

O TPI NO CENTRO DE UM SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL: DESAFIOS ATUAIS¹

Patrícia Galvão Teles²

pgalvaoteles@gmail.com

Professora de Direito Internacional na Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal)
e Investigadora no OBSERVARE

Resumo

O Tribunal Penal Internacional (TPI) entrou na sua segunda década de operações e estabeleceu-se no centro de um sistema de justiça penal internacional que também inclui jurisdições nacionais e outros tribunais internacionais. No entanto, o TPI continua a enfrentar muitos desafios e, de fato, esses desafios fazem parte das suas características próprias e decorrem das especificidades do direito e das relações internacionais. Neste artigo examinamos, à luz de acontecimentos recentes, quatro desses desafios: 1) Universalidade; 2) Complementaridade; 3) Cooperação; e 4) o Crime de Agressão. Esses desafios ilustram a forma como o TPI e a justiça penal internacional habitam tanto nas culturas da justiça como da política e como estes dois aspetos devem ser tidos em consideração para que esses desafios sejam superados, de modo a que a missão de um instrumento permanente e central para a luta contra a impunidade, que historicamente começou em Roma em 1998, se torne uma parte inerente do mundo atual.

Palavras-chave

Tribunal Penal Internacional; Justiça Penal Internacional.

Como citar este artigo

Teles, Patrícia Galvão (2017). "O TPI no centro de um sistema de justiça penal internacional: desafios atuais". *JANUS.NET e-journal of International Relations*, Vol. 8, N.º 1, Maio-Outubro 2017. Consultado [online] em data da última consulta, <http://hdl.handle.net/11144/3033>

Artigo recebido em 13 de Janeiro de 2017 e aceite para publicação em 13 de Fevereiro de 2017



¹ Artigo desenvolvido no âmbito do projeto de investigação "Justiça Penal Internacional: um Diálogo entre Duas Culturas" do OBSERVARE/UAL, coordenado por Mateus Kowalski e Patrícia Galvão Teles.
² As opiniões expressas neste artigo são estritamente pessoais.



O TPI NO CENTRO DE UM SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL: DESAFIOS ATUAIS³

Patrícia Galvão Teles

I. Introdução

Em 2016, o Tribunal Penal Internacional (TPI) assistiu a um nível de atividade judicial sem precedentes. Esta tendência deverá continuar em 2017. Estão a ser realizados exames preliminares em 10 situações distintas em todas as regiões do mundo (incluindo no Afeganistão, Colômbia, Iraque/Reino Unido, Palestina e Ucrânia), existem 10 investigações em curso (incluindo na Geórgia) e 3 julgamentos foram concluídos em 2016.

Ao mesmo tempo, o TPI está a atravessar momentos delicados do ponto de vista político, com a retirada do Estatuto de Roma de 3 estados africanos (África do Sul, Burundi e Gâmbia) e sinais antagonistas provenientes tanto da Rússia como da nova administração americana.

Simultaneamente, em virtude da falta de universalidade do Estatuto de Roma e do impasse no Conselho de Segurança, algumas situações em que crimes internacionais sérios estão a ser cometidos não podem ser levadas perante o TPI e continua a haver a necessidade de criar mecanismos *ad hoc*, apesar da existência de um tribunal penal permanente, como para os casos do Sudão do Sul e possivelmente Síria.

Quanto à questão da complementaridade, a conclusão do Protocolo de Malabo no contexto da União Africana criou a novidade, para além das jurisdições nacionais, de estabelecer uma complementaridade "regional" e a questão da sua compatibilidade com o Estatuto de Roma.

No plano da cooperação, as dificuldades continuam e afetam a capacidade do Tribunal de cumprir a sua missão, dado o elevado grau de dependência na cooperação dos Estados-membros. Isto tornou-se especialmente evidente no que diz respeito à marcante detenção e entrega de pessoas acusadas pelo Tribunal, em particular de Omar Al-Bashir, do Sudão, um chefe de Estado em exercício, que evidencia a tensão entre o direito tradicional sobre imunidades e a justiça penal internacional.

Outro elemento de tensão que ressurgirá em 2017 prende-se com o crime de agressão, já que agora a decisão sobre a ativação da jurisdição do Tribunal relativamente a este crime pode ser tomada e o crime de agressão tem sido um elemento contencioso do

³ A tradução deste artigo foi financiada por fundos nacionais através da FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia - no âmbito do projeto do OBSERVARE com a referência UID/CPO/04155/2013, e tem como objetivo a publicação na Janus.net. Texto traduzido por Carolina Peralta.



Estatuto do TPI, especialmente para os membros permanentes do Conselho de Segurança.

Estes quatro desafios continuam a colocar no centro das atenções as dificuldades de funcionamento de um mecanismo judicial num ambiente político. Se todo o trabalho judicial for feito nesse contexto, em nenhum Tribunal como o TPI essa dicotomia de justiça versus política se afigura mais evidente.

II. Desafios Atuais

1) Universalidade

A ratificação universal do Estatuto de Roma do TPI tem sido um objetivo constante desde a aprovação do Estatuto de Roma. Em 2016, 124 Estados eram partes no Estatuto, incluindo o Estado da Palestina. Destes, 34 são Estados africanos, 19 são da Ásia-Pacífico, 18 são da Europa Oriental, 28 são da América Latina e das Caraíbas e 25 são da Europa Ocidental e de outros estados.

Em Outubro/Novembro de 2016, a África do Sul, o Burundi e a Gâmbia notificaram o secretário-geral das Nações Unidas (ONU), que é o depositário do Estatuto de Roma, da sua intenção de se retirarem do TPI - uma decisão que, de acordo com o Estatuto, produz efeitos jurídicos apenas um ano após a notificação. Estes países agiram por razões diferentes, incluindo razões políticas internas, mas estas decisões partilham uma crítica declarada ao funcionamento do Tribunal⁴.

Nos últimos anos, muitos estados africanos desenvolveram uma perceção negativa crescente relativamente ao TPI, especialmente tendo em conta que os primeiros casos apresentados a este Tribunal se referiam todos a situações africanas, embora a maioria fosse autorreferência soberana dos próprios estados. Esta perceção negativa e as preocupações relativas à seletividade foram expressas nas reuniões da União Africana, da Assembleia Geral da ONU e do Conselho de Segurança e também na Assembleia dos Estados Partes do TPI⁵.

Embora não se espere um êxodo em massa do Estatuto de Roma e seja ainda possível que essas decisões de retirada sejam revertidas, não obstante afetam a credibilidade e a legitimidade do Tribunal.

Outro aspeto que afeta a credibilidade e a legitimidade do TPI e põe em perigo a sua ambição de universalidade é o fato de que dos 5 membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU (P5) apenas 2 são partes no Estatuto de Roma: a França e os Estados Unidos Reino. Os Estados Unidos, a Rússia e a China não são partes e isso torna a capacidade do Tribunal de exercer plenamente as suas funções muito dependente das atitudes tomadas, especialmente pelos EUA e pela Rússia, no contexto do Conselho de

⁴ Para a totalidade dos argumentos avançados pela África do Sul, veja-se a "Declaração da República da África do Sul sobre a decisão de se retirar do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional", disponível em <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2016/CN.786.2016-Eng.pdf>.

⁵ Cf. N. Waddell e P. Clark, *Courting Conflict? Justice, Peace and the ICC in Africa*, The Royal African Society, 2008; A. Arieff *et al*, *International Criminal Court Cases in Africa: Status and policy issues*, Diane Publishing, 2010; E. Keppler, "Managing setbacks for the International Criminal Court in Africa", *Journal of African Law* (2012-56/1) 1-14; A. Guerreiro, *A resistência dos Estados Africanos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional*, Almedina, 2012; e P. Galvão Teles, "The International Criminal Court and the evolution of the idea of combating impunity: an assessment 15 years after the Rome Conference", *Janus.Net* (2014-2015-5/2).



Segurança e em geral, que têm variado ao longo do tempo, mas que atualmente correm o risco de entrar numa fase particularmente antagónica.

Além disso, após os anos de Bush, os EUA podem estar a caminho de um novo confronto com o TPI. O TPI está a dar início a uma investigação sobre possíveis crimes de guerra no Afeganistão que poderão incluir atos de tortura cometidos pelos militares dos EUA entre 2003 e 2014. Mesmo que isso não se concretize, tendo em conta os sinais dados pelo novo presidente em questões de política externa, a ONU e direitos humanos, prevê-se uma posição defensiva e hostil em relação ao TPI⁶.

A Rússia, por sua vez, em novembro de 2016 "retirou formalmente a sua assinatura"⁷ do Estatuto do Tribunal Penal Internacional - como fizeram os EUA⁸ alguns anos antes, em 2002⁹ - depois do Tribunal ter publicado um relatório classificando a anexação russa da Crimeia como uma ocupação.

Além da investigação em curso sobre os crimes cometidos na Geórgia em 2008, a Rússia também pode estar preocupada com uma possível investigação criminal na Síria, onde as suas forças têm sido repetidamente acusadas de crimes de guerra nos últimos meses. A Rússia assinara o Estatuto de Roma em 2000 e tinha cooperado com o Tribunal, mas não tinha ratificado o Tratado e, portanto, permaneceu fora da jurisdição do TPI. Isto significa que este movimento, embora altamente simbólico, não mudará muita coisa na prática, mas é um sinal de uma atitude futura mais hostil para com o Tribunal.

Além das retiradas e posições antagonistas que ameaçam a pretensão de universalidade do Estatuto de Roma, o facto de o Estatuto não estar universalmente ratificado implica que a necessidade de continuar a criar mecanismos *ad hoc* - como foi feito no passado para a ex-Jugoslávia, Ruanda, Serra Leoa, Camboja ou Líbano - continua presente. Embora sejam mais difíceis de implementar, devido a dificuldades políticas e financeiras, é possível que esses mecanismos *ad hoc* sejam utilizados em pelo menos duas situações prementes: Sudão do Sul e Síria.

Desde dezembro de 2013 têm sido cometidas violações graves do direito internacional humanitário e dos direitos humanos no Sudão do Sul, com crimes que incluem homicídios extrajudiciais, violência étnica, violações e outras formas de violência sexual, e ataques a escolas, locais de culto, hospitais e a pessoal das Nações Unidas e de manutenção da

⁶ Cf. United Nations University Center for Policy Research, "The UN in the Era of Trump", disponível em <https://cpr.unu.edu/the-un-in-the-era-of-trump.html>.

⁷ Numa comunicação recebida em 30 de novembro de 2016, o Governo da Federação Russa informou o secretário-geral do seguinte: "Tenho a honra de informar Vossa Excelência sobre a intenção da Federação da Rússia de não aderir ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, adotado em Roma em 17 de Julho de 1998 e assinado em nome da Federação da Rússia em 13 de Setembro de 2000. Gostaria, senhor secretário-geral, que considerasse este instrumento como uma notificação oficial da Federação Russa de acordo com o parágrafo (a) do artigo 18 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969." Veja-se https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=en.

⁸ Numa comunicação recebida em 6 de Maio de 2002, o governo dos Estados Unidos da América informou o secretário-geral do seguinte: "Informamos, no âmbito do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional adotado em 17 de Julho de 1998, que os Estados Unidos não pretendem tornar-se parte do tratado e, portanto, os Estados Unidos não têm obrigações legais decorrentes da sua assinatura em 31 de dezembro de 2000. Os Estados Unidos pedem que sua intenção de não se tornar parte, como indicado na presente carta, seja refletida nas listas de status de depositário relativas a este tratado." Veja-se https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=en.

⁹ Legalmente, o ato de "retirar a assinatura" de um tratado não existe. O que a Rússia e os EUA fizeram foi comunicar a sua intenção de não se tornarem parte no Estatuto de Roma, a fim de evitar as obrigações de boa-fé decorrentes da assinatura, como previsto no artigo 18 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.



paz que lhe está associado. Apelos à assunção de responsabilidade têm sido feitos em vários fóruns, incluindo o Conselho de Segurança, o Conselho de Direitos Humanos e o Conselho de Paz e Segurança da União Africana, bem como a sociedade civil. Em agosto de 2015, as partes no conflito adotaram um Acordo sobre a Resolução do Conflito, no qual acordaram estabelecer um Tribunal Híbrido para o Sudão do Sul. O Tribunal Híbrido será "um tribunal judicial híbrido independente" e será "instituído pela Comissão da União Africana para investigar e julgar os indivíduos responsáveis por violações do direito internacional e/ou leis aplicáveis ao Sudão do Sul" cometidas após 15 de dezembro de 2013. Em outubro de 2015, o Conselho de Segurança solicitou ao secretário-geral que disponibilizasse assistência técnica para a criação do Tribunal Híbrido. Esta é a primeira vez que as Nações Unidas têm a tarefa de prestar assistência técnica a uma organização regional para a criação de um tribunal híbrido. As Nações Unidas têm uma vasta experiência na criação e funcionamento de tribunais penais internacionais e tribunais apoiados pela ONU e estão em articulação com a Comissão da União Africana para compartilhar as lições aprendidas com experiências passadas¹⁰.

Após a resolução do Conselho de Segurança de submeter a situação síria ao TPI ter sido vetada pela Rússia e pela China em 2014, em 19 de dezembro de 2016 a Assembleia Geral das Nações Unidas votou a criação de uma equipa especial para "recolher, consolidar, preservar e analisar provas" e preparar casos sobre crimes de guerra e abusos de direitos humanos cometidos durante o conflito na Síria. De acordo com a Resolução da Assembleia Geral A/RES/71/248, a equipa trabalhará em coordenação com a Comissão de Inquérito da ONU na Síria, criada pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em Genebra em 2011 para investigar eventuais crimes de guerra. A Comissão de Inquérito, que elaborou uma lista confidencial de suspeitos de todas as partes que cometeram crimes de guerra ou crimes contra a humanidade, tem pedido repetidamente ao Conselho de Segurança da ONU que remeta a situação na Síria para o Tribunal Penal Internacional. A equipa especial "preparará arquivos para facilitar e acelerar processos judiciais justos e independentes de acordo com as normas de direito internacional, em tribunais nacionais, regionais ou internacionais, ou em tribunais que tenham ou possam ter jurisdição sobre esses crimes". A repressão de Assad sobre os manifestantes pró-democracia em 2011 conduziu à guerra civil e os militantes do Estado Islâmico/Daesh têm usado o caos para conquistar território na Síria e no Iraque. Metade dos 22 milhões de pessoas da Síria foram deslocadas e mais de 400 mil mortas¹¹.

A busca de universalidade dos membros e a tentativa de fazer do TPI o centro efetivo da justiça penal internacional a nível global certamente continuará no futuro, apesar dos contratempores recentes. No entanto, não podemos esquecer que o TPI é apenas um tribunal de último recurso para o mais grave dos crimes internacionais mais graves e que nunca terá capacidade, nem nunca tal se pretendeu, para substituir a jurisdição nacional e a responsabilidade original dos estados em matéria de responsabilização por crimes de atrocidade. É por isso que a complementaridade - a nível nacional ou, eventualmente, a nível regional - continua a ser uma característica fundamental da justiça penal internacional, como examinaremos na próxima secção.

¹⁰ Cf. http://legal.un.org/ola/media/info_from_lc/mss/speeches/MSS-ILC-statement-17-May-2016-EN-FR.pdf.

¹¹ Veja-se <https://www.un.org/press/en/2016/ga11880.doc.htm>
<http://mobile.reuters.com/article/idUSKBN14A2H7?il=0>.



2) Complementaridade

O TPI baseia-se no princípio da complementaridade, de acordo com o artigo 17 do seu Estatuto. Trata-se de um Tribunal de último recurso¹² que intervém apenas quando o estado territorial ou de nacionalidade é "incapaz de, ou não quer" instaurar ações judiciais contra crimes internacionais graves que possam ter sido cometidos no seu território ou pelos seus nacionais.

Para que o sistema de complementaridade funcione, os estados têm de dispor de legislação nacional adequada e de instituições judiciais apropriadas. Naturalmente, isto é, só por si, um desafio.

A República Centro-Africana e o Sri Lanka são países que estão a desenvolver, com a ajuda das Nações Unidas e de outras organizações, a capacidade de promover a responsabilidade judicial pelos crimes cometidos durante as suas guerras civis.

Mas enquanto a complementaridade foi inicialmente vista como complementaridade entre o TPI e as jurisdições nacionais, a possível criação de um Tribunal Penal Regional Africano levantou a questão da complementaridade "regional"¹³.

Em junho de 2014, a Assembleia dos Chefes de Estado e de Governo da União Africana (UA), reunida em Malabo, Guiné Equatorial, adotou o Protocolo de Emendas ao Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos (Protocolo de Malabo) e convidou os estados membros da UA a assiná-lo e ratificá-lo¹⁴.

O Protocolo de Malabo alarga a jurisdição do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos (TAJDH) a crimes de direito internacional e crimes transnacionais. O plano original para o TAJDH era que fosse um tribunal com duas seções - uma seção de assuntos gerais e uma seção de direitos humanos. O Protocolo de Malabo introduz uma terceira seção: a seção de direito penal internacional. Assim, se o Protocolo de Malabo entrar em vigor, o TAJDH terá jurisdição para julgar os seguintes 14 crimes: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, crime de mudança inconstitucional de governo, pirataria, terrorismo, mercenarismo, corrupção, lavagem de dinheiro, tráfico de pessoas, tráfico de droga, tráfico de resíduos perigosos, exploração ilícita de recursos naturais e crime de agressão.

Assim, a seção de direito penal internacional do TAJDH poderia servir como um tribunal penal regional africano, com os mesmos objetivos do Tribunal Penal Internacional, mas dentro de um contexto geográfico estreitamente definido e sobre uma lista alargada de crimes.

A adoção do Protocolo de Malabo é aparentemente um passo na direção certa. O tribunal penal regional poderia potencialmente desempenhar um papel positivo num continente persistentemente atingido pelo flagelo do conflito e pela impunidade dos crimes internacionais. Em conflitos recentes e em curso, milhares de civis perderam a vida ou foram mutilados e deslocados das suas casas. Há muitos relatos de assassinatos, tortura, violação, mutilação de corpos, recrutamento de crianças-soldado e destruição

¹² E. Mendes, *Peace and Justice at the International Criminal Court: A Court of last resort*, Elgar, 2010.

¹³ F. M. Jackson, "Regional complementarity: The Rome Statute and Public International Law", *Journal of International Criminal Justice* (2016-14/5) 1061-1072.

¹⁴ Relativamente a este assunto veja-se Amnesty International, *Malabo Protocol – Legal and institutional implications of the merged and expanded African Court*, 2016.



indiscriminada de bens. Tanto os grupos armados como as forças governamentais são responsáveis pelos abusos e violações.

A impunidade é um denominador comum nos conflitos em África, e os suspeitos de responsabilidade criminal por crimes de direito internacional raramente são responsabilizados. Muitas vezes os governos nacionais não estão dispostos ou revelam-se incapazes de conduzir investigações atempadas, independentes, imparciais e eficazes sobre as alegações de crimes internacionais e fazer com que todos os suspeitos de responsabilidade criminal respondam perante a justiça em julgamentos justos. Um tribunal penal regional, tal como previsto no Protocolo de Malabo, tem potencial para preencher esta lacuna de responsabilização.

No entanto, existem preocupações sobre as motivações por trás da proposta de criação da seção criminal do TAJDH. Alguns analistas¹⁵ argumentam que a proposta é uma tentativa por parte da UA de proteger os chefes de estado africanos e altos funcionários do estado de serem responsabilizados quando há motivos razoáveis para acreditar que são criminalmente responsáveis por crimes de acordo com o direito internacional. Além disso, há dúvidas quanto à compatibilidade com o Estatuto de Roma sobre a questão da complementaridade, prevista como uma complementaridade nacional, mas também dada a disposição expressa sobre a imunidade de processo em relação a chefes de Estado, governamentais ou outros funcionários do Estado.

A disposição do Estatuto emendado do TAJDH considerada como sendo a mais controversa é de fato uma cláusula de imunidade. A disposição pertinente (artigo 46.º-Abis) tem a seguinte redação:

"Não serão iniciadas ou prosseguidas quaisquer acusações no Tribunal contra qualquer chefe de Estado ou de Governo da União Africana em serviço, ou contra qualquer pessoa que aja ou possa agir nessa qualidade, ou contra outros altos funcionários do Estado com base nas suas funções, durante os seus mandatos".

Até à data o Protocolo de Malabo ainda não entrou em vigor, tendo sido assinado apenas por 9 estados sem que tenha sido ratificado por nenhum. Uma possível expansão do Protocolo de Malabo do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos poderá assegurar uma maior responsabilização, mas não prejudica o contributo do TPI para a justiça penal. Essa extensão do Tribunal Africano deve ser desenvolvida com pleno respeito e em conformidade com o Estatuto de Roma, que não prevê a imunidade de jurisdição para os chefes de Estado em exercício. Mas é justamente a questão da irrelevância da capacidade oficial de persecução penal que constitui o aspeto mais problemático do Estatuto de Roma para os Estados africanos, como será discutido na próxima seção.

¹⁵ Vejam-se, entre outros, <http://kptj.africog.org/wp-content/uploads/2016/11/Malabo-Report.pdf> e <http://www.ejiltalk.org/a-case-of-negative-regional-complementarity-giving-the-african-court-of-justice-and-human-rights-jurisdiction-over-international-crimes/>.



3) Cooperação

Dos 23 pedidos de detenção e entrega emitidos pelo TPI, 12 ainda estão por executar: (a) Costa do Marfim: Simone Gbagbo, desde 2012; b) República Democrática do Congo: Sylvestre Mudacumura, desde 2012; c) Quênia: Walter Barasa, desde 2013; (d) Líbia: Saif Al-Islam Gaddafi, desde 2011; e) Darfur (Sudão): Ahmad Harun e Ali Kushayb, desde 2007; Omar Al Bashir, desde 2009; Abdel Raheem Muhammad Hussein, desde 2012; e Bahar Idriss Abu Garda, desde 2014; f) Uganda: Joseph Kony, Vincent Otti e Okot Odhiambo, desde 2005.

A detenção e a entrega de pessoas acusadas dependem da cooperação dos Estados Partes no TPI, mas também de todos os membros da ONU nos casos submetidos pelo Conselho de Segurança ao abrigo do capítulo VII da Carta das Nações Unidas, como foi o caso do Sudão e da Líbia, que não são Estados Partes do TPI. O TPI pediu, sem sucesso, ao Conselho de Segurança que agisse sobre a não cooperação em relação a estas duas situações.

Estas detenções pendentes também afetaram significativamente a credibilidade do Tribunal e do sistema concebido pelo Estatuto de Roma.

O caso Bashir foi aquele em que as tensões foram mais evidentes. Em junho de 2015, enquanto participava numa Cimeira da União Africana na África do Sul, a detenção e a entrega do presidente Bashir foram objeto de um pedido de cooperação do TPI à África do Sul. O Tribunal Superior da África do Sul emitiu uma ordem exigindo que ele não fosse autorizado a deixar o país, mas o governo sul-africano permitiu que o fizesse antes que o Tribunal Superior pudesse considerar o mérito do pedido. O Tribunal Superior viria posteriormente a decidir que isso era ilegal. Nos termos da Parte IX do Estatuto de Roma, os Estados Partes - incluindo a África do Sul - têm a obrigação de cooperar com o Tribunal. Isto também se aplica à legislação da nação sul-africana que implementa o Estatuto de Roma.

O governo da África do Sul¹⁶ argumentou que há uma questão jurídica não resolvida decorrente do fato de que o direito internacional prevê que os chefes de Estado em serviço estão imunes à jurisdição penal de outros estados, incluindo a imunidade de detenção e inviolabilidade pessoal. A questão que se levanta é se esta imunidade se mantém nos casos em que as autoridades nacionais são solicitadas a deter um chefe de Estado procurado pelo TPI. A questão torna-se ainda mais complicada quando o chefe de Estado é de um estado que não é parte no Estatuto do TPI, embora o caso tenha sido interposto por uma resolução do capítulo VII do Conselho de Segurança.

Segundo a África do Sul, os artigos 27¹⁷ e 98¹⁸ do Estatuto de Roma representam a interseção da lei sobre imunidades aplicável aos chefes de Estado e de Governo e a

¹⁶ Cf., entre outros, "Declaratory statement by the Republic of South Africa on the decision to withdraw from the Rome Statute of the International Criminal Court" disponível em <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2016/CN.786.2016-Eng.pdf>.

¹⁷ "1. O presente Estatuto aplica-se igualmente a todas as pessoas sem qualquer distinção baseada na capacidade oficial. Em particular, a capacidade oficial como chefe de Estado ou de Governo, membro de um Governo ou Parlamento, representante eleito ou como funcionário público não deve, em caso algum, isentar uma pessoa da responsabilidade penal ao abrigo do presente Estatuto nem, por si só, constitui fundamento para a redução da pena. 2. As imunidades ou regras processuais especiais que possam ser atribuídas à capacidade oficial de uma pessoa, quer por força do direito nacional ou internacional, não impedem o Tribunal de exercer a sua jurisdição sobre essa pessoa."

¹⁸ "1. O Tribunal não pode fazer um pedido de entrega ou de assistência que imponha ao estado requerido uma atuação incompatível com as suas obrigações por força do direito internacional em relação ao estado ou à imunidade diplomática de uma pessoa ou de bens de um estado terceiro, a menos que o Tribunal



obrigação de cooperação dos Estados Partes no Estatuto. A relação entre os Estados Partes e os partidos não estatais continua a ser regida pelo direito internacional consuetudinário que atribui a um chefe de Estado a imunidade *ratione personae*. A detenção de tal pessoa por um Estado Parte, em conformidade com as suas obrigações por força do Estatuto de Roma, pode, por conseguinte, conduzir a uma violação das suas obrigações em matéria de direito consuetudinário.

Este argumento foi rejeitado pelo TPI¹⁹ (embora não de uma forma totalmente coerente em termos dos argumentos jurídicos), e por muitos estados e estudiosos, argumentando, *inter alia*, que o artigo 27 do Estatuto de Roma, seguindo o precedente de Nuremberga, tornou irrelevante a capacidade oficial e as imunidades legais consuetudinárias para efeitos de persecução por tribunais penais internacionais para os Estados Partes do TPI. Além disso, uma vez que a situação do Sudão foi levada ao TPI pelo Conselho de Segurança numa resolução vinculatória do capítulo VII, as obrigações de cooperação decorrentes deste caso também seriam vinculativas para todos os Estados membros da ONU e não apenas os Estados Partes do TPI²⁰.

Estes distintos pontos de vista jurídicos sobre esta questão têm persistido e os analistas e até mesmo a União Africana têm sugerido que esta questão deve ser objeto de um parecer consultivo do Tribunal Internacional de Justiça²¹. Mesmo que não seja esse o caso, seria importante, legal e politicamente, esclarecer essa questão de forma definitiva e consensual, a fim de aliviar algumas das atuais tensões relacionadas com o TPI.

4) O Crime de Agressão

Na fase inicial e durante a Conferência Diplomática de Roma, em 1998, a discussão incidiu sobretudo sobre a inclusão ou não do crime de agressão no grupo dos outros 3 principais crimes internacionais: genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. A discussão não era tanto sobre a possibilidade de instaurar processos criminais contra a agressão a nível individual, uma vez que havia precedentes da Segunda Guerra Mundial (nomeadamente Nuremberga e Tóquio) sobre os então chamados "crimes contra a paz", mas sim se se deveria incluir um crime mais estreito abrangendo apenas "guerras de agressão" ou um mais amplo relacionado com "atos de agressão" contidos na Resolução da Assembleia Geral de 1974, entretanto aprovada. A outra questão espinhosa era a relação entre o TPI e o Conselho de Segurança, ou seja, se o TPI deveria apenas

obtenha primeiro a cooperação desse estado terceiro para a renúncia à imunidade. 2. O Tribunal não pode fazer um pedido de entrega que obrigue o estado requerido a agir de forma incompatível com as suas obrigações por força de acordos internacionais nos termos dos quais o consentimento do estado que envia é exigido antes de entregar uma pessoa desse estado ao Tribunal, a menos que o Tribunal tenha primeiro obtido a cooperação do Estado que envia relativamente ao consentimento sobre a entrega."

¹⁹ Cf. Decisões sobre o Malawi (ICC-02/05-01/09-139-Corr de 13 de Dezembro de 2011), Chade (ICC-02/05-01/09-151 de 26 de março de 2013) e África do Sul (ICC-02/05-01/09-242 de 13 de Junho de 2015).

²⁰ Cf., entre outras, as discussões sobre esta matéria por D. Akande, "International Law Immunities and the International Criminal Court", *American Journal of International Law* (2004-98/3) 407-433; P. Gaeta, "Does President Al Bashir enjoy immunity from arrest?", *Journal International Criminal Justice* (2009-7/2) 315-332; e C. Jalloh, "Reflections on the indictment of sitting Heads of State and Government and its consequences for peace and stability and reconciliation in Africa", *African Journal of Legal Studies* (2014-7/1) 43-59.

²¹ Cf. <http://www.ejiltalk.org/an-international-court-of-justice-advisory-opinion-on-the-icc-head-of-state-immunity-issue/> e http://au.int/en/sites/default/files/decisions/9651-assembly_au_dec_416-449_xix_e_final.pdf.



instaurar processos contra crimes de agressão, uma vez que o Conselho de Segurança determinara a existência desse ato, ou não²².

Durante a Conferência de Roma, várias delegações apresentaram propostas para a inclusão do crime de agressão. Muitos estados apoiaram a inclusão deste crime na jurisdição do Tribunal, desde que fosse possível chegar a acordo sobre uma definição e as condições para o exercício dessa jurisdição.

A fim de não comprometer o resultado global e inviabilizar as negociações, os artigos 5º/1 e 2.º incluíram um compromisso no sentido de incluir o crime de agressão, mas deixando a definição e as condições para o exercício da jurisdição para consideração posterior, nomeadamente na primeira Conferência de Revisão. Um resultado misto foi assim o compromisso possível: o crime estava no Estatuto, mas o Tribunal não podia exercer jurisdição até novas negociações e acordo sobre as duas vias de definição e condições para o exercício da jurisdição.

A resolução F da Ata Final da Conferência Diplomática confirmou que esta era uma questão a ser prosseguida e mandou a Comissão Preparatória do TPI, ou Comissão Preparatória, para continuar a trabalhar na questão da agressão. A resolução F mandou a Comissão Preparatória a preparar propostas para uma disposição sobre a agressão, incluindo a definição e os elementos dos crimes, e as condições sob as quais o TPI exercerá sua jurisdição. Indicou também que a Comissão deveria apresentar essas propostas à Assembleia dos Estados Partes numa Conferência de Revisão, a fim de chegar a uma disposição aceitável sobre o crime de agressão para inclusão no Estatuto.

Na sequência da Conferência de Roma de 1998, a Comissão Preparatória do TPI (Com Prep, 1999-2002) e posteriormente o Grupo de Trabalho Especial sobre o Crime de Agressão (GTECA, 2003-2009) prosseguiram as negociações sobre as questões pendentes relativas ao crime de agressão. Em Fevereiro de 2009, o GTECA chegou a consenso sobre a definição do crime de agressão.

A Conferência de Revisão de 2010 em Kampala usou essa definição e pôde, assim, concentrar-se noutras questões pendentes, como por exemplo as "condições para o exercício da jurisdição". Os Estados Partes aproveitaram a oportunidade histórica e aprovaram a Resolução RC/Res.6 por consenso. A resolução alterou o Estatuto de Roma para incluir, entre outros, o novo artigo 8º bis contendo uma definição do crime de agressão e os novos artigos 15.º bis e 15.º ter, que contêm disposições complexas sobre as condições de exercício da jurisdição.

O compromisso incluiu uma cláusula que impedia o Tribunal de exercer jurisdição sobre o crime de agressão de imediato. Em vez disso, a Assembleia dos Estados Partes teria de tomar mais uma decisão única para ativar a jurisdição do Tribunal, não antes de 2017, por uma maioria de dois terços dos Estados Partes. Além disso, um ano terá que ter decorrido após a 30ª ratificação, já realizada em junho de 2016, antes que o Tribunal pudesse exercer a sua jurisdição sobre o crime de agressão²³.

A Assembleia dos Estados Partes está agora em posição de tomar uma decisão sobre a ativação do TPI relativamente ao crime de agressão. Os membros permanentes do

²² Veja-se S. Barriga e C. Kreß, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, Cambridge University Press, 2012.

²³ Veja-se C. Kreß e L. von Holtendorff, "The Kampala Compromise on the Crime of Aggression", *Journal of International Criminal Justice* (2010-8/5) 1179-1217 e S. Barriga e L. Grover, "A Historic Breakthrough on the Crime of Aggression", *American Journal of International Law* (2011-105/3) 517-533.



Conselho de Segurança, incluindo as Partes do TPI França e Reino Unido, sempre questionaram esse crime, especialmente a relação entre o Conselho de Segurança, que tem a prerrogativa política de declarar que um ato de agressão foi cometido e o TPI, que terá de fazer uma análise judicial, e não política.

Embora as emendas de Kampala tenham salvaguardado muitas das preocupações dos P5, espera-se que a ativação da jurisdição sobre o crime de agressão possa trazer outro nível de tensão no âmbito do TPI no atual contexto político. É, portanto, de extrema importância que este processo continue a ser construído numa base sólida na próxima Assembleia dos Estados Partes e que o compromisso de Kampala não seja reaberto.

III. Algumas Conclusões: Justiça vs. Política

O Estatuto de Roma do TPI foi, sem dúvida, um dos tratados internacionais mais significativos assinados no pós-guerra fria, num momento em que o direito internacional e as instituições internacionais viviam um momento muito positivo. Estava no centro do discurso político na reação contra as atrocidades mais graves cometidas desde a Segunda Guerra Mundial, nomeadamente na antiga Jugoslávia e no Ruanda.

Atualmente, provavelmente não seria possível repetir essa façanha e criar algo a partir das instituições mais inovadoras na arena internacional, rompendo com o modelo vestefaliano de soberania, mas ao mesmo tempo fortemente ancorado nesse modelo, dada a dependência na participação voluntária do Estado e na cooperação.

O TPI, em conjunto com os estados, esforça-se por promover o Estado de Direito, o respeito pelos direitos humanos e a paz sustentável, de acordo com o Direito Internacional e com os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas.

Com o crescente volume de trabalho do Tribunal, todos os esforços de cooperação são fundamentais para a credibilidade do Tribunal e para que o TPI desempenhe o papel que lhe foi conferido pelo Estatuto de Roma, não só para garantir a responsabilização dos autores dos crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional no seu todo, mas também para assegurar que os direitos das vítimas prevaleçam. Deve igualmente salientar-se que o TPI tem um carácter complementar e que não foi criado para substituir os estados. Levar os responsáveis pelos crimes mais graves à justiça é, em primeiro lugar e acima de tudo, uma responsabilidade dos estados e o Tribunal deve agir apenas quando as autoridades nacionais falham ou não estão em condições de tomar as medidas necessárias para garantir a responsabilização por tais crimes.

No entanto, não podemos esquecer que o TPI, apesar de ser uma instituição judicial, habita no mundo da *realpolitik*. Tal como foi dito: "Este é um ambiente duro para a planta delicada da justiça internacional. Mas também é um mundo onde a procura e a necessidade de responsabilização nunca foram tão grandes"²⁴.

Como vimos, os desafios são imensos e o momento político é delicado para a instituição. Mas o TPI está aqui para ficar e está a tornar-se uma característica inerente ao mundo de hoje. Ambos os aspetos da justiça e da política têm de ser considerados para superar esses desafios, para que a missão de um instrumento permanente e central na luta contra

²⁴ <http://blog.oup.com/2015/11/three-challenges-international-criminal-court/>.



a impunidade e que historicamente começou em Roma em 1998, se torne parte definitiva do mundo atual.

Referências bibliográficas

Akande, D. 2004, "International Law Immunities and the International Criminal Court", *American Journal of International Law* (2004-98/3), 407-433.

Amnesty International 2016, *Malabo Protocol – Legal and institutional implications of the merged and expanded African Court*.

Arieff, A. et al 2010, *International Criminal Court Cases in Africa: Status and policy issues*, Diane Publishing.

Barnes, G. P. 2011, "The International Criminal Court's Ineffective Enforcement Mechanisms: the Indictment of President Omar Al Bashir", *Fordham International Law Journal* (2011-34/6), 1584-1619.

Barriga, S. and Grover, L. 2011, "A Historic Breakthrough on the Crime of Aggression", *American Journal of International Law* (2011-105/3), 517-533.

Barriga, S. and Kreß, C. 2012, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, Cambridge University Press.

Bellelli, R., (ed.) 2010, *International Criminal Justice: law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate.

Blaise, N. 2012, "Les interactions entre la Cour Pénale Internationale et le Conseil de Sécurité : justice versus politique ? ", *Revue de la Faculté de Droit de L'Université de Liège* (2012-57/1-2) 61-98.

Boas, G., Schabas, W. & Scharf, M. (eds.) 2012, *International Criminal Justice: legitimacy and coherence*, Elgar.

Carter, L. et al 2016, *The International Criminal Court in an Effective Global Justice System*, Elgar.

Cassese, A. 2008, *International Criminal Law*, Oxford University Press.

Cronin-Furman, K. 2013. "Managing expectations: International criminal trials and the prospects for deterrence of mass atrocity", *The International Journal of Transitional Justice*, 1-21.

Gaeta, P. 2009, "Does President Al Bashir enjoy immunity from arrest?", *Journal International Criminal Justice* (2009-7/2), 315-332.

Guerreiro, A. 2012, *A resistência dos Estados Africanos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional*, Almedina.

Jackson, M. 2016. "Regional complementarity: The Rome Statute and Public International Law", *Journal of International Criminal Justice* (2016-14/5), 1061-1072.

Jalloh, C. 2014, "Reflections on the indictment of sitting Heads of State and Government and its consequences for peace and stability and reconciliation in Africa", *African Journal of Legal Studies* (2014-7/1), 43-59.



- Keller, L. M. 2008, "Achieving peace without justice: the International Criminal Court and Ugandan alternative justice mechanisms", *Connecticut Journal of International Law* (2008-23), 209-279.
- Keller, L. M. 2008, "The false dichotomy of Peace versus Justice and the International Criminal Court", *Hague Justice Journal* (2008-3/1), 12-47.
- Keppler, E. 2012, "Managing setbacks for the International Criminal Court in Africa", *Journal of African Law* (2012-56/1), 1-14.
- Kreß, C. and Holtzendorff, L. von 2010, "The Kampala Compromise on the Crime of Aggression", *Journal of International Criminal Justice* (2010-8/5), 1179-1217.
- Mendes, E. 2010, *Peace and Justice at the International Criminal Court: A Court of last resort*, Elgar.
- Piranio, C. et al, 2011, "Reflections on the Rome Statute", *Cambridge Review of International Affairs* (2011-24/3), 307-447.
- Roach, S. C. 2013, "Legitimising negotiated justice: the International Criminal Court and flexible governance", *International Journal of Human Rights* (2013-17/5-6), 619-632.
- Rothe, D. et al 2013, *The realities of international criminal justice*, Brill.
- Schabas, W. 2012, "The International Criminal Court: struggling to find its way", in A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia: the future of International Law*, Oxford University Press.
- Sidiki, A. 2012, "La Cour Pénale Internationale : une justice à double vitesse ?", *Revue du Droit Public et de la Science Politique* (2012-128/4), 1013-1030.
- Stahn, C. (ed.) 2015, *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press.
- Steinberg, R. (ed.) 2016, *Contemporary issues facing the International Criminal Court*, Brill.
- Teles, P. Galvão 2014, "The International Criminal Court and the evolution of the idea of combating impunity: an assessment 15 years after the Rome Conference", *Janus.net* (2014-2015-5/2).
- Trahan, J. 2013, "The relationship between the International Criminal Court and the UN Security Council: Parameters and best practices", *Criminal Law Forum* (2013-24), 417-473.
- Waddell, N. and Clark, P. 2008, *Courting Conflict? Justice, Peace and the ICC in Africa*, The Royal African Society.
- Wet, E. de 2008, "The relationship between the International Criminal Court and ad hoc criminal tribunals: competition or symbiosis?", *Die Friedens-Warte* (2008-83/4), 33-57.