo de instrução. O juízo de julgamento em 1.^a instância deverá certificar-se de 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.
 - b. Durante o julgamento, o juiz-presidente pode dar instruções sobre a condução da audiência, nomeadamente para assegurar que esta se desenrole de maneira equitativa e imparcial. Salvo qualquer orientação do juiz-presidente, as partes poderão apresentar provas em conformidade com as disposições do presente Estatuto.
9. O juízo de julgamento em 1.^a instância poderá, oficiosamente ou a pedido de uma das partes, a saber:
 - a. Decidir sobre a admissibilidade ou pertinência das provas; e
 - b. Tomar todas as medidas necessárias para manter a ordem na audiência.
10. O juízo de julgamento em 1.^a instância providenciará para que o secretário proceda a um registo completo da audiência de julgamento onde sejam fielmente relatadas todas as diligências efectuadas, registo que deverá manter e preservar.

Artigo 65.º
Procedimento em caso de confissão

1. Se o arguido confessar nos termos do n.º 8, alínea a), do artigo 64.º, o juízo de julgamento em 1.ª instância apurará:
 - a. Se o arguido compreende a natureza e as consequências da sua confissão;
 - b. Se essa confissão foi feita livremente, após devida consulta ao seu advogado de defesa; e
 - c. Se a confissão é corroborada pelos factos que resultam:
 - i. Da acusação deduzida pelo procurador e aceite pelo arguido;
 - ii. De quaisquer meios de prova que confirmam os factos constantes da acusação deduzida pelo procurador e aceite pelo arguido; e
 - iii. De quaisquer outros meios de prova, tais como depoimentos de testemunhas, apresentados pelo procurador ou pelo arguido.
2. Se o juízo de julgamento em 1.ª instância estimar que estão reunidas as condições referidas no n.º 1, considerará que a confissão, juntamente com quaisquer provas adicionais produzidas, constitui um reconhecimento de todos os elementos essenciais constitutivos do crime pelo qual o arguido se declarou culpado e poderá condená-lo por esse crime.
3. Se o juízo de julgamento em 1.ª instância estimar que não estão reunidas as condições referidas no n.º 1, considerará a confissão como não tendo tido lugar e, nesse caso, ordenará que o julgamento prossiga de acordo com o procedimento comum estipulado no presente Estatuto, podendo transmitir o processo a outro juízo de julgamento em 1.ª instância.
4. Se o juízo de julgamento em 1.ª instância considerar necessária, no interesse da justiça, e em particular no interesse das vítimas, uma explanação mais detalhada dos factos integrantes do caso, poderá:
 - a. Solicitar ao procurador que apresente provas adicionais, incluindo depoimentos de testemunhas; ou
 - b. Ordenar que o processo prossiga de acordo com o procedimento comum estipulado no presente Estatuto, caso em que considerará a confissão como não tendo tido lugar e poderá transmitir o processo a outro juízo de julgamento em 1.ª instância.
5. Quaisquer consultas entre o procurador e a defesa, no que diz respeito à alteração dos factos constantes da acusação, à confissão ou à pena a ser imposta não vincularão o Tribunal.

Artigo 66.º
Presunção de inocência

1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável.
2. Incumbe ao procurador o ónus da prova da culpa do arguido.
3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o arguido é culpado, para além de qualquer dúvida razoável.

Artigo 67.º
Direitos do arguido

1. Durante a apreciação de quaisquer factos constantes da acusação, o arguido tem direito a ser ouvido em audiência pública, tendo em conta o disposto no presente Estatuto, a uma audiência conduzida de forma equitativa e imparcial e às seguintes garantias mínimas, em situação de plena igualdade:
 - a. 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;
 - b. A dispor de tempo e de meios adequados para a preparação da sua defesa e a comunicar livre e confidencialmente com um defensor da sua escolha;
 - c. A ser julgado sem atrasos indevidos;
 - d. Salvo o disposto no n.º 2 do artigo 63.º, o arguido terá direito a estar presente na audiência de julgamento e a defender-se a si próprio ou a ser assistido por um defensor da sua escolha; se não o tiver, a ser informado do direito de o tribunal lhe nomear um defensor sempre que o interesse da justiça o exija, sendo tal assistência gratuita se o arguido carecer de meios suficientes para remunerar o defensor assim nomeado;
 - e. A inquirir ou a fazer inquirir as testemunhas de acusação e a obter a comparência das testemunhas de defesa e a inquirição destas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação. O arguido terá também direito a apresentar defesa e a oferecer qualquer outra prova admissível, de acordo com o presente Estatuto;
 - f. A ser assistido gratuitamente por um intérprete competente e a serem-lhe facultadas as traduções necessárias que a equidade exija, se não compreender perfeitamente ou não falar a língua utilizada em qualquer acto processual ou documento produzido em tribunal;
 - g. A não ser obrigado a depor contra si próprio, nem a declarar-se culpado, e a guardar silêncio, sem que este seja tido em conta na determinação da sua culpa ou inocência;
 - h. A prestar declarações não ajuramentadas, oralmente ou por escrito, em sua defesa; e
 - i. A que lhe não seja imposta quer a inversão do ónus da prova, quer a impugnação.

2. Para além de qualquer outra revelação de informação prevista no presente Estatuto, o procurador comunicará à defesa, logo que possível, as provas que tenha em seu poder ou sob o seu controlo e que, no seu entender, revelem ou tendam a revelar a inocência do arguido, ou a atenuar a sua culpa, ou que possam afectar a credibilidade das provas da acusação. Em caso de dúvida relativamente à aplicação do presente número, cabe ao Tribunal decidir.

Artigo 68.º

Protecção das vítimas e das testemunhas e sua participação no processo

1. O Tribunal adoptará as medidas adequadas para garantir a segurança, o bem-estar físico e psicológico, a dignidade e a vida privada das vítimas e testemunhas. Para tal, o Tribunal terá em conta todos os factores pertinentes, incluindo a idade, o sexo, tal como definido no n.º 3 do artigo 7.º, e o estado de saúde, assim como a natureza do crime, em particular, mas não apenas quando este envolva elementos de violência sexual, de violência relacionada com a pertença a um determinado sexo ou de violência contra crianças. O procurador adoptará estas medidas, nomeadamente durante o inquérito e o procedimento criminal. Tais medidas não poderão prejudicar nem ser incompatíveis com os direitos do arguido ou com a realização de um julgamento equitativo e imparcial.

2. Enquanto excepção ao princípio do carácter público das audiências estabelecido no artigo 67.º, qualquer um dos juízos que compõem o Tribunal poderá, a fim de proteger as vítimas e as testemunhas ou o arguido, decretar que um acto processual se realize, no todo ou em parte, à porta fechada ou permitir a produção de prova por meios electrónicos ou outros meios especiais. Estas medidas aplicar-se-ão, nomeadamente, no caso de uma vítima de violência sexual ou de um menor que seja vítima ou testemunha, salvo decisão em contrário adoptada pelo Tribunal, ponderadas todas as circunstâncias, particularmente a opinião da vítima ou da testemunha.

3. Se os interesses pessoais das vítimas forem afectados, o Tribunal permitir-lhes-á que expressem as suas opiniões e preocupações em fase processual que entenda apropriada e por forma a não prejudicar os direitos do arguido nem a ser incompatível com estes ou com a realização de um julgamento equitativo e imparcial. Os representantes legais das vítimas poderão apresentar as referidas opiniões e preocupações quando o Tribunal o considerar oportuno e em conformidade com o Regulamento Processual.

4. A Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas poderá aconselhar o procurador e o Tribunal relativamente a medidas adequadas de protecção, mecanismos de segurança, assessoria e assistência a que se faz referência no n.º 6 do artigo 43.º

5. Quando a divulgação de provas ou de informação, de acordo com o presente Estatuto, representar um grave perigo para a segurança de uma testemunha ou da sua família, o procurador poderá, para efeitos de qualquer diligência anterior ao julgamento, não apresentar as referidas provas ou informação, mas antes um resumo das mesmas. As medidas desta natureza deverão ser postas em prática de uma forma que não seja prejudicial aos direitos do arguido ou incompatível com estes e com a realização de um julgamento equitativo e imparcial.

6. Qualquer Estado poderá solicitar que sejam tomadas as medidas necessárias para assegurar a protecção dos seus funcionários ou agentes, bem como a protecção de toda a informação de carácter confidencial ou restrito.

Artigo 69.º

Prova

1. Em conformidade com o Regulamento Processual e antes de depor, qualquer testemunha se comprometerá a fazer o seu depoimento com verdade.
2. A prova testemunhal deverá ser prestada pela própria pessoa no decurso do julgamento, salvo quando se apliquem as medidas estabelecidas no artigo 68.º ou no Regulamento Processual. De igual modo, o Tribunal poderá permitir que uma testemunha preste declarações oralmente ou por meio de gravação em vídeo ou áudio, ou que sejam apresentados documentos ou transcrições escritas, nos termos do presente Estatuto e de acordo com o Regulamento Processual. Estas medidas não poderão prejudicar os direitos do arguido, nem ser incompatíveis com eles.
3. As partes poderão apresentar provas que interessem ao caso, nos termos do artigo 64.º O Tribunal será competente para solicitar oficiosamente a produção de todas as provas que entender necessárias para determinar a veracidade dos factos.
4. O Tribunal poderá decidir sobre a relevância ou admissibilidade de qualquer prova, tendo em conta, entre outras coisas, o seu valor probatório e qualquer prejuízo que possa acarretar para a realização de um julgamento equitativo ou para a avaliação equitativa dos depoimentos de uma testemunha, em conformidade com o Regulamento Processual.
5. O Tribunal respeitará e atenderá aos privilégios de confidencialidade estabelecidos no Regulamento Processual.
6. O Tribunal não exigirá prova dos factos do domínio público, mas poderá fazê-los constar dos autos.
7. Não serão admissíveis as provas obtidas com violação do presente Estatuto ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas quando:
 - a. Essa violação suscite sérias dúvidas sobre a fiabilidade das provas; ou
 - b. A sua admissão atente contra a integridade do processo ou resulte em grave prejuízo deste.
8. O Tribunal, ao decidir sobre a relevância ou admissibilidade das provas apresentadas por um Estado, não poderá pronunciar-se sobre a aplicação do direito interno desse Estado.

Artigo 70.º

Infracções contra a administração da justiça

1. O Tribunal terá competência para conhecer das seguintes infracções contra a sua administração da justiça, quando cometidas intencionalmente:
 - a. Prestação de falso testemunho, quando há a obrigação de dizer a verdade, de acordo com o n.º 1 do artigo 69.º;
 - b. Apresentação de provas, tendo a parte conhecimento de que são falsas ou que foram falsificadas;
 - c. Suborno de uma testemunha, impedimento ou interferência na sua comparência ou depoimento, represálias contra uma testemunha por esta ter prestado depoimento, destruição ou alteração de provas ou interferência nas diligências de obtenção de prova;
 - d. Entrave, intimidação ou corrupção de um funcionário do Tribunal, com a finalidade de o obrigar ou o induzir a não cumprir as suas funções ou a fazê-lo de maneira indevida;
 - e. Represálias contra um funcionário do Tribunal, em virtude das funções que ele ou outro funcionário tenham desempenhado; e
 - f. Solicitação ou aceitação de suborno na qualidade de funcionário do Tribunal, e em relação com o desempenho das respectivas funções oficiais.
2. O Regulamento Processual estabelecerá os princípios e procedimentos que regularão o exercício da competência do Tribunal relativamente às infracções a que se faz referência no presente artigo. As condições de cooperação internacional com o Tribunal, relativamente ao procedimento que adopte de acordo com o presente artigo, reger-se-ão pelo direito interno do Estado requerido.
3. Em caso de decisão condenatória, o Tribunal poderá impor uma pena de prisão não superior a cinco anos, ou uma multa, de acordo com o Regulamento Processual, ou ambas.
4.
 - a. Cada Estado Parte tornará extensivas as normas penais de direito interno que punem as infracções contra a realização da justiça às infracções contra a administração da justiça a que se faz referência no presente artigo, e que sejam cometidas no seu território ou por um dos seus nacionais;
 - b. A pedido do Tribunal, qualquer Estado Parte submeterá, sempre que o entender necessário, o caso à apreciação das suas autoridades competentes para fins de procedimento criminal. Essas autoridades conhecerão do caso com diligência e accionarão os meios necessários para a sua eficaz condução.

Artigo 71.º

Sanções por desrespeito ao Tribunal

1. Em caso de comportamento em desrespeito ao Tribunal, tal como perturbar a audiência ou recusar-se deliberadamente a cumprir as suas instruções, o Tribunal poderá impor sanções administrativas que não impliquem privação de liberdade, como, por exemplo,

a expulsão temporária ou permanente da sala de audiências, a multa ou outra medida similar prevista no Regulamento Processual.

2. O processo de imposição das medidas a que se refere o número anterior reger-se-á pelo Regulamento Processual.

Artigo 72.º

Protecção de informação relativa à segurança nacional

1. O presente artigo aplicar-se-á a todos os casos em que a divulgação de informação ou de documentos de um Estado possa, no entender deste, afectar os interesses da sua segurança nacional. Tais casos incluem os abrangidos pelas disposições constantes dos n.os 2 e 3 do artigo 56.º, do n.º 3 do artigo 61.º, do n.º 3 do artigo 64.º, do n.º 2 do artigo 67.º, do n.º 6 do artigo 68.º, do n.º 6 do artigo 87.º e do artigo 93.º, assim como os que se apresentem em qualquer outra fase do processo em que uma tal divulgação possa estar em causa.

2. O presente artigo aplicar-se-á igualmente aos casos em que uma pessoa, a quem tenha sido solicitada a prestação de informação ou provas, se tenha recusado a apresentá-las ou tenha entregue a questão ao Estado, invocando que tal divulgação afectaria os interesses da segurança nacional do Estado, e o Estado em causa confirme que, no seu entender, essa divulgação afectaria os interesses da sua segurança nacional.

3. Nada no presente artigo afectará os requisitos de confidencialidade a que se referem as alíneas e) e f) do n.º 3 do artigo 54.º, nem a aplicação do artigo 73.º

4. Se um Estado tiver conhecimento de que informações ou documentos do Estado estão a ser, ou poderão vir a ser, divulgados em qualquer fase do processo, e considerar que essa divulgação afectaria os seus interesses de segurança nacional, tal Estado terá o direito de intervir com vista a ver resolvida esta questão em conformidade com o presente artigo.

5. O Estado que considere que a divulgação de determinada informação poderá afectar os seus interesses de segurança nacional adoptará, em conjunto com o procurador, a defesa, o juízo de instrução ou o juízo de julgamento em primeira instância, conforme o caso, todas as medidas razoavelmente possíveis para encontrar uma solução através da concertação. Estas medidas poderão incluir:

- a. A alteração ou a clarificação dos motivos do pedido;
- b. Uma decisão do Tribunal relativa à relevância das informações ou dos elementos de prova solicitados, ou uma decisão sobre se as provas, ainda que relevantes, não poderiam ser ou ter sido obtidas junto de fonte distinta do Estado requerido;
- c. A obtenção da informação ou de provas de fonte distinta ou numa forma diferente; ou
- d. Um acordo sobre as condições em que a assistência poderá ser prestada, incluindo, entre outras, a disponibilização de resumos ou exposições, restrições à divulgação, recurso ao procedimento à porta fechada ou à revelia de uma das partes, ou aplicação de outras medidas de protecção permitidas pelo Estatuto ou pelo Regulamento Processual.

6. Realizadas todas as diligências razoavelmente possíveis com vista a resolver a questão por meio de concertação, e se o Estado considerar não haver meios nem condições para que as informações ou os documentos possam ser facultados ou revelados sem prejuízo dos seus interesses de segurança nacional, notificará o procurador ou o Tribunal nesse sentido, indicando as razões precisas que fundamentaram a sua decisão, a menos que a descrição específica dessas razões prejudique, necessariamente, os interesses de segurança nacional do Estado.

7. Posteriormente, se decidir que a prova é relevante e necessária para a determinação da culpa ou inocência do arguido, o Tribunal poderá adoptar as seguintes medidas:

a. Quando a divulgação da informação ou do documento for solicitada no âmbito de um pedido de cooperação, nos termos da capítulo IX do presente Estatuto ou nas circunstâncias a que se refere o n.º 2 do presente artigo, e o Estado invocar o motivo de recusa estatuído no n.º 4 do artigo 93.º:

- i. O Tribunal poderá, antes de chegar a qualquer uma das conclusões a que se refere a subalínea ii) da alínea a) do n.º 7, solicitar consultas suplementares com o fim de ouvir o Estado, incluindo, se for caso disso, a sua realização à porta fechada ou à revelia de uma das partes;
- ii. Se o Tribunal concluir que, ao invocar o motivo de recusa estatuído no n.º 4 do artigo 93.º, dadas as circunstâncias do caso, o Estado requerido não está a actuar de harmonia com as obrigações impostas pelo presente Estatuto, poderá remeter a questão nos termos do n.º 7 do artigo 87.º, especificando as razões da sua conclusão; e
- iii. O Tribunal poderá tirar as conclusões que entender apropriadas, em razão das circunstâncias, ao julgar o arguido, quanto à existência ou inexistência de um facto; ou

b. Em todas as restantes circunstâncias:

- i. Ordenar a revelação; ou
- ii. Se não ordenar a revelação, inferir, no julgamento do arguido, quanto à existência ou inexistência de um facto, conforme se mostrar apropriado.

Artigo 73.º

Informação ou documentos disponibilizados por terceiros

Se um Estado Parte receber um pedido do Tribunal para que lhe forneça uma informação ou um documento que esteja sob sua custódia, posse ou controlo, e que lhe tenha sido comunicado a título confidencial por um Estado, uma organização intergovernamental ou uma organização internacional, tal Estado Parte deverá obter o consentimento do seu autor para a divulgação dessa informação ou documento. Se o autor for um Estado Parte, este poderá consentir em divulgar a referida informação ou documento ou comprometer-se a resolver a questão com o Tribunal, salvaguardando-se o disposto no artigo 72.º. Se o autor não for um Estado Parte e não consentir em divulgar a informação ou o do-

cumento, o Estado requerido comunicará ao Tribunal que não lhe será possível fornecer a informação ou o documento em causa, devido à obrigação previamente assumida com o respectivo autor de preservar o seu carácter confidencial.

Artigo 74.º

Requisitos para a decisão

1. Todos os juízes do juízo de julgamento em 1.ª instância estarão presentes em cada uma das fases do julgamento e nas deliberações. A Presidência poderá designar, caso a caso, um ou vários juízes substitutos, em função das disponibilidades, para estarem presentes em todas as fases do julgamento, bem como para substituírem qualquer membro do juízo de julgamento em 1.ª instância que se encontre impossibilitado de continuar a participar no julgamento.
2. O juízo de julgamento em 1.ª instância fundamentará a sua decisão com base na apreciação das provas e do processo no seu conjunto. A decisão não exorbitará dos factos e circunstâncias descritos na acusação ou nas alterações que lhe tenham sido feitas. O Tribunal fundamentará a sua decisão exclusivamente nas provas produzidas ou examinadas em audiência de julgamento.
3. Os juízes procurarão tomar uma decisão por unanimidade e, não sendo possível, por maioria.
4. As deliberações do juízo de julgamento em 1.ª instância serão e permanecerão secretas.
5. A decisão será proferida por escrito e conterá uma exposição completa e fundamentada da apreciação das provas e as conclusões do juízo de julgamento em 1.ª instância. Será proferida uma só decisão pelo juízo de julgamento em 1.ª instância. Se não houver unanimidade, a decisão do juízo de julgamento em 1.ª instância conterá as opiniões tanto da maioria como da minoria de juízes. A leitura da decisão ou de uma sua súmula far-se-á em audiência pública.

Artigo 75.º

Reparação em favor das vítimas

1. O Tribunal estabelecerá princípios aplicáveis às formas de reparação, tais como a restituição, a indemnização ou a reabilitação, que hajam de ser atribuídas às vítimas ou aos titulares desse direito. Nesta base, o Tribunal poderá, oficiosamente ou a requerimento, em circunstâncias excepcionais, determinar a extensão e o nível dos danos, da perda ou do prejuízo causados às vítimas ou aos titulares do direito à reparação, com a indicação dos princípios nos quais fundamentou a sua decisão.
2. O Tribunal poderá lavrar despacho contra a pessoa condenada, no qual determinará a reparação adequada a ser atribuída às vítimas ou aos titulares de tal direito. Esta reparação poderá, nomeadamente, assumir a forma de restituição, indemnização ou reabilitação. Se

for caso disso, o Tribunal poderá ordenar que a indemnização atribuída a título de reparação seja paga por intermédio do Fundo previsto no artigo 79.º

3. Antes de lavrar qualquer despacho ao abrigo do presente artigo, o Tribunal poderá solicitar e tomar em consideração as pretensões formuladas pela pessoa condenada, pelas vítimas, por outras pessoas interessadas ou por outros Estados interessados, bem como as observações formuladas em nome dessas pessoas ou desses Estados.

4. Ao exercer os poderes conferidos pelo presente artigo, o Tribunal poderá, após a condenação por crime que releve da sua competência, determinar se, para fins de aplicação dos despachos que lavrar ao abrigo do presente artigo, será necessário tomar quaisquer medidas em conformidade com o n.º 1 do artigo 93.º

5. Os Estados Partes observarão as decisões proferidas nos termos deste artigo como se as disposições do artigo 109.º se aplicassem ao presente artigo.

6. Nada no presente artigo será interpretado como prejudicando os direitos reconhecidos às vítimas pelo direito interno ou internacional.

Artigo 76.º **Aplicação da pena**

1. Em caso de condenação, o juízo de julgamento em 1.ª instância determinará a pena a aplicar tendo em conta os elementos de prova e as exposições relevantes produzidos no decurso do julgamento.

2. Salvo nos casos em que seja aplicado o artigo 65.º e antes de concluído o julgamento, o juízo de julgamento em 1.ª instância poderá, oficiosamente, e deverá, a requerimento do procurador ou do arguido, convocar uma audiência suplementar, a fim de conhecer de quaisquer novos elementos de prova ou exposições relevantes para a determinação da pena, de harmonia com o Regulamento Processual.

3. Sempre que o n.º 2 for aplicável, as pretensões previstas no artigo 75.º serão ouvidas pelo juízo de julgamento em 1.ª instância no decorrer da audiência suplementar referida no n.º 2 e, se necessário, no decorrer de qualquer nova audiência.

4. A sentença será proferida em audiência pública e, sempre que possível, na presença do arguido.

CAPÍTULO VII

As penas

Artigo 77.º

Penas aplicáveis

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110.º, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5.º do presente Estatuto uma das seguintes penas:
 - a. Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou
 - b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau da ilicitude do facto e as condições pessoais do condenado o justificarem.
2. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar:
 - a. Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual;
 - b. A perda de produtos, bens e haveres provenientes, directa ou indirectamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.

Artigo 78.º

Determinação da pena

1. Na determinação da pena, o Tribunal atenderá, de harmonia com o Regulamento Processual, a factores tais como a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado.
2. O Tribunal descontará, na pena de prisão que vier a aplicar, o período durante o qual o arguido esteve sob detenção por ordem daquele. O Tribunal poderá ainda descontar qualquer outro período de detenção que tenha sido cumprido em razão de uma conduta constitutiva do crime.
3. Se uma pessoa for condenada pela prática de vários crimes, o Tribunal aplicará penas de prisão parcelares relativamente a cada um dos crimes e uma pena única, na qual será especificada a duração total da pena de prisão. Esta duração não poderá ser inferior à da pena parcelar mais elevada e não poderá ser superior a 30 anos de prisão ou ir além da pena de prisão perpétua prevista no artigo 77.º, n.º 1, alínea b).

Artigo 79.º

Fundo a favor das vítimas

1. Por decisão da Assembleia dos Estados Partes, será criado um fundo a favor das vítimas de crimes da competência do Tribunal, bem como das respectivas famílias.
2. O Tribunal poderá ordenar que o produto das multas e quaisquer outros bens declarados perdidos revertam para o fundo.

3. O fundo será gerido de harmonia com os critérios a serem adoptados pela Assembleia dos Estados Partes.

Artigo 80.º

Não interferência no regime de aplicação de penas nacionais e nos direitos internos

Nada no presente capítulo prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas referidas neste capítulo.

CAPÍTULO VIII

Recurso e revisão

Artigo 81.º

Recurso da sentença condenatória ou absolutória ou da pena

1. A sentença proferida nos termos do artigo 74.º é recorrível em conformidade com o disposto no Regulamento Processual, nos seguintes termos:

- a. O procurador poderá interpor recurso com base num dos seguintes fundamentos:
 - i. Vício processual;
 - ii. Erro de facto; ou
 - iii. Erro de direito;
 - b. O condenado, ou o procurador no interesse daquele, poderá interpor recurso com base num dos seguintes fundamentos:
 - i. Vício processual;
 - ii. Erro de facto;
 - iii. Erro de direito; ou
 - iv. Qualquer outro motivo susceptível de afectar a equidade ou a regularidade do processo ou da sentença.
2. a. O procurador ou o condenado poderá, em conformidade com o Regulamento Processual, interpor recurso da pena decretada invocando desproporção entre esta e o crime.
- b. Se, ao conhecer de recurso interposto da pena decretada, o Tribunal considerar que há fundamentos susceptíveis de justificar a anulação, no todo ou em parte, da sentença condenatória, poderá convidar o procurador e o condenado a motivarem a sua posição nos termos das alíneas a) ou b) do n.º 1 do artigo 81.º, após o que poderá pronunciar-se sobre a sentença condenatória nos termos do artigo 83.º

c. O mesmo procedimento será aplicado sempre que o Tribunal, ao conhecer de recurso interposto unicamente da sentença condenatória, considerar haver fundamentos comprovativos de uma redução da pena nos termos da alínea a) do n.º 2.

3. a. Salvo decisão em contrário do juízo de julgamento em 1.ª instância, o condenado permanecerá sob prisão preventiva durante a tramitação do recurso.

b. Se o período de prisão preventiva ultrapassar a duração da pena decretada, o condenado será posto em liberdade; todavia, se o procurador também interpuser recurso, a libertação ficará sujeita às condições enunciadas na alínea c) infra.

c. Em caso de absolvição, o arguido será imediatamente posto em liberdade, sem prejuízo das seguintes condições:

- i. Em circunstâncias excepcionais e tendo em conta, nomeadamente, o risco de fuga, a gravidade da infracção e as probabilidades de o recurso ser julgado procedente, o juízo de julgamento em 1.ª instância poderá, a requerimento do procurador, ordenar que o arguido seja mantido em regime de prisão preventiva durante a tramitação do recurso;
- ii. A decisão proferida pelo juízo de julgamento em 1.ª instância nos termos da subalínea será recorrível de harmonia com o Regulamento Processual.

4. Sem prejuízo do disposto nas alíneas a) e b) do n.º 3, a execução da sentença condenatória ou da pena ficará suspensa pelo período fixado para a interposição do recurso, bem como durante a fase de tramitação do recurso.

Artigo 82.º

Recurso de outras decisões

1. Em conformidade com o Regulamento Processual, qualquer uma das Partes poderá recorrer das seguintes decisões:

- a. Decisão sobre a competência ou sobre a admissibilidade do caso;
- b. Decisão que autorize ou recuse a libertação da pessoa objecto de inquérito ou de procedimento criminal;
- c. Decisão do juízo de instrução de agir por iniciativa própria, nos termos do n.º 3 do artigo 56.º;
- d. Decisão relativa a uma questão susceptível de afectar significativamente a tramitação equitativa e célere do processo ou o resultado do julgamento, e cuja resolução imediata pelo juízo de recursos poderia, no entender do juízo de instrução ou do juízo de julgamento em 1.ª instância, acelerar a marcha do processo.

2. Quer o Estado interessado quer o procurador poderão recorrer da decisão proferida pelo juízo de instrução, mediante autorização deste, nos termos do artigo 57.º, n.º 3, alínea d). Este recurso seguirá uma forma sumária.

3. O recurso só terá efeito suspensivo se o juízo de recursos assim o ordenar, mediante requerimento, em conformidade com o Regulamento Processual.
4. O representante legal das vítimas, o condenado ou o proprietário de boa fé de bens que hajam sido afectados por um despacho proferido ao abrigo do artigo 75.º poderá recorrer de tal despacho, em conformidade com o Regulamento Processual.

Artigo 83.º
Processo sujeito a recurso

1. Para os fins do disposto no artigo 81.º e no presente artigo, o juízo de recursos terá todos os poderes conferidos ao juízo de julgamento em 1.ª instância.
2. Se o juízo de recursos concluir que o processo sujeito a recurso enferma de vícios tais que afectem a regularidade da decisão ou da sentença, ou que a decisão ou a sentença recorridas estão materialmente afectadas por erros de facto ou de direito, ou vício processual, ela poderá:
 - a. Anular ou modificar a decisão ou a pena; ou
 - b. Ordenar um novo julgamento perante um outro juízo de julgamento em 1.ª instância.

Para os fins mencionados, poderá o juízo de recursos reenviar uma questão de facto para o juízo de julgamento em 1.ª instância à qual foi submetida originariamente, a fim de que esta decida a questão e lhe apresente um relatório, ou pedir, ela própria, elementos de prova para decidir. Tendo o recurso da decisão ou da pena sido interposto somente pelo condenado, ou pelo procurador no interesse daquele, não poderão aquelas ser modificadas em prejuízo do condenado.

3. Se, ao conhecer do recurso de uma pena, o juízo de recursos considerar que a pena é desproporcionada relativamente ao crime, poderá modificá-la nos termos do capítulo VII.
4. O acórdão do juízo de recursos será tirado por maioria dos juízes e proferido em audiência pública. O acórdão será sempre fundamentado. Não havendo unanimidade, deverá conter as opiniões da maioria e da minoria de juízes; contudo, qualquer juiz poderá exprimir uma opinião separada ou discordante sobre uma questão de direito.
5. O juízo de recursos poderá emitir o seu acórdão na ausência da pessoa absolvida ou condenada.

Artigo 84.º
Revisão da sentença condenatória ou da pena

1. O condenado ou, se este tiver falecido, o cônjuge sobrevivente, os filhos, os pais ou qualquer pessoa que, em vida do condenado, dele tenha recebido incumbência expressa, por escrito, nesse sentido, ou o procurador no seu interesse, poderá submeter ao juízo de recursos um requerimento solicitando a revisão da sentença condenatória ou da pena pelos seguintes motivos:
 - a. A descoberta de novos elementos de prova:

- i. De que não dispunha aquando do julgamento, sem que essa circunstância pudesse ser imputada, no todo ou em parte, ao requerente; e
 - ii. De tal forma importantes que, se tivessem ficado provados no julgamento, teriam provavelmente conduzido a um veredicto diferente;
- b. A descoberta de que elementos de prova, apreciados no julgamento e decisivos para a determinação da culpa, eram falsos ou tinham sido objecto de contrafacção ou falsificação;
- c. Um ou vários dos juízes que intervieram na sentença condenatória ou confirmaram a acusação hajam praticado actos de conduta reprovável ou de incumprimento dos respectivos deveres de tal forma graves que justifiquem a sua cessação de funções nos termos do artigo 46.º
3. O juízo de recursos rejeitará o pedido se o considerar manifestamente infundado. Caso contrário, poderá o juízo, se julgar oportuno:
- a. Convocar de novo o juízo de julgamento em 1.ª instância que proferiu a sentença inicial;
 - b. Constituir um novo juízo de julgamento em 1.ª instância; ou
 - c. Manter a sua competência para conhecer da causa;
- a fim de determinar se, após a audição das partes nos termos do Regulamento Processual, haverá lugar à revisão da sentença.

Artigo 85.º

Indemnização do detido ou condenado

1. Quem tiver sido objecto de detenção ou prisão ilegais terá direito a reparação.
2. Sempre que uma decisão final seja posteriormente anulada em razão de factos novos ou recentemente descobertos que apontem inequivocamente para um erro judiciário, a pessoa que tiver cumprido pena em resultado de tal sentença condenatória será indemnizada, em conformidade com a lei, a menos que fique provado que a não revelação, em tempo útil, do facto desconhecido lhe seja imputável, no todo ou em parte.
3. Em circunstâncias excepcionais e em face de factos que conclusivamente demonstrem a existência de erro judiciário grave e manifesto, o Tribunal poderá, no uso do seu poder discricionário, atribuir uma indemnização, de acordo com os critérios enunciados no Regulamento Processual, à pessoa que, em virtude de sentença absolutória ou de extinção da instância por tal motivo, haja sido posta em liberdade.

CAPÍTULO IX

Cooperação internacional e auxílio judiciário

Artigo 86.º

Obrigação geral de cooperar

Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste.

Artigo 87.º

Pedidos de coopera o: disposi es gerais

1. a. O Tribunal está habilitado a dirigir pedidos de coopera o aos Estados Partes. Estes pedidos serão transmitidos pela via diplomática ou por qualquer outra via apropriada escolhida pelo Estado Parte no momento da ratifica o, aceita o, aprova o ou adesão ao presente Estatuto.

Qualquer Estado Parte poderá alterar posteriormente a escolha feita nos termos do Regulamento Processual.

b. Se for caso disso, e sem prejuízo do disposto na alínea a), os pedidos poderão ser igualmente transmitidos pela Organiza o Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL) ou por qualquer organiza o regional competente.

2. Os pedidos de coopera o e os documentos comprovativos que os instruem serão redigidos na língua oficial do Estado requerido ou acompanhados de uma tradu o nessa língua, ou numa das línguas de trabalho do Tribunal ou acompanhados de uma tradu o numa dessas línguas, de acordo com a escolha feita pelo Estado requerido no momento da ratifica o, aceita o, aprova o ou adesão ao presente Estatuto. Qualquer altera o posterior será feita de harmonia com o Regulamento Processual.

3. O Estado requerido manterá a confidencialidade dos pedidos de coopera o e dos documentos comprovativos que os instruem, salvo quando a sua revela o for necessária para a execu o do pedido.

4. Relativamente aos pedidos de auxílio formulados ao abrigo do presente capítulo, o Tribunal poderá, nomeadamente em matéria de protec o da informa o, tomar as medidas necessárias   garantia da segurança e do bem-estar físico ou psicológico das vítimas, das potenciais testemunhas e dos seus familiares. O Tribunal poderá solicitar que as informa es fornecidas ao abrigo do presente capítulo sejam comunicadas e tratadas por forma que a segurança e o bem-estar físico ou psicológico das vítimas, das potenciais testemunhas e dos seus familiares sejam devidamente preservados.

5. O Tribunal poderá convidar qualquer Estado que não seja Parte no presente Estatuto a prestar auxílio ao abrigo do presente capítulo com base num conv nio *ad*

hoc, num acordo celebrado com esse Estado ou por qualquer outro modo apropriado. Se, após a celebração de um convénio *ad hoc* ou de um acordo com o Tribunal, um Estado que não seja Parte no presente Estatuto se recusar a cooperar nos termos de tal convénio ou acordo, o Tribunal dará conhecimento desse facto à Assembleia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a submeter o facto ao Tribunal.

6. O Tribunal poderá solicitar informações ou documentos a qualquer organização intergovernamental. Poderá igualmente requerer outras formas de cooperação e auxílio a serem acordadas com tal organização e que estejam em conformidade com a sua competência ou o seu mandato.

7. Se, contrariamente ao disposto no presente Estatuto, um Estado Parte recusar um pedido de cooperação formulado pelo Tribunal, impedindo-o assim de exercer os seus poderes e funções nos termos do presente Estatuto, o Tribunal poderá elaborar um relatório e submeter a questão à Assembleia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a submeter o facto ao Tribunal.

Artigo 88.º

Procedimentos previstos no direito interno

Os Estados Partes deverão assegurar-se de que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação especificadas neste capítulo.

Artigo 89.º

Entrega de pessoas ao Tribunal

1. O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91.º, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Os Estados Partes darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos.

2. Sempre que a pessoa cuja entrega é solicitada impugnar a sua entrega perante um tribunal nacional com base no princípio *ne bis in idem* previsto no artigo 20.º, o Estado requerido consultará, de imediato, o Tribunal para determinar se houve uma decisão relevante sobre a admissibilidade. Se o caso for considerado admissível, o Estado requerido dará seguimento ao pedido. Se estiver pendente decisão sobre a admissibilidade, o Estado requerido poderá diferir a execução do pedido até que o Tribunal se pronuncie.

3. a. Os Estados Partes autorizarão, de acordo com os procedimentos previstos na respectiva legislação nacional, o trânsito, pelo seu território, de uma pessoa entregue ao Tribunal por um outro Estado, salvo quando o trânsito por esse Estado impedir ou retardar a entrega.

b. Um pedido de trânsito formulado pelo Tribunal será transmitido em conformidade com o artigo 87.º Do pedido de trânsito constarão:

- i. A identificação da pessoa transportada;
 - ii. Um resumo dos factos e da respectiva qualificação jurídica;
 - iii. O mandado de detenção e entrega.
- c. A pessoa transportada será mantida sob custódia no decurso do trânsito.
- d. Nenhuma autorização será necessária se a pessoa for transportada por via aérea e não esteja prevista qualquer aterragem no território do Estado de trânsito.
3. Se ocorrer uma aterragem imprevista no território do Estado de trânsito, poderá este exigir ao Tribunal a apresentação de um pedido de trânsito nos termos previstos na alínea b). O Estado de trânsito manterá a pessoa sob detenção até à recepção do pedido de trânsito e à efectivação do trânsito. Todavia, a detenção ao abrigo da presente alínea não poderá prolongar-se para além das noventa e seis horas subsequentes à aterragem imprevista, se o pedido não for recebido dentro desse prazo.
4. Se a pessoa reclamada for objecto de procedimento criminal ou estiver a cumprir uma pena no Estado requerido por crime diverso do que motivou o pedido de entrega ao Tribunal, este Estado consultará o Tribunal após ter decidido anuir ao pedido.

Artigo 90.º

Pedidos concorrentes

1. Um Estado Parte que, nos termos do artigo 89.º, receba um pedido de entrega de uma pessoa formulado pelo Tribunal e receba igualmente, de qualquer outro Estado, um pedido de extradição relativo à mesma pessoa, pelos mesmos factos que motivaram o pedido de entrega por parte do Tribunal, deverá notificar o Tribunal e o Estado requerente de tal facto.
2. Se o Estado requerente for um Estado Parte, o Estado requerido dará prioridade ao pedido do Tribunal:
 - a. Se o Tribunal tiver decidido, nos termos dos artigos 18.º ou 19.º, da admissibilidade do caso a que respeita o pedido de entrega, e tal determinação tiver tido em conta o inquérito ou o procedimento criminal conduzido pelo Estado requerente relativamente ao pedido de extradição por este formulado; ou
 - b. Se o Tribunal tiver tomado a decisão referida na alínea a) em conformidade com a notificação feita pelo Estado requerido, em aplicação do n.º 1.
3. Se o Tribunal não tiver tomado uma decisão nos termos da alínea a) do n.º 2, o Estado requerido poderá, se assim o entender, estando pendente a determinação do Tribunal nos termos da alínea b) do n.º 2, dar seguimento ao pedido de extradição formulado pelo Estado requerente sem, contudo, extraditar a pessoa até que o Tribunal decida sobre a admissibilidade do caso. A decisão do Tribunal seguirá a forma sumária.
4. Se o Estado requerente não for Parte no presente Estatuto, o Estado requerido, desde que não esteja obrigado por uma norma internacional a extraditar o interessado para o

Estado requerente, dará prioridade ao pedido de entrega formulado pelo Tribunal, no caso de este se ter decidido pela admissibilidade do caso.

5. Quando um caso previsto no n.º 4 não tiver sido declarado admissível pelo Tribunal, o Estado requerido poderá, se assim o entender, dar seguimento ao pedido de extradição formulado pelo Estado requerente.

6. Relativamente aos casos em que o disposto no n.º 4 seja aplicável, mas o Estado requerido se veja obrigado, por força de uma norma internacional, a extraditar a pessoa para o Estado requerente que não seja Parte no presente Estatuto, o Estado requerido decidirá se procede à entrega da pessoa em causa ao Tribunal ou se a extradita para o Estado requerente. Na sua decisão, o Estado requerido terá em conta todos os factores relevantes, incluindo, entre outros:

- a. A ordem cronológica dos pedidos;
- b. Os interesses do Estado requerente, incluindo, se relevante, se o crime foi cometido no seu território, bem como a nacionalidade das vítimas e da pessoa reclamada; e
- c. A possibilidade de o Estado requerente vir a proceder posteriormente à entrega da pessoa ao Tribunal.

7. Se um Estado Parte receber um pedido de entrega de uma pessoa formulado pelo Tribunal e um pedido de extradição formulado por um outro Estado Parte relativamente à mesma pessoa por factos diferentes dos que constituem o crime objecto do pedido de entrega:

- a. O Estado requerido dará prioridade ao pedido do Tribunal, se não estiver obrigado por uma norma internacional a extraditar a pessoa para o Estado requerente;
- b. O Estado requerido terá de decidir se entrega a pessoa ao Tribunal ou a extradita para o Estado requerente, se estiver obrigado por uma norma internacional a extraditar a pessoa para o Estado requerente. Na sua decisão, o Estado requerido considerará todos os factores relevantes, incluindo, entre outros, os constantes do n.º 6 do presente artigo; todavia, deverá dar especial atenção à natureza e à gravidade dos factos em causa.

8. Se, em conformidade com a notificação prevista no presente artigo, o Tribunal se tiver pronunciado pela inadmissibilidade do caso e, posteriormente, a extradição para o Estado requerente for recusada, o Estado requerido notificará o Tribunal dessa decisão.

Artigo 91.º

Conteúdo do pedido de detenção e de entrega

1. O pedido de detenção e de entrega será formulado por escrito. Em caso de urgência, o pedido poderá ser feito através de qualquer outro meio de que fique registo escrito, devendo, no entanto, ser confirmado através dos canais previstos na alínea a) do n.º 1 do artigo 87.º

2. O pedido de detenção e entrega de uma pessoa relativamente à qual o juízo de instrução tiver emitido um mandado de detenção, ao abrigo do artigo 58.º, deverá conter ou ser acompanhado dos seguintes documentos:

- a. Uma descrição da pessoa procurada, contendo informação suficiente que permita a sua identificação, bem como informação sobre a sua provável localização;
- b. Uma cópia do mandado de detenção; e
- c. Os documentos, declarações e informações necessários para satisfazer os requisitos do processo de entrega pelo Estado requerido; contudo, tais requisitos não deverão ser mais rigorosos do que os que devem ser observados em caso de um pedido de extradição em conformidade com tratados ou convénios celebrados entre o Estado requerido e outros Estados, devendo, se possível, ser menos rigorosos face à natureza particular de que se reveste o Tribunal.

3. Se o pedido respeitar à detenção e à entrega de uma pessoa já condenada, deverá conter ou ser acompanhado dos seguintes documentos:

- a. Uma cópia do mandado de detenção dessa pessoa;
 - b. Uma cópia da sentença condenatória;
 - c. Elementos que demonstrem que a pessoa procurada é a mesma a que se refere a sentença condenatória; e
 - d. Se a pessoa procurada já tiver sido condenada, uma cópia da sentença e, em caso de pena de prisão, a indicação do período que já tiver cumprido, bem como o período que ainda lhe falte cumprir.
4. Mediante requerimento do Tribunal, um Estado Parte manterá, no que respeita a questões genéricas ou a uma questão específica, consultas com o Tribunal sobre quaisquer requisitos previstos no seu direito interno que possam ser aplicados nos termos da alínea c) do n.º 2. No decurso de tais consultas, o Estado Parte informará o Tribunal dos requisitos específicos constantes do seu direito interno.

Artigo 92.º **Prisão preventiva**

1. Em caso de urgência, o Tribunal pode solicitar a prisão preventiva da pessoa procurada até à apresentação do pedido de entrega e dos documentos de apoio referidos no artigo 91.º

2. O pedido de prisão preventiva será transmitido por qualquer meio de que fique registo escrito e conterá:

- a. Uma descrição da pessoa procurada, contendo informação suficiente que permita a sua identificação, bem como informação sobre a sua provável localização;

- b. Uma exposição sucinta dos crimes pelos quais a pessoa é procurada, bem como dos factos alegadamente constitutivos de tais crimes, incluindo, se possível, a data e o local da sua prática;
 - c. Uma declaração que certifique a existência de um mandado de detenção ou de uma decisão condenatória contra a pessoa procurada; e
 - d. Uma declaração de que o pedido de entrega relativo à pessoa procurada será enviado posteriormente.
3. Qualquer pessoa mantida sob prisão preventiva poderá ser posta em liberdade se o Estado requerido não tiver recebido, em conformidade com o artigo 91.º, o pedido de entrega e os respectivos documentos no prazo fixado pelo Regulamento Processual. Todavia, essa pessoa poderá consentir na sua entrega antes do termo do período se a legislação do Estado requerido o permitir. Nesse caso, o Estado requerido procede à entrega da pessoa reclamada ao Tribunal, o mais rapidamente possível.
4. O facto de a pessoa reclamada ter sido posta em liberdade em conformidade com o n.º 3 não obstará a que seja de novo detida e entregue se o pedido de entrega e os documentos de apoio vierem a ser apresentados posteriormente.

Artigo 93.º

Outras formas de cooperação

1. Em conformidade com o disposto no presente capítulo e nos termos dos procedimentos previstos nos respectivos direitos internos, os Estados Partes darão seguimento aos pedidos formulados pelo Tribunal para concessão de auxílio, no âmbito de inquéritos ou procedimentos criminais, no que se refere a:
- a. Identificar uma pessoa e o local onde se encontra, ou localizar objectos;
 - b. Reunir elementos de prova, incluindo os depoimentos prestados sob juramento, bem como produzir elementos de prova, incluindo perícias e relatórios de que o Tribunal necessita;
 - c. Interrogar qualquer pessoa que seja objecto de inquérito ou de procedimento criminal;
 - d. Notificar documentos, nomeadamente documentos judiciais;
 - e. Facilitar a comparência voluntária perante o Tribunal de pessoas que deponham na qualidade de testemunhas ou de peritos;
 - f. Proceder à transferência temporária de pessoas, em conformidade com o n.º 7;
 - g. Realizar inspecções a locais ou sítios, nomeadamente a exumação e o exame de cadáveres enterrados em fossas comuns;
 - h. Realizar buscas e apreensões;
 - i. Transmitir registos e documentos, nomeadamente registos e documentos oficiais;

- j. Proteger vítimas e testemunhas, bem como preservar elementos de prova;
- k. Identificar, localizar e congelar ou apreender o produto de crimes, bens, haveres e instrumentos ligados aos crimes, com vista à sua eventual declaração de perda, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé; e
- l. Prestar qualquer outra forma de auxílio não proibida pela legislação do Estado requerido, destinada a facilitar o inquérito e o procedimento por crimes da competência do Tribunal.
 - 2. O Tribunal tem poderes para garantir à testemunha ou ao perito que perante ele compareça de que não serão perseguidos, detidos ou sujeitos a qualquer outra restrição da sua liberdade pessoal, por facto ou omissão anteriores à sua saída do território do Estado requerido.
 - 3. Se a execução de uma determinada medida de auxílio constante de um pedido apresentado ao abrigo do n.º 1 não for permitida no Estado requerido em virtude de um princípio jurídico fundamental de aplicação geral, o Estado em causa iniciará sem demora consultas com o Tribunal com vista à solução dessa questão. No decurso das consultas, serão consideradas outras formas de auxílio, bem como as condições da sua realização. Se, concluídas as consultas, a questão não estiver resolvida, o Tribunal alterará o conteúdo do pedido conforme se mostrar necessário.
 - 4. Nos termos do disposto no artigo 72.º, um Estado Parte só poderá recusar, no todo ou em parte, um pedido de auxílio formulado pelo Tribunal se tal pedido se reportar unicamente à produção de documentos ou à divulgação de elementos de prova que atentem contra a sua segurança nacional.
 - 5. Antes de denegar o pedido de auxílio previsto na alínea l) do n.º 1, o Estado requerido considerará se o auxílio poderá ser concedido sob determinadas condições ou se poderá sê-lo em data ulterior ou sob uma outra forma, com a ressalva de que, se o Tribunal ou o procurador aceitarem tais condições, deverão observá-las.
 - 6. O Estado requerido que recusar um pedido de auxílio comunicará, sem demora, os motivos ao Tribunal ou ao procurador.
 - 7. a. O Tribunal poderá pedir a transferência temporária de uma pessoa detida para fins de identificação ou para obter um depoimento ou outra forma de auxílio. A transferência realizar-se-á sempre que:
 - i. A pessoa der o seu consentimento, livremente e com conhecimento de causa; e
 - ii. O Estado requerido concordar com a transferência, sem prejuízo das condições que esse Estado e o Tribunal possam acordar.
 - b. A pessoa transferida permanecerá detida. Esgotado o fim que determinou a transferência, o Tribunal reenviá-la-á imediatamente para o Estado requerido.
 - 8. a. O Tribunal garantirá a confidencialidade dos documentos e das informações recolhidas, excepto se necessários para o inquérito e os procedimentos descritos no pedido.

b. O Estado requerido poderá, se necessário, comunicar os documentos ou as informações ao procurador a título confidencial. O procurador só poderá utilizá-los para recolher novos elementos de prova.

c. O Estado requerido poderá, oficiosamente ou a pedido do procurador, autorizar a divulgação posterior de tais documentos ou informações, os quais poderão ser utilizados como meios de prova, nos termos do disposto nos capítulos V e VI e no Regulamento Processual.

9. a.:

- i. Se um Estado Parte receber pedidos concorrentes formulados pelo Tribunal e por um outro Estado, no âmbito de uma obrigação internacional, e cujo objecto não seja nem a entrega nem a extradição, esforçar-se-á, mediante consultas com o Tribunal e esse outro Estado, por dar satisfação a ambos os pedidos, adiando ou estabelecendo determinadas condições a um ou outro pedido, se necessário;
- ii. A não ser possível, os pedidos concorrentes observarão os princípios fixados no artigo 90.º

b. Todavia, sempre que o pedido formulado pelo Tribunal respeitar a informações, bens ou pessoas que estejam sob o controlo de um Estado terceiro ou de uma organização internacional ao abrigo de um acordo internacional, os Estados requeridos informarão o Tribunal em conformidade, e este dirigirá o seu pedido ao Estado terceiro ou à organização internacional.

10. a. Mediante pedido, o Tribunal cooperará com um Estado Parte e prestar-lhe-á auxílio na condução de um inquérito ou julgamento relacionado com factos que constituam um crime da jurisdição do Tribunal ou que constituam um crime grave à luz do direito interno do Estado requerente.

b.:

i. O auxílio previsto na alínea a) deve compreender, a saber:

1. A transmissão de depoimentos, documentos e outros elementos de prova recolhidos no decurso do inquérito ou do julgamento conduzidos pelo Tribunal;
2. O interrogatório de qualquer pessoa detida por ordem do Tribunal;

ii. No caso previsto na alínea b), i), 1):

1. A transmissão dos documentos e de outros elementos de prova obtidos com o auxílio de um Estado necessita do consentimento desse Estado;
2. A transmissão de depoimentos, documentos e outros elementos de prova fornecidos, quer por uma testemunha quer por um perito, será feita em conformidade com o disposto no artigo 68.º

c. O Tribunal poderá, em conformidade com as condições enunciadas neste número, deferir um pedido de auxílio formulado por um Estado que não seja parte no presente Estatuto.

Artigo 94.º

Suspensão da execução de um pedido relativamente a inquérito ou a procedimento criminal em curso

1. Se a execução imediata de um pedido prejudicar o desenrolar de um inquérito ou de um procedimento criminal relativos a um caso diferente daquele a que se reporta o pedido, o Estado requerido pode suspender a execução do pedido por tempo determinado, acordado com o Tribunal. Contudo, a suspensão não deve prolongar-se além do necessário para que o inquérito ou o procedimento criminal em causa sejam efectuados no Estado requerido. Este, antes de decidir suspender a execução do pedido, verifica se o auxílio não poderá ser concedido de imediato sob determinadas condições.
2. Se for decidida a suspensão de execução do pedido em conformidade com o n.º 1, o procurador poderá, no entanto, solicitar que sejam adoptadas medidas para preservar os elementos de prova, nos termos da alínea j) do n.º 1 do artigo 93.º

Artigo 95.º

Suspensão da execução de um pedido por impugnação de admissibilidade

Se o Tribunal estiver a apreciar uma impugnação de admissibilidade, de acordo com o artigo 18.º ou 19.º, o Estado requerido poderá suspender a execução de um pedido formulado ao abrigo do presente capítulo enquanto aguarda que o Tribunal se pronuncie, a menos que o Tribunal tenha especificamente ordenado que o procurador continue a reunir elementos de prova, nos termos do artigo 18.º ou 19.º

Artigo 96.º

Conteúdo do pedido sob outras formas de cooperação previstas no artigo 93.º

1. Todo o pedido relativo a outras formas de cooperação previstas no artigo 93.º será formulado por escrito. Em caso de urgência, o pedido poderá ser feito por qualquer meio que permita manter um registo escrito, desde que seja confirmado através dos canais indicados na alínea a) do n.º 1 do artigo 87.º
2. O pedido deverá conter, ou ser instruído com, os seguintes documentos:
 - a. Um resumo do objecto do pedido, bem como da natureza do auxílio solicitado, incluindo os fundamentos jurídicos e os motivos do pedido;
 - b. Informações tão completas quanto possível sobre a pessoa ou o lugar a identificar ou a localizar, por forma a que o auxílio solicitado possa ser prestado;
 - c. Uma exposição sucinta dos factos essenciais que fundamentam o pedido;

- d. A exposição dos motivos e a explicação pormenorizada dos procedimentos ou das condições a respeitar;
 - e. Toda a informação que o Estado requerido possa exigir de acordo com o seu direito interno para dar seguimento ao pedido; e
 - f. Toda a informação útil para que o auxílio possa ser concedido.
3. A requerimento do Tribunal, um Estado Parte manterá, no que respeita a questões genéricas ou a uma questão específica, consultas com o Tribunal sobre as disposições aplicáveis do seu direito interno, susceptíveis de serem aplicadas em conformidade com a alínea e) do n.º 2. No decurso de tais consultas, o Estado Parte informará o Tribunal das disposições específicas constantes do seu direito interno.
4. O presente artigo aplicar-se-á, se for caso disso, a qualquer pedido de auxílio dirigido ao Tribunal.

Artigo 97.º **Consultas**

Sempre que, ao abrigo do presente capítulo, um Estado Parte receba um pedido e constate que este suscita dificuldades que possam obviar à sua execução ou impedi-la, o Estado em causa iniciará, sem demora, as consultas com o Tribunal com vista à solução desta questão. Tais dificuldades podem revestir as seguintes formas:

- a. Informações insuficientes para dar seguimento ao pedido;
- b. No caso de um pedido de entrega, o paradeiro da pessoa reclamada continuar desconhecido a despeito de todos os esforços ou a investigação realizada permitiu determinar que a pessoa que se encontra no Estado requerido não é manifestamente a pessoa identificada no mandado; ou
- c. O Estado requerido ver-se-ia compelido, para cumprimento do pedido na sua forma actual, a violar uma obrigação constante de um tratado anteriormente celebrado com outro Estado.

Artigo 98.º **Cooperação relativa à renúncia, à imunidade e ao consentimento na entrega**

1. O Tribunal não pode dar seguimento a um pedido de entrega ou de auxílio por força do qual o Estado requerido devesse actuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de pessoa ou de bens de um Estado terceiro, a menos que obtenha previamente a cooperação desse Estado terceiro com vista ao levantamento da imunidade.

2. O Tribunal não pode dar seguimento à execução de um pedido de entrega por força do qual o Estado requerido devesse actuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem em virtude de acordos internacionais à luz dos quais o consentimento do Estado de envio é necessário para que uma pessoa pertencente a esse Estado seja entregue ao Tribunal, a menos que o Tribunal consiga, previamente, obter a cooperação do Estado de envio para consentir na entrega.

Artigo 99.º

Execução dos pedidos apresentados ao abrigo dos artigos 93.º e 96.º

1. Os pedidos de auxílio serão executados de harmonia com os procedimentos previstos na legislação interna do Estado requerido e, a menos que o seu direito interno o proíba, na forma especificada no pedido, aplicando qualquer procedimento nele indicado ou autorizando as pessoas nele indicadas a estarem presentes e a participarem na execução do pedido.

2. Em caso de pedido urgente, os documentos e os elementos de prova produzidos na resposta serão, a requerimento do Tribunal, enviados com urgência.

3. As respostas do Estado requerido serão transmitidas na sua língua e forma originais.

4. Sem prejuízo dos demais artigos do presente capítulo, sempre que for necessário para a execução com sucesso de um pedido, e não haja que recorrer a medidas coercivas, nomeadamente quando se trate de ouvir ou levar uma pessoa a depor de sua livre vontade, mesmo sem a presença das autoridades do Estado Parte requerido se tal for determinante para a execução do pedido, ou quando se trate de examinar, sem proceder a alterações, um sítio público ou um outro local público, o procurador poderá dar cumprimento ao pedido directamente no território de um Estado, de acordo com as seguintes modalidades:

a. Quando o Estado requerido for o Estado em cujo território haja indícios de ter sido cometido o crime e existir uma decisão sobre a admissibilidade tal como previsto nos artigos 18.º ou 19.º, o procurador poderá executar directamente o pedido, depois de ter levado a cabo consultas tão amplas quanto possível com o Estado requerido;

b. Em outros casos, o procurador poderá executar o pedido após consultas com o Estado Parte requerido e tendo em conta as condições ou as preocupações razoáveis que esse Estado tenha eventualmente argumentado. Sempre que o Estado requerido verificar que a execução de um pedido nos termos da presente alínea suscita dificuldades, consultará de imediato o Tribunal para resolver a questão.

5. As disposições que autorizam a pessoa ouvida ou interrogada pelo Tribunal ao abrigo do artigo 72.º a invocar as restrições previstas para impedir a divulgação de informações confidenciais relacionadas com a segurança nacional aplicar-se-ão de igual modo à execução dos pedidos de auxílio referidos no presente artigo.

Artigo 100.º

Despesas

1. As despesas ordinárias decorrentes da execução dos pedidos no território do Estado requerido serão por este suportadas, com excepção das seguintes, que correrão a cargo do Tribunal:
 - a. As despesas relacionadas com as viagens e a protecção das testemunhas e dos peritos ou com a transferência de detidos ao abrigo do artigo 93.º;
 - b. As despesas de tradução, de interpretação e de transcrição;
 - c. As despesas de deslocação e de estada dos juizes, do procurador, dos procuradores-adjuntos, do secretário, do secretário-adjunto e dos membros do pessoal de todos os órgãos do Tribunal;
 - d. Os custos das perícias ou dos relatórios periciais solicitados pelo Tribunal;
 - e. As despesas decorrentes do transporte das pessoas entregues ao Tribunal pelo Estado de detenção; e
 - f. Após consulta, quaisquer despesas extraordinárias decorrentes da execução de um pedido.
2. O disposto no n.º 1 aplicar-se-á, sempre que necessário, aos pedidos dirigidos pelos Estados Partes ao Tribunal. Neste caso, o Tribunal tomará a seu cargo as despesas ordinárias decorrentes da execução.

Artigo 101.º

Regra da especialidade

1. Nenhuma pessoa entregue ao Tribunal nos termos do presente Estatuto poderá ser perseguida, condenada ou detida por condutas anteriores à sua entrega, salvo quando estas constituam crimes que tenham fundamentado a sua entrega.
2. O Tribunal poderá solicitar uma derrogação dos requisitos estabelecidos no n.º 1 ao Estado que lhe tenha entregue uma pessoa e, se necessário, facultar-lhe-á, em conformidade com o artigo 91.º, informações complementares. Os Estados Partes estarão habilitados a conceder uma derrogação ao Tribunal e deverão envidar esforços nesse sentido.

Artigo 102.º

Termos usados

Para os fins do presente Estatuto:

- a. Por «entrega» entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, nos termos do presente Estatuto;
- b. Por «extradição» entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado, conforme previsto num tratado, numa convenção ou no direito interno.

CAPÍTULO X

Execução da pena

Artigo 103.º

Função dos Estados na execução das penas privativas de liberdade

1. a. As penas privativas de liberdade serão cumpridas num Estado indicado pelo Tribunal, a partir de uma lista de Estados que lhe tenham manifestado a sua disponibilidade para receber pessoas condenadas.
- b. Ao declarar a sua disponibilidade para receber pessoas condenadas, um Estado poderá formular condições acordadas com o Tribunal e em conformidade com o presente capítulo.
- c. O Estado indicado no âmbito de um determinado caso dará prontamente a conhecer se aceita ou não a indicação do Tribunal.
2. a. O Estado da execução informará o Tribunal de qualquer circunstância, incluindo o cumprimento de quaisquer condições acordadas nos termos do n.º 1, que possam afectar materialmente as condições ou a duração da detenção. O Tribunal será informado com, pelo menos, 45 dias de antecedência sobre qualquer circunstância dessa natureza, conhecida ou previsível. Durante este período, o Estado da execução não tomará qualquer medida que possa ser contrária às suas obrigações ao abrigo do artigo 110.º
- b. Se o Tribunal não puder aceitar as circunstâncias referidas na alínea a), deverá informar o Estado da execução e proceder de harmonia com o n.º 1 do artigo 104.º
3. Sempre que exercer o seu poder de indicação em conformidade com o n.º 1, o Tribunal tomará em consideração:
 - a. O princípio segundo o qual os Estados Partes devem partilhar da responsabilidade na execução das penas privativas de liberdade, em conformidade com os princípios de distribuição equitativa estabelecidos no Regulamento Processual;
 - b. A aplicação de normas convencionais do direito internacional amplamente aceites que regulam o tratamento dos reclusos;
 - c. A opinião da pessoa condenada;
 - d. A nacionalidade da pessoa condenada;
 - e. Outros factores relativos às circunstâncias do crime, às condições pessoais da pessoa condenada ou à execução efectiva da pena, apropriados com vista à designação do Estado da execução.
4. Se nenhum Estado for designado nos termos do n.º 1, a pena privativa de liberdade será cumprida num estabelecimento prisional designado pelo Estado anfitrião, em conformidade com as condições estipuladas no acordo que determinou o local da sede previsto no n.º 2 do artigo 3.º Neste caso, as despesas relacionadas com a execução da pena ficarão a cargo do Tribunal.

Artigo 104.º

Alteração da indicação do Estado da execução

1. O Tribunal poderá, a todo o momento, decidir transferir um condenado para uma prisão de um outro Estado.
2. A pessoa condenada pelo Tribunal poderá, a todo o momento, solicitar-lhe que a transfira do Estado encarregado da execução.

Artigo 105.º

Execução da pena

1. Sem prejuízo das condições que um Estado haja estabelecido nos termos do artigo 103.º, n.º 1, alínea b), a pena privativa de liberdade é vinculativa para os Estados Partes, não podendo estes modificá-la em caso algum.
2. Será da exclusiva competência do Tribunal pronunciar-se sobre qualquer pedido de revisão ou recurso. O Estado da execução não obstará a que o condenado apresente um tal pedido.

Artigo 106.º

Controlo da execução da pena e das condições de detenção

1. A execução de uma pena privativa de liberdade será submetida ao controlo do Tribunal e observará as normas convencionais internacionais amplamente aceites em matéria de tratamento dos reclusos.
2. As condições de detenção serão reguladas pela legislação do Estado da execução e observarão as normas convencionais internacionais amplamente aceites em matéria de tratamento dos reclusos; em caso algum devem ser menos ou mais favoráveis do que as aplicáveis aos reclusos condenados no Estado da execução por infracções análogas.
3. As comunicações entre o condenado e o Tribunal serão livres e terão carácter confidencial.

Artigo 107.º

Transferência do condenado depois de cumprida a pena

1. Cumprida a pena, a pessoa que não seja nacional do Estado da execução poderá, de acordo com a legislação desse mesmo Estado, ser transferida para um outro Estado obrigado a aceitá-la ou ainda para um outro Estado que aceite acolhê-la, tendo em conta a vontade expressa pela pessoa em ser transferida para esse Estado, a menos que o Estado da execução autorize essa pessoa a permanecer no seu território.
2. As despesas relativas à transferência do condenado para um outro Estado nos termos do n.º 1 serão suportadas pelo Tribunal se nenhum Estado as tomar a seu cargo.

3. Sem prejuízo do disposto no artigo 108.º, o Estado da execução poderá igualmente, de harmonia com o seu direito interno, extraditar ou entregar por qualquer outro modo a pessoa a um Estado que tenha solicitado a sua extradição ou a sua entrega para fins de julgamento ou de cumprimento de uma pena.

Artigo 108.º

Restrições ao procedimento criminal ou à condenação por outras infracções

1. A pessoa condenada que esteja detida no Estado da execução não poderá ser objecto de procedimento criminal, condenação ou extradição para um Estado terceiro em virtude de uma conduta anterior à sua transferência para o Estado da execução, a menos que o Tribunal tenha dado a sua aprovação a tal procedimento, condenação ou extradição, a pedido do Estado da execução.
2. Ouvido o condenado, o Tribunal pronunciar-se-á sobre a questão.
3. O n.º 1 deixará de ser aplicável se o condenado permanecer voluntariamente no território do Estado da execução por um período superior a 30 dias após o cumprimento integral da pena proferida pelo Tribunal, ou se regressar ao território desse Estado após dele ter saído.

Artigo 109.º

Execução das penas de multa e das medidas de perda

1. Os Estados Partes aplicarão as penas de multa, bem como as medidas de perda ordenadas pelo Tribunal ao abrigo do capítulo VII, sem prejuízo dos direitos de terceiros agindo de boa fé e em conformidade com os procedimentos previstos no respectivo direito interno.
2. Sempre que um Estado Parte não possa tornar efectiva a declaração de perda, deverá tomar medidas para recuperar o valor do produto, dos bens ou dos haveres cuja perda tenha sido declarada pelo Tribunal, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé.
3. Os bens, ou o produto da venda de bens imóveis ou, se for caso disso, da venda de outros bens obtidos por um Estado Parte por força da execução de uma decisão do Tribunal serão transferidos para o Tribunal.

Artigo 110.º

Reexame pelo Tribunal da questão de redução de pena

1. O Estado da execução não poderá libertar o recluso antes de cumprida a totalidade da pena proferida pelo Tribunal.
2. Somente o Tribunal terá a faculdade de decidir sobre qualquer redução da pena e, ouvido o condenado, pronunciar-se-á a tal respeito.

3. Quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de prisão em caso de pena de prisão perpétua, o Tribunal reexaminará a pena para determinar se haverá lugar à sua redução. Tal reexame só será efectuado transcorrido o período acima referido.
4. Aquando do reexame a que se refere o n.º 3, o Tribunal poderá reduzir a pena se constatar que se verificam uma ou várias das condições seguintes:
 - a. A pessoa tiver manifestado, desde o início e de forma contínua, a sua vontade em cooperar com o Tribunal no inquérito e no procedimento;
 - b. A pessoa tiver, voluntariamente, facilitado a execução das decisões e despachos do Tribunal em outros casos, nomeadamente ajudando-o a localizar bens sobre os quais recaiam decisões de perda, de multa ou de reparação que poderão ser usados em benefício das vítimas; ou
 - c. Outros factores que conduzam a uma clara e significativa alteração das circunstâncias, suficiente para justificar a redução da pena, conforme previsto no Regulamento Processual.
5. Se, aquando do reexame inicial a que se refere o n.º 3, o Tribunal considerar não haver motivo para redução da pena, ele reexaminará subsequentemente a questão da redução da pena com a periodicidade e nos termos previstos no Regulamento Processual.

Artigo 111.º

Evasão

Se um condenado se evadir do seu local de detenção e fugir do território do Estado da execução, este poderá, depois de ter consultado o Tribunal, pedir ao Estado no qual se encontra localizado o condenado que lho entregue em conformidade com os acordos bilaterais ou multilaterais em vigor, ou requerer ao Tribunal que solicite a entrega dessa pessoa ao abrigo do capítulo IX. O Tribunal poderá, ao solicitar a entrega da pessoa, determinar que esta seja entregue ao Estado no qual se encontrava a cumprir a sua pena, ou a outro Estado por ele indicado.

CAPÍTULO XI

Assembleia dos Estados Partes

Artigo 112.º

Assembleia dos Estados Partes

1. É constituída, pelo presente instrumento, uma Assembleia dos Estados Partes. Cada um dos Estados Partes nela disporá de um representante, que poderá ser coadjuvado por substitutos e assessores. Outros Estados signatários do presente Estatuto ou da Acta Final poderão participar nos trabalhos da Assembleia na qualidade de observadores.
2. A Assembleia:

- a. Examinará e adoptará, se adequado, as recomendações da comissão preparatória;
 - b. Transmitirá à Presidência, ao procurador e ao secretário as linhas orientadoras gerais no que toca à administração do Tribunal;
 - c. Examinará os relatórios e as actividades do Bureau estabelecido nos termos do n.º 3 e tomará as medidas apropriadas;
 - d. Examinará e aprovará o orçamento do Tribunal;
 - e. Decidirá, se for caso disso, alterar o número de juízes nos termos do artigo 36.º;
 - f. Examinará, de harmonia com os n.os 5 e 7 do artigo 87.º, qualquer questão relativa à não cooperação dos Estados;
 - g. Desempenhará qualquer outra função compatível com as disposições do presente Estatuto ou do Regulamento Processual.
3. a. A Assembleia será dotada de um Bureau composto por 1 presidente, 2 vice-presidentes e 18 membros por ela eleitos por períodos de três anos.
 - b. O Bureau terá um carácter representativo, atendendo nomeadamente ao princípio da distribuição geográfica equitativa e à necessidade de assegurar uma representação adequada dos principais sistemas jurídicos do mundo.
 - c. O Bureau reunir-se-á as vezes que forem necessárias, mas, pelo menos, uma vez por ano. Apoiará a Assembleia no desempenho das suas funções.
 4. A Assembleia poderá criar outros órgãos subsidiários que julgue necessários, nomeadamente um mecanismo de controlo independente que proceda a inspecções, avaliações e inquéritos em ordem a melhorar a eficiência e economia da administração do Tribunal.
 5. O presidente do Tribunal, o procurador e o secretário ou os respectivos representantes poderão participar, sempre que julgarem oportuno, nas reuniões da Assembleia e do Bureau.
 6. A Assembleia reúne na sede do Tribunal ou na sede da Organização das Nações Unidas uma vez por ano e, sempre que as circunstâncias o exigirem, reunirá em sessão extraordinária. A menos que o presente Estatuto estabeleça em contrário, as sessões extraordinárias são convocadas pelo Bureau, oficiosamente ou a pedido de um terço dos Estados Partes.
 7. Cada um dos Estados Partes disporá de um voto. Todos os esforços deverão ser enviados para que as decisões da Assembleia e do Bureau sejam adoptadas por consenso. Se tal não for possível, e a menos que o Estatuto estabeleça em contrário:
 - a. As decisões sobre as questões de fundo serão tomadas por maioria de dois terços dos membros presentes e votantes, sob a condição que a maioria absoluta dos Estados Partes constitua quórum para o escrutínio;
 - b. As decisões sobre as questões de procedimento serão tomadas por maioria simples dos Estados Partes presentes e votantes.

8. O Estado Parte em atraso no pagamento da sua contribuição financeira para as despesas do Tribunal não poderá votar nem na Assembleia nem no Bureau se o total das suas contribuições em atraso igualar ou exceder a soma das contribuições correspondentes aos dois anos anteriores completos por ele devidos. A Assembleia Geral poderá, no entanto, autorizar o Estado em causa a votar na Assembleia ou no Bureau se ficar provado que a falta de pagamento é devida a circunstâncias alheias ao controlo do Estado Parte.

9. A Assembleia adoptará o seu próprio regimento.

10. As línguas oficiais e de trabalho da Assembleia dos Estados Partes serão as línguas oficiais e de trabalho da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

CAPÍTULO XII

Financiamento

Artigo 113.º

Regulamento financeiro

Salvo disposição expressa em contrário, todas as questões financeiras atinentes ao Tribunal e às reuniões da Assembleia dos Estados Partes, incluindo o seu Bureau e os seus órgãos subsidiários, serão reguladas pelo presente Estatuto, pelo Regulamento Financeiro e pelas normas de gestão financeira adoptados pela Assembleia dos Estados Partes.

Artigo 114.º

Pagamento de despesas

As despesas do Tribunal e da Assembleia dos Estados Partes, incluindo o seu Bureau e os seus órgãos subsidiários, serão pagas pelos fundos do Tribunal.

Artigo 115.º

Fundos do Tribunal e da Assembleia dos Estados Partes

As despesas do Tribunal e da Assembleia dos Estados Partes, incluindo o seu Bureau e os seus órgãos subsidiários, inscritas no orçamento aprovado pela Assembleia dos Estados Partes, serão financiadas:

- a. Pelas quotas dos Estados Partes;
- b. Pelos fundos provenientes da Organização das Nações Unidas, sujeitos à aprovação da Assembleia Geral, em especial no que diz respeito às despesas relativas a questões remetidas para o Tribunal pelo Conselho de Segurança.

Artigo 116.º
Contribuições voluntárias

Sem prejuízo do artigo 115.º, o Tribunal poderá receber e utilizar, a título de fundos adicionais, as contribuições voluntárias dos governos, das organizações internacionais, dos particulares, das empresas e demais entidades, de acordo com os critérios estabelecidos pela Assembleia dos Estados Partes nesta matéria.

Artigo 117.º
Cálculo das quotas

As quotas dos Estados Partes serão calculadas em conformidade com uma tabela de quotas que tenha sido acordada com base na tabela adoptada pela Organização das Nações Unidas para o seu orçamento ordinário, e adaptada de harmonia com os princípios nos quais se baseia tal tabela.

Artigo 118.º
Verificação anual de contas

Os relatórios, livros e contas do Tribunal, incluindo os balanços financeiros anuais, serão verificados anualmente por um revisor de contas independente.

CAPÍTULO XIII
Cláusulas finais

Artigo 119.º
Resolução de diferendos

- 1 - Qualquer diferendo relativo às funções judiciais do Tribunal será resolvido por decisão do Tribunal.
- 2 - Quaisquer diferendos entre dois ou mais Estados Partes relativos à interpretação ou à aplicação do presente Estatuto, que não forem resolvidos pela via negocial num período de três meses após o seu início, serão submetidos à Assembleia dos Estados Partes. A Assembleia poderá procurar resolver o diferendo ou fazer recomendações relativas a outros métodos de resolução, incluindo a submissão do diferendo ao Tribunal Internacional de Justiça, em conformidade com o Estatuto desse Tribunal.

Artigo 120.º

Reservas

Não são admitidas reservas a este Estatuto.

Artigo 121.º

Alterações

1. Expirado o período de sete anos após a entrada em vigor do presente Estatuto, qualquer Estado Parte poderá propor alterações ao Estatuto. O texto das propostas de alterações será submetido ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que o comunicará sem demora a todos os Estados Partes.
2. Decorridos pelo menos três meses após a data desta notificação, a Assembleia dos Estados Partes decidirá na reunião seguinte, por maioria dos seus membros presentes e votantes, se deverá examinar a proposta. A Assembleia poderá tratar desta proposta, ou convocar uma conferência de revisão se a questão suscitada o justificar.
3. A adopção de uma alteração numa reunião da Assembleia dos Estados Partes ou numa conferência de revisão exigirá a maioria de dois terços dos Estados Partes, quando não for possível chegar a um consenso.
4. Sem prejuízo do disposto no n.º 5, qualquer alteração entrará em vigor, para todos os Estados Partes, um ano depois que sete oitavos de entre eles tenham depositado os respectivos instrumentos de ratificação ou de aceitação junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.
5. Quaisquer alterações aos artigos 5.º, 6.º, 7.º e 8.º do presente Estatuto entrarão em vigor, para todos os Estados Partes que as tenham aceite, um ano após o depósito dos seus instrumentos de ratificação ou de aceitação. O Tribunal não exercerá 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.
6. Se uma alteração tiver sido aceite por sete oitavos dos Estados Partes nos termos do n.º 4, qualquer Estado Parte que a não tenha aceite poderá retirar-se do presente Estatuto com efeito imediato, não obstante o disposto no n.º 1 do artigo 127.º, mas sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 127.º, mediante notificação da sua retirada o mais tardar um ano após a entrada em vigor desta alteração.
7. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas comunicará a todos os Estados Partes quaisquer alterações que tenham sido adoptadas em reunião da Assembleia dos Estados Partes ou numa conferência de revisão.

Artigo 122.º

Alteração de disposições de carácter institucional

1. Não obstante o disposto no artigo 121.º, n.º 1, qualquer Estado Parte poderá, em qualquer momento, propor alterações às disposições do presente Estatuto, de carácter exclusivamente institucional, a saber, artigos 35.º, 36.º, n.os 8 e 9, 37.º, 38.º, 39.º, n.os 1 (as primeiras duas frases), 2 e 4, 42.º, n.os 4 a 9, 43.º, n.os 2 e 3, 44.º, 46.º, 47.º e 49.º O texto de qualquer proposta será submetido ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas ou a qualquer outra pessoa designada pela Assembleia dos Estados Partes, que o comunicará sem demora a todos os Estados Partes e aos outros participantes na Assembleia.
2. As alterações apresentadas nos termos deste artigo, sobre as quais não seja possível chegar a um consenso, serão adoptadas pela Assembleia dos Estados Partes ou por uma conferência de revisão por uma maioria de dois terços dos Estados Partes. Tais alterações entrarão em vigor, para todos os Estados Partes, seis meses após a sua adopção pela Assembleia ou, conforme o caso, pela conferência de revisão.

Artigo 123.º

Revisão do Estatuto

1. Sete anos após a entrada em vigor do presente Estatuto, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas convocará uma conferência de revisão para examinar qualquer alteração ao presente Estatuto. A revisão poderá incidir nomeadamente, mas não exclusivamente, sobre a lista de crimes que figura no artigo 5.º A Conferência estará aberta aos participantes na Assembleia dos Estados Partes, nas mesmas condições.
2. Em qualquer momento ulterior, a requerimento de um Estado Parte e para os fins enunciados no n.º 1, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, mediante aprovação da maioria dos Estados Partes, convocará uma conferência de revisão.
3. A adopção e a entrada em vigor de qualquer alteração ao Estatuto examinada numa conferência de revisão serão reguladas pelas disposições do artigo 121.º, n.os 3 a 7.

Artigo 124.º

Disposição transitória

Não obstante o disposto nos n.os 1 e 2 do artigo 12.º, um Estado que se torne Parte no presente Estatuto poderá declarar que, durante um período de sete anos a contar da data da entrada em vigor do presente Estatuto no seu território, não aceitará a competência do Tribunal relativamente à categoria de crimes referidos no artigo 8.º, quando haja indícios de que um crime tenha sido praticado por nacionais seus ou no seu território. A declaração formulada ao abrigo deste artigo poderá ser retirada a qualquer momento. O disposto neste artigo será reexaminado na conferência de revisão a convocar em conformidade com o n.º 1 do artigo 123.º

Artigo 125.º

Assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão

1. O presente Estatuto estará aberto à assinatura de todos os Estados na sede da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, em Roma, a 17 de Julho de 1998, continuando aberto à assinatura no Ministério dos Negócios Estrangeiros de Itália, em Roma, até 17 de Outubro de 1998. Após esta data, o presente Estatuto continuará aberto na sede da Organização das Nações Unidas, em Nova Iorque, até 31 de Dezembro de 2000.
2. O presente Estatuto fica sujeito a ratificação, aceitação ou aprovação dos Estados signatários. Os instrumentos de ratificação, aceitação ou aprovação serão depositados junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.
3. O presente Estatuto fica aberto à adesão de qualquer Estado. Os instrumentos de adesão serão depositados junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

Artigo 126.º

Entrada em vigor

1. O presente Estatuto entrará em vigor no 1.º dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do 60.º instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.
2. Em relação ao Estado que ratifique, aceite ou aprove o presente Estatuto, ou a ele adira após o depósito do 60.º instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão, o presente Estatuto entrará em vigor no 1.º dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do respectivo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão.

Artigo 127.º

Retirada

1. Qualquer Estado Parte poderá, mediante notificação escrita e dirigida ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, retirar-se do presente Estatuto. A retirada produzirá efeitos um ano após a data de recepção da notificação, salvo se esta indicar uma data ulterior.
2. A retirada não isentará o Estado das obrigações que lhe incumbem em virtude do presente Estatuto enquanto Parte do mesmo, incluindo as obrigações financeiras que tiver assumido, não afectando também a cooperação com o Tribunal no âmbito de inquéritos e de procedimentos criminais relativamente aos quais o Estado tinha o dever de cooperar e que se iniciaram antes da data em que a retirada começou a produzir efeitos; a retirada em nada afectará a prossecução da apreciação das causas que o Tribunal já tivesse começado a apreciar antes da data em que a retirada começou a produzir efeitos.

Artigo 128.º
Textos autênticos

O original do presente Estatuto, cujos textos em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo fazem igualmente fé, será depositado junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, que enviará cópia autenticada a todos os Estados.

Em fé do que os abaixo assinados, devidamente autorizados pelos respectivos Governos, assinaram o presente Estatuto.

Feito em Roma, aos 17 dias do mês de Julho de 1998.

TÍTULO

ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: COMENTÁRIOS

DATA

Dezembro 2018

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Wladimir Brito

Pedro Miguel Freitas

AUTORES

Flávia Loureiro | Margarida Santos | Maria de Assunção do Vale Pereira | Mário Ferreira Monte

Pedro Miguel Freitas | Wladimir Brito

EDIÇÃO

DH-CII Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar

APOIO

OLDHUM Observatório Lusófono dos Direitos Humanos

DH-CII Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar

JUSGOV Centro de Investigação em Justiça e Governação

EDUM Escola de Direito Universidade do Minho

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia

ISSN

978-989-54032-5-7

Este trabalho foi financiado por Fundos Nacionais através da Fundação para a Ciência e Tecnologia no âmbito do Projeto UID/DIR/4036/2013.



Universidade do Minho
Escola de Direito

