

Uma Justiça Penal Internacional sem os Estados Unidos da América

Filipe Lobo d'Avila

Auditor do Curso de Defesa Nacional 2003/2004

Resumo

As sociedades e as nações dos nossos dias estão violentamente confrontadas com questões de genocídio, limpeza étnica e crimes de guerra.

Uma das respostas da comunidade internacional traduziu-se na criação do primeiro Tribunal Penal Internacional com carácter permanente, cuja criação ficou marcada pela contradição entre um velho Soberanismo / Estatismo e um novo Comunitarismo / Universalismo. A não ratificação do Estatuto de Roma pelos Estados Unidos da América e a sua posição controversa suscitou um acesso debate internacional, centrado nas seguintes questões:

“Terá futuro uma Justiça Penal Internacional sem os Estados Unidos da América?”

“Vale ou não vale a pena uma Justiça Penal Internacional sem os Estados Unidos da América?”

Quais os argumentos principais da escolha americana, quais os seus efeitos, a sua estratégia anti-TPI e, sobretudo, as consequências desta decisão no actual contexto internacional de novas e diferentes ameaças?

Terão perdido os Estados Unidos da América o seu papel de Estado-central na Segurança e Defesa Mundial?

Conclui-se, assim, procurando-se desmistificar alguns dos argumentos anti-TPI, que a criação deste Tribunal representa uma lufada de ar fresco na História do Direito Internacional e um contributo decisivo para a implementação de uma jurisdição penal universal, seja no quadro de adesão ou não adesão dos Estados Unidos da América, assumindo-se, simultaneamente, que só o respeito dos Estados pelo Direito Internacional permitirá assegurar a Defesa da Humanidade e a Defesa do Património Cultural comum representativo do passado, do presente e do futuro.

Abstract

Today's nations and societies are violently confronted with questions of genocides, ethnic pursuits and war crimes.

One of the answers given by the international community was the creation of the first permanent International Criminal Court (ICC). Its creation revealed the contradiction between an old sovereignty / state control and a new Community / Universalism.

The refusal by the United States of America to sign the Rome Statute and its controversial position over that matter raised an inflamed international debate over the following questions: “Is there a future to the international penal justice if the USA are not involved?”

“Is the international penal justice worth it without the USA?”

What are the main arguments of the American choice, what are its effects, what is its strategy anti-ICC and, most of all, what are the consequences of such a decision in the modern international context driven by new and different threats?

Have the United States of America lost their role of central-state in security and world defence?

The creation of the International Penal Court appears as a positive initiative within the International Legal History as well as a decisive contribute for the implementation of an universal penal jurisdiction. Regardless of the presence or absence of the United States of America, it secures the respect of International Law, as well as the defence of Humanity and of Cultural Legacy, common representative of the past, of the present and of the future.

1. Introdução

São praticamente quinhentos os quilómetros que separam as cidades de Nuremberga e de Haia. Na primeira realizou-se o famoso julgamento de Nuremberga que levou ao banco dos réus alguns dos mais altos responsáveis do III Reich, na segunda, entre outras, instalou-se recentemente o Tribunal Penal Internacional.

São também cerca de cinquenta os anos que separam estes dois factos da História do Direito Internacional e da Humanidade.

Cinquenta anos em que mais de duzentos e cinquenta conflitos emergiram por todos os cantos do globo e em que mais de oitenta e seis milhões de cidadãos, sobretudo, mulheres e crianças, morreram em resultado desses conflitos. Mais de cento e setenta milhões de pessoas foram espoliadas dos seus direitos, propriedades e, principalmente, da sua dignidade e esperança. A maioria das vítimas foram, simplesmente, esquecidas e poucos dos responsáveis foram apresentados à Justiça.

Por isso mesmo, a constituição de um Tribunal Penal Internacional, com carácter permanente, acaba por constituir uma lufada de ar fresco digna de registo na história da Justiça Penal Internacional, em que vítimas podem confiar e, sobretudo, em que agressores podem ser punidos.

Foram muitos os países que aderiram a este projecto antigo, pese embora a relutância de alguns, e em particular, dos Estados Unidos da América.

O propósito do presente artigo é o de dar a conhecer alguns dos aspectos essenciais do Estatuto do Tribunal Penal Internacional e, simultaneamente, tentar compreender a posição controversa e, por vezes, contraditória dos Estados Unidos da América, enquanto Estado que sempre assumiu um papel central na Segurança e Defesa Mundial e enquanto Estado sujeito de Direito Internacional.

A este propósito, importa começar por chamar à colação, a título introdutório, a velha máxima de Radbruch, assente no princípio de que *“não é por ser soberano que um Estado se torna sujeito de direito internacional, é por ser sujeito de direito internacional que se torna soberano”*.

A soberania dos Estados leva-nos, porém, à conjugação de outros dois princípios – *“o princípio de que cumpre a cada Estado determinar a competência positiva do seu sistema jurídico-penal, entendido como manifestação da sua soberania – e o princípio da necessária coexistência entre os diferentes ordenamentos penais dos vários Estados”*¹.

1 Maria Leonor Assunção, “Âmbito de aplicação espacial da lei penal de Macau. Problemas afins”, in Revista Jurídica de Macau, Vol. 4, 1997, n.º 2, p. 85.

Ora, é nesta dialéctica constante entre estes dois princípios que surge o Tribunal Penal Internacional (TPI), no seio da contradição entre um velho Soberanismo/Estatismo e um novo Comunitarismo/Universalismo e com a consciência de que só com respeito pelo Direito Internacional é que se consegue assegurar a defesa da Humanidade e do património cultural comum representativo do passado, do presente e do futuro.

2. Antecedentes

O último século viu certamente alguns dos piores cenários de violência da história da humanidade. Em regra, primou o esquecimento das vítimas e a irresponsabilização dos autores materiais desses crimes.

Por estas razões, muitos têm sido aqueles que têm advogado, com maior ou menor veemência, a falência do Direito Internacional e posto em evidência a crise da Sociedade Internacional².

Contudo, esta tendência fatalista foi fortemente abalada com a aprovação do Estatuto de Roma e, conseqüentemente, com a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI). Este Tribunal Penal Internacional tem sido descrito como uma das instituições globais mais poderosas a ser criada desde o nascimento da Organização das Nações Unidas, e com uma relevância de tal ordem que, para alguns, ultrapassa mesmo a própria importância da Carta das Nações Unidas.

Pese embora o exagero natural daqueles que são os seus principais entusiastas, é certo que a aprovação do Estatuto de Roma (que criou o Tribunal Penal Internacional) é, sem dúvida, um dos marcos mais relevantes das últimas décadas no desenvolvimento do Direito Internacional.

Foram várias as circunstâncias que também contribuíram para que este resultado, cujos antecedentes remontam a mais de cinquenta anos, pudesse ser alcançado.

O fim da guerra fria permitiu uma maior flexibilidade nos alinhamentos ideológicos. A globalização e a interdependência acentuaram a necessidade de maior coordenação, cooperação e normatividade em diversas áreas do Direito Internacional, inclusivamente, como protecção contra a actuação ilícita de actores não estaduais.

Por outro lado, as tendências de fragmentação causadas pelo fim da guerra fria levaram à erupção de múltiplos conflitos étnicos, raciais, religiosos e políticos,

2 A este propósito ver "Oração de Sapiência" proferida na Sessão de Abertura solene do ano lectivo no Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade Técnica de Lisboa, em 22 de Janeiro de 1990.

na maioria dos casos não-internacionais e propiciadores de catástrofes humanitárias e massacres, ameaçando a ordem jurídica e pondo em causa a própria Paz e Segurança internacionais. Tudo isto contribuiu para um reforço das posições dos Estados, de outros actores internacionais e das opiniões públicas no sentido de um maior compromisso com a capacidade sancionatória do Direito Internacional.

Esta consciência surgiu de tal ordem que a comunidade internacional saltou diversas etapas e criou, num curto espaço de tempo, os Tribunais Criminais *ad hoc* para a antiga Jugoslávia (no ano de 1993) e para o Ruanda (ano de 1994). Pese embora a criação destes Tribunais não tenha sido determinada por qualquer Tratado Internacional, como aconteceu com o Tribunal Penal Internacional (TPI), mas por meras decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas (ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas), as suas normas e determinações não deixavam de se considerar obrigatórias para os respectivos Estados.

Não sendo objectivo do presente artigo uma análise dos antecedentes jurídicos do TPI, pelo menos aqueles mais distantes (Tratados de Versalhes e Sèvres, subsequentes à I Guerra Mundial), mencionarei, ainda que de forma muito sintética, os antecedentes mais recentes, decorrentes da II Guerra Mundial.

As atrocidades cometidas durante a II Guerra Mundial levaram ao estabelecimento de dois Tribunais Militares Internacionais (os Tribunais de Nuremberga e de Tóquio), destinados a processar e julgar os principais responsáveis, na Alemanha e no Japão, pelos crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Apesar de serem reconhecidas algumas imperfeições, estes Tribunais contribuíram significativamente para a conformação de alguns princípios básicos da responsabilidade penal internacional, nomeadamente, para a afirmação da responsabilidade por crimes definidos pelo Direito Internacional (independentemente da lei interna), para o não reconhecimento de imunidades de jurisdição para crimes definidos pelo Direito Internacional e, bem assim, para o não reconhecimento de ordens superiores como exclusão de responsabilidade.

A Assembleia Geral da ONU ao aprovar, assim, em 1946, a Resolução n.º 95, e ao declarar o Direito de Nuremberga parte do Direito Internacional Geral, afirmou o princípio geral que a humanidade, cujos interesses e valores essenciais são violados e ameaçados, é, em última instância, titular do direito de assegurar a repressão dos crimes de genocídio. Gerou-se³, pois, a expectativa de criação de um tribunal penal

3 Convenção sobre o Genocídio, aprovada em 1948.

internacional, capaz de promover a punição dos crimes internacionais na ausência ou incapacidade dos sistemas judiciários nacionais.

Várias razões, essencialmente de carácter político, fizeram com que estas expectativas não se concretizassem ao longo dos tempos.

3. Os Tribunais Penais Internacionais AD HOC

Só no início dos anos noventa é que o assunto - nascimento de um Tribunal Penal Internacional - voltou à ordem do dia nas Nações Unidas. E logo por iniciativa de um pequeno país.

Na verdade, por iniciativa de Trinidad e Tobago, a Assembleia Geral das Nações Unidas voltou a recomendar à Comissão de Direito Internacional, no ano de 1990, a elaboração de um projecto de Estatuto para o referido Tribunal.

O ritmo dos trabalhos seria, então, influenciado pela decisão do Conselho de Segurança de criar tribunais criminais internacionais *ad hoc* para julgar crimes de guerra e genocídio cometidos na antiga Jugoslávia (1993) e no Ruanda (1994). O Tribunal Internacional para o Julgamento dos Crimes contra a Humanidade cometidos no Território do Ruanda e cometidos por Cidadãos Ruandeses no Território dos Estados Vizinhos seria criado pela Resolução n.º 955 de 1994 e o Tribunal Internacional para o julgamento dos crimes contra a humanidade cometidos no território da antiga Jugoslávia seria criado pela Resolução n.º 808 de 1993.

Estas decisões do Conselho de Segurança, de grande relevância e dignas de apoio internacional, tornaram patente o vazio jurídico decorrente da inexistência de uma instância internacional independente, capaz de julgar os responsáveis pelos crimes mais graves de interesse internacional.

Os dois tribunais, constituídos por um órgão político da ONU, como é o Conselho de Segurança, tiveram, é certo, indiscutível legitimidade jurídica, mas a sua jurisdição e características essenciais basearam-se, sobretudo, na natureza e nas circunstâncias especiais de determinados conflitos regionais. Foram Tribunais criados “à la carte”, ou seja, para responder a uma determinada situação concreta, de impacto regional, e para levar perante a justiça responsáveis perfeitamente identificados.

Ora, se é certo que o papel do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a antiga Jugoslávia está bem presente no nosso quotidiano e nas consciências europeias, mais que não seja pelo julgamento do antigo Presidente Slobodan Milosevic e pela conde-

nação do General Radislav Krstic, já o papel do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* do Ruanda é desconhecido e até ignorado.

Com efeito, foi neste Tribunal que se realizou o primeiro julgamento internacional de responsáveis acusados da prática do crime de genocídio.

O Conselho de Segurança, reconhecendo que violações sérias do Direito Humanitário estavam a ser cometidas no Ruanda, criou, através da Resolução n.º 955 de 8 de Novembro de 1994, o Tribunal Penal Internacional *ad hoc* do Ruanda. O objectivo era simples: pretendia-se contribuir para o processo nacional de reconciliação daquele país e, simultaneamente, fomentar a manutenção da paz na região. Localizado em *Arusha*, na Tanzânia, este Tribunal foi criado para julgar pessoas responsáveis por crimes de genocídio e outros tipos de crimes contra o Direito Humanitário, praticados no território do Ruanda (e países vizinhos) entre 1 de Janeiro e 1 de Dezembro de 1994⁴, tendo alcançado a sua primeira condenação na data de 28 de Novembro de 1995⁵.

Há, desde logo, um facto que não se pode deixar de referir e que assume uma enorme importância. Entre as pessoas condenadas por este Tribunal incluía-se Jean Kambanda, o Primeiro Ministro do Governo do Ruanda durante o período dos massacres e genocídios. Tratou-se do primeiro chefe de governo a ser acusado e, consequentemente, condenado pela prática do crime de genocídio. Esta condenação veio permitir e tornou evidente que a lei penal internacional se aplica às mais altas instâncias e às mais altas individualidades⁶, independentemente do seu cargo, categoria, posto ou patente. O Tribunal Internacional para a antiga Jugoslávia também veio confirmar esta tendência e evolução do direito internacional.

Estes Tribunais fomentaram o estabelecimento de regras para a criação de um Tribunal Penal Internacional, permanente, composto por juizes de diferentes sistemas legais, reconheceram o crime de violação como um crime contra a humanidade e como um instrumento de genocídio, determinaram que actores não estaduais também se têm que reger pela lei internacional e, finalmente, afirmaram que líderes civis também podem ser responsabilizados do ponto de vista penal.

4 Refira-se que, do ponto de vista material, o TPI do Ruanda pode julgar crimes cometidos por cidadãos do Ruanda no seu território e no território dos países vizinhos, bem como não cidadãos por crimes praticados no Ruanda.

5 Oito pessoas acusadas acabaram por ser condenadas.

6 Há mesmo quem refira que com esta condenação se começaram a criar as condições para se acusar outros Chefes de Estado (Augusto Pinochet e Slobodan Milosevic).

Por outro lado, a experiência da criação de Tribunais *ad hoc* revelou-se bastante dispendiosa e a morosidade nos seus processos de criação permitiu, em determinados momentos, que algumas provas fossem destruídas e que os responsáveis pela prática de crimes continuassem impunes.

4. O Tribunal Penal Internacional

Decorridos mais de cinquenta anos desde que as Nações Unidas reconheceram a necessidade de se estabelecer um Tribunal Penal Internacional⁷, só no dia 11 de Abril de 2002, com a ratificação de 76 países, é que nasceu o primeiro Tribunal Penal Internacional (TPI), com carácter permanente.

Após intensas negociações⁸ que decorreram em Roma, o Tratado foi aprovado em 17 de Julho de 1998 por 120 países, num momento considerado tão marcante como a própria aprovação da Carta das Nações Unidas. Apenas sete países votaram contra a aprovação do Tratado - China, Yemen, Qatar, Líbia, Israel, Iraque e os Estados Unidos da América.

Note-se que um dos maiores entraves à criação do TPI foi os Estados Unidos da América (que até ao momento presente não procedeu à ratificação do Tratado de Roma). Tanto o partido Republicano (que tinha vindo a apresentar sucessivas emendas ao "Foreign Relations Authorization Act" para proibir qualquer tipo de colaboração com esta ideia) como o Presidente Bush, sempre foram adversários da ideia de submeter a julgamento - por uma justiça internacional - nacionais americanos.

Independentemente do posicionamento americano, o momento de criação do TPI foi definido pelo Secretário-Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, como um passo fundamental⁹. Acrescentava o Secretário-Geral das Nações Unidas *"esperamos que, ao punir os culpados, o TPI dê consolo às vítimas sobreviventes e às comunidades que foram visadas pelos seus actos. E, o que é mais importante, esperamos que dissuada futuros*

7 "Recognizing that at all periods of history genocide has inflicted great losses on humanity; and being convinced that, in order to liberate mankind from such an odious scourge, international co-operation is required", Resolução da Assembleia Geral n.º 260, de 9 de Dezembro de 1948.

8 As negociações foram bastante árduas. Pode-se referir, a título de exemplo, as negociações quanto à questão da definição dos crimes sobre os quais o Tribunal viria a ter competência ou mesmo a questão da complementaridade do TPI face aos sistemas nacionais.

9 "Giant step forward in the march towards universal human rights and the rule of law".

criminosos de guerra e contribua para que esteja mais perto do dia em que nenhum governo, nenhum Estado, nenhuma junta e nenhum exército poderão violar impunemente os direitos humanos”¹⁰.

O Tribunal Penal Internacional é, assim, um tribunal permanente com jurisdição para julgar indivíduos que cometam qualquer tipo de violação de direito internacional - crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio - quando, por qualquer razão, as nações não possam ou não desejem fazê-lo.

Ao contrário do que os estatutos dos dois tribunais *ad hoc* estabeleciam - uma competência concorrente entre os Tribunais nacionais e as duas instâncias internacionais¹¹, expressamente sujeita à primazia do direito internacional, o que significava que, a qualquer momento do procedimento, o Tribunal Internacional podia formalmente requerer aos tribunais nacionais para lhe deferir a competência do julgamento - o TPI apenas será chamado a intervir subsidiariamente, quando os Estados demonstrarem não querer actuar ou se revelarem genuinamente incapazes de organizar, eles próprios, a acção penal.

Assim, convém sublinhar que o TPI não tem primazia sobre os tribunais nacionais, apenas actuando na sua ausência deliberada ou em caso de incapacidade absoluta.

Por outro lado, este Tribunal, ao contrário do Tribunal Internacional de Justiça de Haia, em que só os Estados podem dar origem a processos - e entre Estados -, tem legitimidade para julgar pessoas.

O TPI é composto por 18 juízes, um gabinete independente do procurador, e uma secretaria. Os juízes e procuradores são eleitos pelos representantes dos Estados membros do TPI na Assembleia dos Estados-membros, os quais têm legitimidade para desqualificar ou remover do cargo os juízes que não cumpram os elevados níveis de rigor e qualidade exigidos pelo Estatuto.

Os casos podem ser submetidos ao TPI por uma de quatro vias possíveis:

- Um país que ratificou o Estatuto envia o processo ao Tribunal;
- Um país que aceitou a jurisdição do TPI envia o processo;

¹⁰ Kofi Annan, Secretário-Geral das Nações Unidas.

¹¹ Muito embora o Conselho de Segurança tivesse encontrado, no terreno, diferentes situações: ao passo que os tribunais nacionais dos Estados sucessores da antiga Jugoslávia continuavam a funcionar (embora as investigações efectivas não se iniciassem, havendo mesmo a preocupação séria de que, a ocorrerem, servissem sobretudo para proteger os arguidos respectivos), no Ruanda, o sistema nacional de justiça encontrava-se, ele próprio, dizimado pelo genocídio.

- O Conselho de Segurança envia o processo (sujeito ao veto dos Estados Unidos);
ou
- O Procurador inicia o processo ele próprio, sendo que uma comissão composta por três juízes tem que decidir se existe base legal para que possa ser considerado à luz do Tratado de Roma.

O envio do processo para o TPI não garante, por si só, que o Tribunal venha a ter jurisdição. Depois do envio, uma comissão de juízes avaliará da competência do Tribunal.

O Tribunal só analisará processos sobre crimes ocorridos em território de um Estado que tenha ratificado o tratado, sobre crimes cometidos por cidadãos de Estados que tenham ratificado o tratado ou se forem enviados pelo próprio Conselho de Segurança.

Assim, a actuação do TPI é, reconhecidamente, muito limitada. Além disso, o TPI não pode dar seguimento a processos que já tenham sido julgados ou que estejam a ser investigados num outro país sob a sua jurisdição.

Em certos países assolados por colapsos sociais e políticos, os tribunais internos são manifestamente incapazes de tratar este tipo de crimes ou providenciar julgamentos justos. Além disso, a natureza dos movimentos internacionais tem feito com que seja indispensável a colaboração dos Estados para capturar e condenar os criminosos. Alguns Estados - considerados competentes para julgar crimes de guerra e perpetradores de crimes em massa - têm-se confrontado com diversos e complexos problemas políticos para o fazer. Nestes casos, o TPI apresenta-se como uma verdadeira alternativa.

A comunidade internacional está, assim, decidida a velar para que os autores de graves violações do Direito Internacional Humanitário, independentemente do lugar onde essas violações foram cometidas, sejam castigados. É um velho sonho das Nações Unidas que hoje, pouco a pouco, começa a concretizar-se. Abre-se, assim, o caminho para um sistema integral de repressão dos crimes graves de Direito Internacional mediante a progressiva consolidação de um sistema internacional de protecção ao ser humano.

O grande desafio do próximo milénio¹² será o de garantir a segurança a todos os seres humanos, ou seja, a segurança de não ser assassinado, de não desaparecer, de

12 Sadako Ogata, Antiga Alta Comissária da ONU para os Refugiados.

não ser torturado, de não ser objecto de práticas políticas autoritárias - como, por exemplo, a limpeza étnica -, a segurança alimentar, a segurança contra a doença, para não falar da segurança de poder exercer os direitos civis e políticos previstos nos instrumentos internacionais, especificamente, no Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos de 1967. Portanto, o desafio é o de garantir a segurança efectiva dos indivíduos. Não haverá segurança dos Estados se não houver segurança dos cidadãos.

Hoje em dia ouvimos com frequência que o mundo em que vivemos é tão perigoso quanto assustado. Os movimentos de refugiados e outras formas de mobilidade forçada são indicadores do estado de segurança em que vivemos. Num mundo onde existem cerca de catorze milhões e meio de refugiados não se deveria demorar muito tempo a justificar a enorme importância que reveste a criação de um Tribunal Penal Internacional. Um Tribunal Internacional com jurisdição universal que fomente e consolide uma verdadeira Justiça Penal Internacional é, em qualquer circunstância, independentemente dos aderentes, um marco com o seu peso na história.

Cumprе salientar, e ao contrário dos tribunais penais *ad hoc* até hoje criados, que o Estatuto de Roma de 1998 criou um Tribunal Penal Internacional permanente, com jurisdição para o futuro em relação a certos tipos de crimes particularmente graves, nomeadamente, crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de agressão.

Como primeiro tribunal internacional permanente e independente, com capacidade para julgar indivíduos, o TPI é, reconhecidamente, um enorme passo no sentido de assegurar que as mais grosseiras violações dos direitos humanos não permaneçam impunes.

Os seus principais aspectos são:

- O Tribunal Penal Internacional tem um mandato para julgar pessoas, e não Estados, e para as responsabilizar pela prática dos crimes mais graves de alcance internacional.
- É consagrado expressamente o princípio da complementaridade, cujo objectivo é o de assegurar que o TPI exerça o seu papel sem interferir indevidamente com os sistemas judiciais nacionais, a quem continua a incumbir a responsabilidade de investigar os crimes. Ao contrário dos tribunais *ad hoc*, que são concorrentes, o TPI tem carácter excepcional e complementar, e a sua jurisdição só se aplicará nos casos em que claramente se verifique a incapacidade ou falta de regulamentação

dos Estados para dar seguimento ao processo. Em última análise é o TPI quem tem competência da sua própria competência, ou seja, é a ele somente que cabe decidir quando é que os tribunais nacionais de certo país estão ou não em condições de exercer os seus poderes de forma credível.

- O Estatuto contém uma lista tipificada dos delitos sujeitos à jurisdição do Tribunal, constituindo, assim, um verdadeiro código criminal internacional.
- A definição dos mecanismos de estabelecimento e exercício da jurisdição do TPI foi, certamente, a questão de maior complexidade jurídica e política na negociação do Estatuto de Roma. Nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 12.º do Estatuto, foi consagrado o princípio da competência automática, i.é., *“o Estado que se torne Parte no Estatuto aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o artigo 5.º”*, ficando, assim, afastadas as vias alternativas que previam a possibilidade de condicionar a aceitação da jurisdição a cláusulas facultativas.

Este Tribunal foi criado no dia 11 de Abril de 2002, com a ratificação de 76 países. Entre os signatários incluíam-se dezoito dos dezanove membros da NATO, bem como a Rússia.

O TPI contou, ainda, com o apoio dos aliados dos Estados Unidos da América, pese embora a posição ambígua assumida pelos Estados Unidos da América. Aliás, a este propósito, importa referir que, não obstante a Administração Clinton, em final de mandato, ter assinado o Tratado¹³ - a 31 de Dezembro de 2000 -, a Administração Bush veio anular esta adesão em Maio de 2002, poucos meses antes da entrada em vigor do Tratado (1 de Julho de 2002).

5. A Intervenção no Iraque e o TPI

A intervenção militar da coligação americano-britânica no Iraque despoletou acesos debates por toda a Europa, provocando, mesmo, embora temporariamente, uma fractura

13 O Presidente Clinton assinou o tratado algumas horas antes da data-limite. Contudo, indicou que nem o submetteria à aprovação por parte do Senado nem recomendaria ao seu sucessor que o fizesse enquanto o tratado se encontrasse na sua forma actual.

profunda entre países europeus. Houve mesmo quem chegasse a pôr em causa o futuro das relações transatlânticas e a coesão europeia.

Muito recentemente, o Presidente dos Estados Unidos da América, George W. Bush, voltou a insistir na ligação entre o terrorismo, armas de destruição maciça e o Regime Iraquiano de Saddam Hussein. Fê-lo durante uma deslocação ao Tennessee, no quadro da campanha eleitoral, ao visitar os laboratórios de Oak Ridge, onde estão armazenados os componentes de armas nucleares resultantes da decisão do Coronel Khaddafi de desmantelar o programa de armas de destruição maciça da Líbia.

Bush afirmava que *“Apesar de não termos encontrado armas de destruição maciça, tivemos razão em ir para o Iraque”*. E justificou *“Porque depusemos um inimigo declarado da América, que tinha capacidade para produzir armas de assassínio em massa e podia ter passado essa capacidade para os terroristas que a querem adquirir. No mundo depois do 11 de Setembro, esse era um risco que não podíamos correr”*. *“A América e o mundo estão mais seguros”*.

O discurso político oficial é conhecido e, atrevo-me a dizer, compreendido. Contudo, a pretensa ilegitimidade da intervenção militar americana e a conseqüente responsabilidade dos agentes políticos, diplomáticos e militares foi, e continua a ser, claramente apontada por alguns sectores americanos e europeus. Para alguns, sobretudo dos países que integram a coligação americano-britânica, esta agiu no interesse da humanidade e, em particular, no interesse dos iraquianos.

Para outros, a coligação americano-britânica tornou-se responsável, à luz do direito internacional, pela prática de crimes internacionais. Reforçam ainda que a qualificação de agressão como crimes contra a paz não deixa dúvidas e que a prática de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade também pode ser facilmente demonstrada.

É reconhecido que a intervenção americano-britânica dividiu aliados europeus, radicalizou discursos políticos, acentuou rivalidades e agitou as consciências de toda a humanidade.

No entanto, é também certo que as opiniões públicas europeias tendem hoje a preocupar-se mais com o pós-guerra e com o julgamento de Saddam do que propriamente em discutir a legalidade da intervenção militar. Aquilo que hoje releva é o pós-guerra do “Iraque libertado”. Um pós-guerra que não se deve limitar à ajuda humanitária e à reconstrução do Iraque, já que o momento também deve ser de Justiça; Justiça ao povo iraquiano e Justiça à comunidade internacional.

Por isso mesmo, na sequência da captura de Saddam Hussein, a pergunta que desde logo se colocou era a de se saber como é que os crimes praticados no passado em

solo iraquiano poderiam vir a ser responsabilizados e punidos? Que tipo de Tribunal poderia assegurar o julgamento de Saddam? Um tribunal iraquiano, com procuradores e juízes iraquianos? Um Tribunal internacional *ad hoc* formalmente criado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (à semelhança do que se passou para a antiga Jugoslávia e Ruanda), sendo certo que o Conselho de Segurança não sancionou a intervenção militar? Um Tribunal misto, com uma componente doméstica e outra internacional?

A opção é hoje conhecida. O ditador foi entregue à autoridade iraquiana para que fosse julgado no país. Em face das circunstâncias, esta foi, provavelmente, a melhor opção.

Contudo, não obstante a opção adoptada, é importante referir que o Tribunal Penal Internacional não era, e continua a não ser, uma opção credível para julgar Saddam e os seus colaboradores, o que se deve, em parte, ao facto da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, tal como vem definida no Estatuto de Roma, não ter efeitos retroactivos, isto é, não se aplicar aos actos praticados em data anterior à sua entrada em vigor, ou seja, em Julho de 2002.

Ora, se é certo, ou praticamente certo, que esta impossibilidade jurídica faria, à primeira vista, com que os crimes praticados pelo regime iraquiano não pudessem ser julgados pelo Tribunal Penal Internacional, o mesmo já não acontece quanto aos "eventuais" crimes praticados, em solo iraquiano, pelas forças da coligação.

Trata-se de uma questão particularmente complexa, quer do ponto de vista diplomático, quer do ponto de vista jurídico-político, e que passa, necessariamente, por se saber se o Tribunal Penal Internacional pode julgar cidadãos americanos, independentemente dos Estados Unidos da América não terem aderido ao compromisso de Roma.

Os cidadãos americanos detidos no estrangeiro pela prática de um crime estão, obviamente, sujeitos à jurisdição desses mesmos Estados. Aliás, o julgamento de um cidadão americano por um Tribunal de outro país não é algo de absolutamente extraordinário.

No entanto, a posição dos Estados Unidos da América relativamente ao Tribunal Penal Internacional e à discussão havida sobre a definição do crime de agressão (e que o próprio Estatuto não conseguiu responder na sua plenitude) demonstra claramente o melindre do assunto.

A posição oficial dos Estados Unidos da América face ao TPI não deixa de ser paradigmática tendo em conta o seu passado de liderança na promoção da aplicação da lei, de liderança na criação dos tribunais de Nuremberga, do Extremo Oriente, e dos tri-

bunais criminais internacionais para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda e, bem assim, do intenso trabalho desenvolvido pelo governo americano no sentido de garantir que os acusados pelo TPI recebessem um julgamento justo.

A lista exaustiva das protecções/direitos do Tratado de Roma está de acordo com as que constam da Constituição (*Bill of Rights*) Americana. O Tratado de Roma determina os direitos dos acusados de acordo com as garantias salvaguardadas na “Covenant on Civil and Political Rights” e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de que fazem parte os EUA. Incluem a presunção de inocência, o direito de ser representado, o princípio do contraditório e o direito a receber um julgamento célere.

Além disso, o TPI só interviria quando os EUA não conduzissem todos os esforços para investigar o caso concreto. A complementaridade do Tribunal é expressamente consagrada, já que se define claramente no Estatuto quais são as situações de incapacidade e falta de vontade dos Estados. Assim, em termos práticos, seria muito pouco provável que o sistema judicial americano não quisesse ou fosse considerado incapaz para julgar um determinado caso.

Acresce, ainda, que a discussão havida sobre a definição do crime de agressão não ajudou à pacificação e harmonização das diferentes posições.

O artigo 5.º do Estatuto do TPI define os crimes da competência do Tribunal, restringindo-os “aos crimes mais graves que afectam a comunidade internacional no seu conjunto”, ou seja, o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão. É curioso, no entanto, que nos termos do n.º 2 “o Tribunal só 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”.

Esta norma significa, no essencial, que o Tribunal Penal Internacional não tem, ainda, competência para reprimir o crime de agressão, o que se compreende tendo em conta que alguns Estados ocidentais (e, em primeira linha, os Estados Unidos da América) estão mais frequentemente na posição de “agressor do que de agredido”. Esta foi também uma das razões principais para que alguns Estados do sul, nomeadamente, a maioria dos Estados Árabes, recusassem ratificar o Estatuto do Tribunal, alegando justamente esta lacuna quanto ao crime de agressão.

A posição americana ficou claramente clarificada, em Maio de 2002, com o discurso de Marc Grossman, Sub-Secretário dos Negócios Estrangeiros. Nesse discurso, Grossman, para além de enunciar os valores americanos (a justiça e promoção da aplicação da lei,

a punição daqueles que cometem crimes contra a comunidade internacional e a construção de sistemas judiciais internos fortes, bem como a promoção da liberdade humana), referia que os Estados Unidos da América concluíam que o TPI não reconhecia estes princípios essenciais.

E explicava as razões americanas acrescentando que:

- o TPI minimiza o papel do Conselho de Segurança das Nações Unidas na manutenção da paz internacional e segurança;
- a ausência de “checks and balances” já que o Estatuto de Roma cria um sistema de prossecução penal sem controlo;
- o TPI está fundado numa base defeituosa. Essas imperfeições potenciam perseguições de natureza política;

Grossman acrescentava, ainda, que *“em conformidade com a Convenção de Viena sobre a Lei dos Tratados, o presidente Bush concluiu que os Estados Unidos não podem mais fazer parte desse processo. Por forma a tornar as nossas objecções claras e para não criar falsas expectativas sobre o papel dos EUA no Tribunal, o Presidente acredita que não tem outra alternativa senão informar a ONU, enquanto depositário do tratado, da nossa intenção de não fazer parte do Estatuto de Roma. Esta manhã, de acordo com as instruções do Presidente, notificámos o Secretário-Geral das Nações Unidas na sua qualidade de depositário. (...) A decisão de tomar essa resolução, rara mas não inédita, não foi tomada com ligeireza. Após anos de trabalho para corrigir as imperfeições deste tratado, e tendo sido as nossas propostas desprezadas, não nos resta outra alternativa”,* concluiu.

Na óptica americana, os trabalhos desenvolvidos deram origem a um resultado imperfeito.

Em primeiro lugar porque o TPI é uma instituição de autoridade não controlada. Grossman aproveitou para lembrar que nos Estados Unidos da América, a governação é baseada no princípio de que, segundo palavras de John Adams, *“o poder nunca deve ser assumido sem uma verificação”*. O poder não controlado conduz ao abuso, mesmo com as boas intenções de quem o estabelece. Com a pressa de se criar um tribunal independente e poderoso em Roma, assistiu-se a uma recusa de restringir o poder do Tribunal de forma razoável e coerente. Lamentava, ainda, que as propostas apresentadas pelos Estados Unidos da América no sentido de instituir “checks and balances” no seio do tribunal tivessem sido rejeitadas.

Em segundo lugar, o Tratado aprovado em Roma dilui a autoridade do Conselho de Segurança das Nações Unidas e afasta-se do sistema que os fundadores da Carta das Nações Unidas visionaram.

Em terceiro lugar cria, um crime de “agressão” que ainda deverá ser definido e densificado (confere autoridade ao TPI para decidir nesta matéria e deixa o procurador investigar esse tipo de crime).

Em quarto lugar, o Tratado põe em risco a soberania dos EUA. O TPI reclama autoridade para deter e julgar cidadãos americanos, apesar dos representantes eleitos democraticamente pelo povo americano não se terem vinculado às disposições do Tratado. Os Estados Unidos da América nunca reconheceram esse direito a uma organização internacional, salvo com seu consentimento ou ao abrigo de um mandato do Conselho de Segurança da ONU.

Quinto, a estrutura actual do TPI desvaloriza os direitos democráticos dos cidadãos americanos e pode subverter os elementos fundamentais da Carta da ONU, particularmente o direito à autodefesa.

Sexto, cria o risco do Tribunal patrocinar perseguições politizadas: os EUA, na sua função de ajudar a preservar a paz internacional e segurança, têm que garantir que os soldados e funcionários do governo americano não fiquem sujeitos a perseguições e inquéritos políticos. Para Grossman, a América, *“tomou, perante o mundo, um compromisso de grande porte no sentido de defender a liberdade e aniquilar o terror”*, pelo que não pode permitir que o TPI possa vir usurpar essa missão vital. Apesar da sua oposição, os EUA mantiveram o seu envolvimento e compromisso. Durante dois anos canalizaram esforços para ajudar a formar o tribunal e para garantir as salvaguardas necessárias para prevenir a politização do processo. Os responsáveis americanos conduziram negociações com o intuito de garantir muitas das preocupações que, na sua perspectiva, poderiam “salvar” o Tratado. Grossman concluiu esse discurso afirmando que *“a melhor maneira de prevenir o genocídio, crimes contra a humanidade, e crimes de guerra é através da disseminação da democracia, transparência e princípio de direito. As nações com governos responsáveis e democráticos não maltratam o seu próprio povo nem fazem guerra contra o terror. Um mundo composto por democracias com autonomia de governo é a nossa melhor esperança.”*

É interessante verificar que este pensamento não constitui uma descontinuidade no pensamento americano; em 1996 já era acolhido pela administração americana. Strobe Talbott, então Secretário de Estado Adjunto, escrevia em Novembro de 1996 na Revista Foreign Affairs que *“num mundo cada vez mais interdependente, os Americanos*

têm participação crescente na forma como os restantes países se governam, ou deixam de governar. Quanto mais alargada e próxima for a comunidade de nações que optam por formas democráticas de governação, mais seguros e prósperos serão os americanos, por ser claramente mais provável que as democracias mantenham os seus compromissos internacionais, menos provável que sigam a via do terrorismo ou dos atentados ao meio ambiente e que façam guerra entre si". Acrescentava ainda que "esta proposição constituía a essência das razões de segurança nacional para apoiar vigorosamente, promover e, quando necessário, defender a democracia nesses países".

Se é conhecido o discurso oficial e os actos e decisões subsequentes – em particular, a intervenção militar no Iraque – é também certo que os Estados Unidos da América, apercebendo-se que a entrada em vigor do Estatuto do Tribunal Penal Internacional seria uma realidade, acabaram por delinear uma estratégia de acção assente na celebração de acordos bilaterais com outros Estados.

Esta estratégia, ainda em curso presentemente, é motivo de profundas preocupações, principalmente para os apoiantes ideológicos da doutrina da jurisdição universal e do TPI. A doutrina da jurisdição universal pretende submeter a política internacional a procedimentos judiciais, afirmando que há crimes de tal modo monstruosos que os seus perpetradores não podem escapar à justiça através da evocação de doutrinas de soberania ou da natureza sacrossanta das fronteiras nacionais. Os defensores desta tese, com o objectivo de criminalizar determinados tipos de acções militares e políticas¹⁴ e, bem assim, com o objectivo de humanizar as relações internacionais, acabaram por ter uma forte influência no substrato intelectual e jurídico do Tribunal Penal Internacional.

Os Estados Unidos, prosseguindo uma estratégia bem definida, lançaram uma proposta com vista à celebração de acordos bilaterais, segundo os quais os actuais ou antigos membros do governo, funcionários, pessoal militar ou mesmo cidadãos não deviam ser obrigados, salvo expresso consentimento desse Estado, a entregar-se ao TPI. Já foram assinados pelo menos dois acordos bilaterais deste género. O primeiro com Israel (não-membro do TPI) e o segundo com a Roménia (membro do TPI).

A este propósito, importa referir que nos termos do **Artigo 98.º (2) do Estatuto de Roma** *"o Tribunal não pode dar seguimento à execução de um pedido de entrega por força*

14 Alguns autores criticam os defensores desta doutrina afirmando que acabam por cair num erro grosseiro – desconfiar dos próprios Estados, já que pretendem colocar os governos sob a supervisão de magistrados e do sistema judicial.

do qual o Estado requerido seja obrigado a actuar de forma incompatível com as suas obrigações relativamente a acordos internacionais, à luz dos quais o consentimento do Estado de envio é necessário para que um indivíduo com a nacionalidade desse Estado seja entregue ao Tribunal, a menos que o Tribunal consiga obter previamente a cooperação do Estado de envio para consentir a entrega". Esta norma poderia significar que estes acordos bilaterais "patrocinados" pelos Estados Unidos constituíam verdadeiras situações de excepção à jurisdição do TPI. Tratou-se de questão amplamente discutida a nível internacional, tendo sido esgrimidos múltiplos argumentos jurídicos.

No essencial, a questão passa muito pelo entendimento que se retira da expressão "Estado de envio". Trata-se de facto de um "termo técnico" extraído directamente dos acordos designados de "Status of Forces Agreements" (SOFA), isto é, acordos internacionais ao abrigo dos quais membros do exército enviados para outro Estado (designado de Estado de acolhimento "host state") pelo "Estado de envio" se consideram, no âmbito da jurisdição criminal do Estado de acolhimento, isentos.

Esses acordos - SOFAs - são normalmente utilizados pelos Estados Unidos da América e por outros países que dispõem de forças estacionadas no estrangeiro ao abrigo de coligações ou operações de manutenção da paz.

Assim, face ao recurso a esta terminologia específica, poderia sustentar-se que o Artigo 98.º (2) teria sido criado apenas para ser aplicado a esses SOFAs e não a quaisquer outros acordos bilaterais, pelo que só os membros de uma força militar estacionada no estrangeiro, no quadro de uma missão militar, poderiam ser abrangidos pelos acordos previstos no Artigo 98.º (2).

De facto, qualquer interpretação mais ampla da noção de acordos internacionais do Artigo 98.º(2) não parece ser de acolher. Os acordos bilaterais propostos pelos EUA não constituem SOFAs, já que pretendem abranger todos os cidadãos americanos, e não apenas os membros das suas forças armadas que, aparentemente, não estão relacionadas com qualquer missão militar. Consequentemente, e numa perspectiva estritamente jurídica, é de concluir que esses acordos bilaterais não estarão abrangidos pelo disposto no Artigo 98.º (2) do Estatuto de Roma.

Seguindo esta linha de raciocínio, é de sublinhar que a própria Comissão Europeia veio defender que a celebração de um acordo bilateral com este conteúdo e objecto, entre um Estado-membro do Estatuto e os EUA, constituiria uma violação aos princípios e objecto do próprio Estatuto, em particular, do princípio de *pacta sunt servanda* (boa fé contratual).

6. O TPI e a Carta das Nações Unidas

O Sub-Secretário americano Grossman afirmou, a certa altura, que o TPI violava claramente a Carta da ONU, já que diluía e diminuía a responsabilidade do Conselho de Segurança das Nações Unidas em questões de segurança e manutenção da paz.

Insurge-se pelo facto de não ter sido conferida autoridade absoluta para impedir o Procurador do TPI de instaurar uma investigação judicial e, simultaneamente, pelo facto do Estatuto incluir os crimes de agressão na sua jurisdição.

Sem pretender levar a questão para um plano distante da estrita análise jurídica, não se pode escamotear o facto do Conselho de Segurança e do TPI terem duas funções completamente distintas que em momento algum conflituam.

A responsabilidade do Conselho de Segurança para manter a paz e segurança é uma função política e não judicial. Já o TPI não tem autoridade para julgar a natureza política de um acto ou as motivações de um determinado Estado que conduza a determinadas situações. O TPI só poderá julgar indivíduos acusados de cometer um crime definido no Estatuto. No caso de crimes contra a Humanidade e genocídio, não é sequer condição prévia que os actos tenham ocorrido durante um conflito armado (e assim não necessitem de estar associados a uma ameaça à paz internacional e segurança).

No entanto, é preciso ter em conta que o Estatuto autoriza o Conselho de Segurança (actuando ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas), e em determinadas circunstâncias previstas no artigo 16.º, a suspender processos judiciais por um período anual e a renovar essa resolução por períodos indefinidos. Este é, na verdade, ao contrário do que foi referido pelo responsável americano (e unicamente numa perspectiva jurídica), o poder de controlo sobre a actividade do Procurador e que, em parte, os EUA alegam não estar consagrado no Estatuto de Roma.

Por outro lado, o facto de alguns opositores do TPI, incluindo Grossman, alegarem incessantemente que o Procurador tem autoridade para investigar e julgar pessoas que cometeram “crimes de agressão” (a crítica relativa à indefinição do crime de agressão merece acolhimento), não corresponde totalmente à verdade. Até ao crime de agressão vir a ser definido, por comum acordo, pela Assembleia dos Estados-membros (segundo o Estatuto não pode ocorrer durante pelo menos 7 anos), ninguém poderá vir a ser investigado ou julgado por esse crime (Artigo 5.º, sec.2).

Aliás, sobre a conformidade da definição do crime de agressão com a Carta das Nações Unidas, o Estatuto é perfeitamente claro, isto é, o estatuto do TPI diz explicitamente que qualquer definição deverá ser coerente com os requisitos estabelecidos na Carta

das Nações Unidas. Ora, também é certo que actualmente existem várias opiniões divergentes sobre como o crime deve ser definido e sobre quais serão as condições segundo as quais o Tribunal deve exercer a sua jurisdição, o que também tem contribuído para algumas divergências relativamente à questão da “responsabilidade primária” do Conselho de Segurança em matéria de manutenção da paz e segurança, designadamente, em saber se faz sentido que essa autoridade seja exclusiva. Trata-se de uma questão complexa e bastante controversa, que continuará a ser amplamente debatida nos próximos anos.

7. O TPI e a Soberania dos Estados Unidos da América

O TPI é levado a deferir inquéritos processuais para um nível nacional a não ser que considere que o Estado não manifesta capacidade ou vontade de proceder à investigação.

Não obstante, ao deixar-se esta decisão para o TPI, o Estatuto autoriza o Tribunal a rever e rejeitar as decisões de um Estado, não aplicando as decisões de um tribunal nacional soberano. Este é, aliás, um dos argumentos mais utilizados pelos Estados que se opõem ao TPI. No entanto, como qualquer outro tratado, o TPI não pode em nenhum caso obrigar Estados que não tenham ratificado o Estatuto.

Outro dos aspectos relevantes que, por vezes, propositadamente ou negligentemente, é esquecido ou ignorado, e que importa reforçar, é de que o TPI não tem jurisdição sobre Estados ou Governos, mas só sobre pessoas. E é também facto assente que os Estados não têm qualquer obrigação em colaborar com o Tribunal (a menos que tenham ratificado o tratado e aceite a sua jurisdição).

Assim, até os EUA ratificarem o Estatuto, não existe qualquer obrigação de detur cidadãos americanos que permaneçam nos EUA, nem qualquer obrigação de os entregar ao TPI para julgamento. Essa obrigação só existe – e esta é a única excepção – se o Conselho de Segurança remeter um caso concreto ao Tribunal, o que só aconteceria, como atrás referi, com o consentimento expresso dos EUA (direito de veto (art.º12)).

Por outro lado, é importante ter em conta que todos os Estados têm o direito de legislar e fazer respeitar a lei no seu próprio país, incluindo a capacidade de julgar estrangeiros que cometam crimes no seu território ou extraditar criminosos para Estados terceiros. Não se trata, em absoluto, de nada inovador, pelo contrário, é aceite universalmente, incluindo pelos Estados Unidos da América. É incontestável que um americano que

se desloque a França e que aí cometa um crime, possa vir a ser julgado em França ao abrigo da lei francesa. Ora, a partir do momento em que o TPI começou a funcionar, e no caso de sérias atrocidades, a França tem ainda a opção de autorizar o TPI a julgar essa pessoa (em vez de ser ela própria a fazê-lo). Como membro do Estatuto, a França partilha essa autoridade judicial com o TPI. Ainda recentemente, um cidadão francês chamado Zacarias Massaoui foi acusado de conspiração nos planos do 11 de Setembro por um Tribunal na Virgínia. O crime de que foi acusado ocorreu nos Estados Unidos da América, e mesmo sendo de nacionalidade francesa, a França não questionou a autoridade dos EUA para o julgar.

A jurisdição do TPI está baseada no princípio fundamental da complementaridade (não tendo maior ou menor autoridade para julgar cidadãos americanos do que o próprio Estado). Pode-se mesmo dizer que o TPI não substitui os Tribunais Nacionais. O TPI existe como solução de recurso, só actuando se os Tribunais nacionais não o fizerem, por sua própria incapacidade ou por manifesta falta de vontade.

É também de salientar que os EUA não só reconhecem o direito dos Estados de transferirem a sua jurisdição para tribunais internacionais, como também tem tido um papel instrumental na criação desses mesmos Tribunais (Tribunais Criminais Internacionais para a antiga Jugoslávia e Ruanda).

8. Preferência pela Jurisdição Nacional

A grande dificuldade na posição dos Estados Unidos da América relativamente ao Tribunal Penal Internacional e, mais concretamente, relativamente à jurisdição deste Tribunal Internacional, passa pela convicção americana de que existem alternativas mais viáveis. Estes mecanismos alternativos, do ponto de vista americano, são as instituições judiciais internas, bem como os tribunais *ad hoc* futuramente criados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Ora, a filosofia subjacente ao TPI está em perfeita sintonia com a existência de alternativas judiciais. O TPI é mesmo um Tribunal de última instância.

No entanto, e como demonstra a história, os tribunais internos – e os próprios sistemas judiciais – de países divididos por guerras são frequentemente incapazes de resolver os tipos de crimes que o TPI prevê e pune. Aliás, as atrocidades previstas e punidas pelo Estatuto do TPI surgem frequentemente da desintegração dos próprios Estados e da fragmentação das suas instituições da lei e ordem.

Acresce que não podemos afastar a hipótese de alguns Estados, tecnicamente aptos e dotados de plenos recursos para efectuarem estes julgamentos, preferirem uma jurisdição internacional à sua jurisdição nacional.

Já a hipótese de criação de tribunais *ad hoc* não parece ser uma alternativa viável a médio prazo. Um dos factos que incentivou a criação do TPI foi, sem dúvida, a chamada “fadiga dos tribunais” sentida pelo Conselho de Segurança.

Não parece plausível que os membros permanentes do Conselho de Segurança, nem outros membros das Nações Unidas (que ratificaram o Estatuto do TPI), promovam ou queiram criar tribunais dispendiosos e que, no essencial, concorrem directamente com o TPI.

9. O TPI e o Direito dos Estados de usar a Força em Defesa dos Interesses Morais e de Segurança

A administração americana afirmou também que o facto do Procurador e Juízes do TPI poderem deferir decisões “políticas” sem consentimento dos próprios países, traria consequências indesejáveis. A consequência óbvia seria a existência de um efeito “de gelo” na intenção dos Estados de usar a força, quer nos casos de legítima defesa, quer nos casos de operações humanitárias. Ora, nesta perspectiva, estaríamos perante um sério entrave à soberania dos Estados.

Os defensores do TPI afirmam também que o Tribunal não tem autoridade para fazer juízos relativamente a decisões respeitantes a questões de segurança dos países. O tribunal só pode investigar políticas estatais no sentido de se certificar se essas mesmas políticas conduzem à prática de crimes previstos e punidos pelo Estatuto do TPI. Além disso, o Tribunal não poderá julgar a legalidade do uso da força por parte de um líder – seja em legítima defesa – ao abrigo da Carta das Nações Unidas – seja com o intuito de desenvolver uma acção humanitária – até que o crime de agressão seja definido.

Assim, perante a incapacidade do Tribunal em ajuizar a responsabilidade de um indivíduo que tenha cometido um acto de força qualificado como crime de agressão, é, na opinião dos defensores da doutrina da jurisdição universal e do próprio TPI, inconcebível que líderes políticos hesitem em actuar em auto-defesa ou legítima defesa por causa da existência do TPI. É claro e assente que um Estado que acredita estar em perigo, deve fazer tudo para se proteger.

Mais ainda, se um Estado se defender de outro Estado contra um ataque ou desenvolva uma intervenção humanitária com o objectivo de proteger uma população considerada vulnerável, esse mesmo Estado poderá sempre defender os seus líderes de eventuais acusações de agressão invocando para tal o consentimento do Estado em perigo, ou mesmo do Conselho de Segurança.

10. Pressões Políticas

Um dos receios americanos consistia, em parte, na eventual motivação política que o TPI podia corporizar contra os líderes americanos e as suas forças armadas.

Importa desde logo trazer à colação que uma das mais importantes salvaguardas contra perseguições de natureza política é o próprio princípio da complementaridade inerente ao funcionamento do Tribunal. Como referi anteriormente, este princípio significa que o TPI deverá deferir e remeter a instauração de processos para os tribunais internos, caso o Estado em causa tenha um sistema judicial que cumpre as disposições legais e actue de boa fé. Assim, de acordo com este princípio, os EUA mesmo não sendo membro do Estatuto, tem sempre o direito de instaurar inquéritos sobre cidadãos americanos e removê-los da jurisdição do Tribunal Internacional.

No entanto, é certo que não há ainda hoje forma de demonstrar *à priori* que o Tribunal não enverede pelo pior cenário traçado pelos Estados Unidos da América.

Não obstante tratar-se de um juízo subjectivo, sou da opinião que as tentativas de mau uso do Tribunal - por motivos políticos -, seriam experiências votadas ao fracasso. Em primeiro lugar, porque os membros do TPI são países que fazem cumprir a lei, incluindo os aliados dos EUA e da NATO; por outro lado, nenhum país considerado "inimigo" dos EUA ratificou o tratado, e é muito pouco provável que o venha a fazer, já que isso significaria assumir a jurisdição de um Tribunal sobre crimes cometidos no seu território ou pelos seus cidadãos. Por exemplo, se o anterior regime iraquiano ainda subsistisse (e aderisse ao TPI) e continuasse o genocídio contra os curdos, seria muito provável que o Tribunal pudesse julgar (ou pretendesse julgar) Saddam Hussein.

Em segundo lugar, é preciso notar que cada Estado tem um único voto na Assembleia dos Estados-membros, pelo que mesmo que a associação ao Tribunal tivesse unicamente finalidades políticas, o seu uso seria praticamente inatingível. As decisões tomadas

pela Assembleia, em função do assunto em causa, requerem pelo menos a aprovação por uma maioria simples.

Finalmente, os requisitos da representação regional do estatuto do TPI asseguram que os órgãos do Tribunal sejam afastados de quaisquer pressões políticas.

Na eventualidade de um “*abuso de poder*” poder ocorrer, não controlado, o TPI correria o sério risco, na minha opinião, de perder a sua melhor valência, ou seja, a sua reputação de imparcialidade. A única fonte de poder do TPI reside na autoridade moral que vai conquistando à medida que adquire maturidade enquanto instituição respeitada. Os Estados só poderão vir a reconhecer a validade das deliberações do TPI se acreditarem na sua legitimidade para actuar, sendo certo que o Tribunal não conseguirá sobreviver sem essa legitimidade.

11. A Constituição Americana e o TPI

O Estatuto de Roma (ER) é o espelho da Constituição americana. Garante aos indivíduos acusados de crimes, bem como às suas vítimas, praticamente todos os direitos e garantias que estão consagrados na Constituição Americana.

No essencial, apenas não é consagrado no Estatuto de Roma o julgamento por júri previsto na Constituição Americana. E essa ausência justifica-se pelo facto de ser praticamente impraticável que se consiga fazer uma lista de jurados para julgar casos como *Slobodan Milosevic* (genocídio do Kosovo, 1999) ou *Pol Pot* (Cambodja, 1979).

Assim:

- São escassas as protecções garantidas a cidadãos americanos que sejam acusados de crimes no estrangeiro. Esses cidadãos estão sujeitos a julgamentos em sistemas judiciais estrangeiros, sendo que, na sua larga maioria, também não permitem julgamentos por júri;
- Os EUA assinaram tratados de extradição que autorizam americanos a serem julgados fora do país sem julgamento por júri.
- Mesmo nos EUA, os seus funcionários não têm garantias de poderem ter julgamentos por júri ao abrigo do Conselho de Guerra.

A tudo isto, acresce que a população americana apoiou mais fortemente o TPI do que o seu próprio governo. Uma sondagem realizada em Março de 2000 indicava que

ESTATUTO ROMA	CONSTITUIÇÃO AMERICANA
Presunção de Inocência "Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpabilidade perante o Tribunal" (art. 66)	"O princípio de que existe uma presunção de inocência em abono do acusado é lei irrevogável, axiomática e elementar, e o seu fundamento subjaz (...)
Julgamento rápido e público "O arguido tem direito a ser ouvido em audiência pública ... a ser julgado sem atrasos indevidos" (art. 67-1º)	Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público,... (VIª Emenda)
Direito de ser representado O arguido tem direito a ...comunicar livre e confidencialmente com um defensor da sua escolha (art. 67 b)	Em todos os processos criminais, o acusado terá direito... fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa e de ser defendido por um Advogado
Direito de guardar silêncio "O arguido tem direito a não depor contra si próprio, nem a declarar-se culpado, e a guardar silêncio..." art. 67.g)	O arguido tem direito a ...nem a declarar-se culpado, e a guardar silêncio..." art. 67.g)
Privilégio contra auto-incriminação "Ninguém ...será obrigado em qualquer processo criminal a confessar nem testemunhar" (art.º 54-1), 67-1.g)	"Ninguém ... será obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo" (Vª. Emenda)
Direito à declaração escrita das acusações O arguido tem acesso a uma "cópia do documento especificando os factos constantes da acusação..." (art.º61-3)	Em todos os processos criminais, o arguido terá direito... a ser informado sobre a natureza e a causa da acusação..." (VIª Emenda)
Direito de inquirir as testemunhas de acusação O arguido tem o direito de inquirir ou fazer inquirir as testemunhas de acusação (art.67e)	Em todos os processos criminais, o arguido terá direito... ser confrontado com as testemunhas de acusação
Direito a obter a comparência das testemunhas de defesa e a inquirição destas	Em todos os processos criminais, o arguido terá direito ... obter meios para obter testemunhas em sua defesa" (VIª. Emenda)
Proibição contra crimes Ex-Post Facto "Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, ...a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal". (art.º 22)	Cf. <i>Bill of Attainder</i> - art.º 1
Proteção contra Caso julgado "Ninguém que tenha sido julgado por outro tribunal...pode ser julgado pelo Tribunal." (art.º 20)	...ninguém tem o direito de ser pelo mesmo crime condenado duas vezes em sua vida ou saúde (Vª.Emenda)
Liberdade de mandado de detenção e notificação O Juízo de instrução pode ...emitir mandados de detenção... se existirem motivos suficientes para crer que essa pessoa cometeu um crime de competência do Tribunal...e a detenção dessa pessoa se mostre necessária" (art.º 58)	Nenhum mandado será expedido a não ser que exista fundamentos de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração..." (IVª Emenda)
Direito de comparência em tribunal O arguido tem de estar presente durante o julgamento. (art. 20)	...o direito do arguido estar presente em cada fase do julgamento"
Exclusão da Prova obtida ilegalmente "Não serão admitidas as provas obtidas contra a integridade do processo ou resulte em grave prejuízo deste" (art.º 69-7)	"Se a prova for obtida por violação do disposto na Emenda IV, o seu uso judicial é automaticamente excluído do processo criminal contra a vítima..."
Proibição de julgamentos in absentia O arguido deverá estar presente durante o julgamento" (art.º 63)	No caso de o arguido se ausentar da audiência durante o julgamento, o tribunal poderá actuar do mesmo modo como se estivesse presente

73% dos americanos aprovavam fortemente a eventual detenção de líderes políticos e chefes de governo nos casos de lhes serem imputados certos crimes graves e, conseqüentemente, que fossem julgados pelo TPI (e se considerados culpados punidos). Estes crimes incluíam, por exemplo, a violação dos direitos humanos.

A sondagem indicava também que 66% da população americana acreditava que a constituição de uma nova instituição para julgar criminosos de guerra contribuía para a consolidação da defesa dos direitos humanos.

12. Conclusões

A posição americana é, como podemos constatar, controversa e aparentemente divergente do seu passado histórico. Na verdade, os EUA estiveram profundamente envolvidos nas negociações do Estatuto de Roma (sendo mesmo de referir que um advogado do Exército pertencendo ao Departamento de Defesa Americano conduziu algumas das negociações mais relevantes, nomeadamente, as relativas aos crimes que o Tribunal poderia vir a julgar), que instituiu o TPI, assim como nas reuniões sucessivas. Pode-se mesmo afirmar que o TPI terá sido “fabricado nos EUA”.

Depois do Presidente Clinton ter assinado o Estatuto de Roma a 31 de Dezembro de 2000 (apesar de nunca ter sido apoiado pela sua administração) e de em Maio de 2002, Bush ter anulado esse compromisso, através do famoso anúncio do sub-secretário Mark Grossman, a tensão aumentou significativamente nas relações dos Estados Unidos com os Países Aliados. Bastaria constatar que em toda a história das Nações Unidas, nunca a assinatura de um Tratado tinha sido anulada por qualquer país. O acto de Bush foi visto pelos europeus como um movimento isolacionista em prol dos interesses dos EUA, afastando-se das tradicionais preocupações americanas de defesa dos direitos humanos.

Esta decisão abriu um precedente bastante negativo, e que não será de menos-prezar - o efeito multiplicador da decisão, isto é, poderia (e pode ainda) levar alguns países a não assinar Tratados cujos compromissos estão perfeitamente assumidos.

No Congresso americano, a oposição ao TPI foi liderada pelo Senador Jesse Helms (R-NC) e pelo seu representante Tom DeLay. Helms e DeLay, entre outros, propuseram numerosas “emendas anti-TPI” a leis que suspenderam a dotação de fundos para o envolvimento americano no Tribunal, suspendendo, também, o apoio militar a países que ratificaram o Estatuto de Roma (incluindo a Suíça, a Argentina e a Nova Zelândia),

e autorizando o uso da força para libertar um americano do Tribunal ao abrigo do "American Servicemembers Protection Act".

Finalmente, os EUA lançaram também um ataque ao TPI no seio do Conselho de Segurança da Nações Unidas requerendo imunidade para os seus "peacemakers" em missões da ONU, primeiro em Timor-Leste e, posteriormente, na Bósnia. Os EUA vetaram ainda a extensão do mandato da Nações Unidas para a missão de manutenção de paz na Bósnia, na sequência da recusa de garantia de imunidade por parte do Conselho de Segurança.

Assim, a 12 Julho de 2002, os EUA conseguiram obter uma resolução, apesar da resistência de países pró-TPI através da qual se autorizava o Conselho de Segurança a deferir determinados casos da jurisdição do TPI por um período de 12 meses. A resolução foi conseguida após semanas de duras negociações entre países-membros do TPI, incluindo a União Europeia, o México e o Canadá. Na resolução final, o Conselho de Segurança exprime a intenção de renovar a resolução anual pelo prazo que for necessário. A resolução aplica-se a casos envolvendo "peacemakers" *"em operações estabelecidas ou autorizadas para missões no Afeganistão, e destina-se a casos contra cidadãos de países que não fazem parte do Estatuto de Roma"* (como os EUA).

Hoje, a Assembleia Geral das Nações Unidas continua a discutir, em Nova Iorque, a futura composição do Conselho de Segurança - discussão que se arrasta há mais de dez anos -, e as atenções mundiais concentram-se no próximo Debate Geral sobre as questões mais preocupantes para a comunidade internacional.

O relatório de Kofi Annan sobre a situação internacional é considerado pela imprensa estrangeira e portuguesa como bastante sombrio. O secretário-geral analisa um a um os conflitos que se alastram no mapa mundial e amiúde sublinha a impotência da organização mundial perante o agudizar dos problemas. Kofi Annan destaca em especial a luta contra o terrorismo mundial e a contínua e permanente ameaça de utilização de armas de destruição maciça, fenómenos *«que lançaram uma sombra sobre toda a Terra»*, diz o secretário-geral.

Por outro lado, a questão do acordo que regulará as relações entre a ONU e o novo Tribunal Penal Internacional também tem assumido papel de grande destaque, principalmente, na recente 59.º sessão do plenário mundial. Aliás, foi mesmo o manifesto pretexto para os Estados Unidos da América actualizarem a respectiva posição face ao Estatuto de Roma.

Os Estados Unidos da América, através do seu representante, o embaixador John Danforth, declararam que Washington respeitaria o direito dos Estados em tornarem-

-se partes do Estatuto de Roma, mas reclamou que também deveria ser respeitado o direito daqueles que pretendiam não aderir.

Segundo Danforth, os Estados Unidos da América «*recusam ver as suas tropas e os seus cidadãos submetidos ao estatuto de um tribunal que poderá ser usado com fins políticos e que carece de um mandato do Conselho de Segurança*».

Grande parte dos argumentos utilizados pela oposição ao TPI, sobretudo de alguns politólogos americanos, é resultado de alguns mitos e de algumas concepções que, mais que não seja do ponto de vista jurídico, não são correctas e não correspondem totalmente à verdade.

Por outro lado, também se reconhece que a auto-exclusão dos Estados Unidos da América deste processo não é benéfica para os próprios interesses americanos, nem, obviamente, para os interesses da comunidade internacional.

Conclui-se, pois, que uma Justiça Penal Internacional sem os Estados Unidos da América valerá sempre a pena, pese embora se reconheça, de igual forma, que não terá o impacto que merece, e que o mundo de hoje reivindica.

Reconhece-se, simultaneamente, que o TPI acaba por defender valores e princípios fundamentais – sobretudo, os princípios de justiça, responsabilidade e liberdade – que são partilhados por todos os americanos e que, após um século de violência, é este o Tribunal que está na linha da frente de um movimento global de protecção e preservação dos direitos humanos individuais.

É certo que a história também nos ensinou que foram as forças aliadas, sobretudo americanas, a libertar os presos dos campos de concentração nazi. Contribuíram para o fim das atrocidades cometidas ao longo da 2ª Guerra Mundial. Contudo, é também certo que os Tribunais de Tóquio e de Nuremberga não conduziram à criação de um Tribunal de Guerra permanente e que as consequências desse fracasso são por demais evidentes, entre outros casos, na história recente da Serra Leoa, do Ruanda, de Timor Leste, da antiga Jugoslávia e do próprio Iraque.

Vivemos num mundo em que nações e sociedades são violentamente confrontadas com questões de genocídio, limpeza étnica, violação em massa e crimes de guerra.

Vivemos, pois, num mundo em que a criação de um Tribunal Penal Internacional é um passo de gigante, sendo certo que a sua plena consolidação constituirá, certamente, uma lufada de ar fresco no desenvolvimento de uma justiça penal internacional, que é, nos nossos dias, absolutamente indispensável.