

JOSÉ MANUEL PUREZA

Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais e Observatório Permanente da Justiça Portuguesa

Da cultura da impunidade à judicialização global: o Tribunal Penal Internacional

121

A criação do Tribunal Penal Internacional é avaliada à luz da tendência actual para a globalização do Estado de Direito e a homogeneização global dos sistemas judiciais. Coloco dois problemas principais: em primeiro lugar, o de saber se o Estatuto de Roma, que institui o Tribunal Penal Internacional, rompe com o legado vestefaliano da natureza estritamente estatal das jurisdições crimi-

nais ou se, ao invés, apresenta decisivos traços de continuidade relativamente a essa memória; em segundo lugar, o da adequação da solução judicial e do seu modo de ser específico à superação dos Estados e políticas genocidas e à satisfação das considerações elementares de humanidade como exigências básicas da ordem pública mundial contemporânea.

A configuração e a delimitação substantiva de uma ordem pública internacional são, hoje, indeclináveis tarefas de definição do conteúdo político da governação global e objecto da intensa batalha política que está a ocorrer a esse nível. Vai nesta afirmação pressuposta uma opção teórica marcada sobre o fenómeno da governação global: não a entendo como uma mera categoria técnica, resultante de uma simples ampliação da escala de actuação das tradicionais lógicas de governação – ou seja, uma superação dos défices regulatórios do Estado-nação através de um reforço planetário da aliança estratégica entre os princípios do estado e do mercado. À essa visão, tecnocrática e conservadora – que se limita a identificar a governação global como uma governação sem governo [*governance without government*] (Rosenau, 1992), mas que nada diz sobre o conteúdo das políticas que nela se levam a cabo – opõe-se uma construção alternativa da governação global. Alternativa no procedimento, desde logo, ao atribuir um papel central aos mecanismos de

**Ordem pública,
tribunais e
governação
global**

participação da chamada sociedade civil transnacional nas decisões de alcance global (construção democrática, da base para o topo, da governação global). Mas alternativa sobretudo na substância, ao impor-lhe uma imprescindível centralidade de um núcleo de valores políticos fundamentais:

[...] a governação global, em si mesma, é normativamente neutra. Tanto pode ser um veículo de reestruturação em favor dos ricos e poderosos como um veículo de reestruturação em favor dos pobres e vulneráveis. A governação humana [...], que é a variante preferível de entre o vasto leque de possibilidades abrangidas pela governação global, [...] sublinha os critérios de sucesso baseados nas pessoas e, como tal, aferidos pelo declínio da pobreza, da violência e da poluição e pelo crescimento da adesão aos direitos humanos e às práticas constitucionais, especialmente em relação às camadas mais vulneráveis da sociedade, e bem assim pelas mudanças axiológicas do materialismo, consumismo e patriarcalismo para a plena realização humana. (Falk, 1995: 11-14)

Cabe neste combate transformador – teórico, político e institucional – um lugar especial para o discurso sobre o Direito Internacional. Com efeito, do Direito Internacional contemporâneo espera-se que, sem deixar de ser instância reguladora da coexistência entre os Estados, se assuma como discurso antecipador de uma comunidade universal densa (Pureza, 1998). Este entendimento do Direito Internacional – que prefigura a sua «condenação» a transformar-se em *direito interno da humanidade* (Abi-Saab, 1991: 11) e, com isso, a ser discurso legitimador e antecipador de uma ordem pública mundial politicamente disputada – está hoje a encontrar expressões normativas e institucionais de grande pujança simbólica. A figura dos crimes internacionais e a proliferação de tribunais internacionais são proventura as manifestações mais importantes desta dinâmica.

É objectivo deste artigo interrogar o sentido deste fenómeno. A criminalização da barbárie (Carrillo, 2000), com a sua materialização institucional máxima na criação do Tribunal Penal Internacional, merece ser avaliada à luz dos desenvolvimentos actuais da globalização do Estado de Direito e da tendência para uma padronização global dos sistemas judiciais. Este é um fenómeno muito recente, traduzido, na óptica de Boaventura de Sousa Santos, na «crescente visibilidade política e social dos sistemas judiciais em todo o globo, com crescente protagonismo dos tribunais, dos juízes

e dos órgãos de acusação pública quer na vida pública quer nos *mass media*, e na transformação dos assuntos e procedimentos judiciais, outrora vistos como algo exótico, em frequente motivo de conversa entre os cidadãos comuns» (Santos, 1999: 51). Este autor interpreta esta transformação como um suporte indispensável da efectivação dos três consensos que animam a globalização hegemónica: o consenso económico neoliberal, o consenso sobre o Estado fraco e o consenso sobre a democracia liberal. É neste quadro que os tribunais têm vindo a ser vistos, à escala mundial, como os mecanismos mais sólidos de garantia da «boa governação» (*good governance*), em que a previsibilidade e segurança jurídicas necessárias ao desenvolvimento neoliberal e à dinamização dos mercados em que ele assenta se constituem em objectivos estratégicos.

Este contexto de articulação entre a centralidade dos tribunais e a globalização neoliberal, assim enunciado, cinge-se aparentemente a um somatório mundial de transformações nacionais. Por outras palavras, parece não haver qualquer ponto de contacto entre ele e o surgimento de tribunais internacionais como o TPI. Pois bem, importa indagar se os indicadores normativos (codificação dos crimes internacionais) e institucionais (criação de tribunais internacionais, com especial destaque para o TPI) da criminalização da barbárie não serão afinal extensões planetárias daquela mesma lógica de globalização judicial. Trata-se, ou não, também aqui, de globalizar um localismo, isto é, de conferir um estatuto mundial a uma fórmula técnico-jurídica (a tipificação de crimes), procedimental (a litigação segundo a lógica do princípio do contraditório) e institucional (os tribunais) característica da cultura jurídica dominante, em detrimento de outras vias, tidas doravante como imperfeitas e residuais?

Para ensaiar uma resposta a esta questão, procurarei de seguida analisar dois problemas principais. Em primeiro lugar, o de saber se o Estatuto de Roma, que institui o Tribunal Penal Internacional, rompe com o legado vestefaliano da natureza estritamente estatal das jurisdições criminais ou se, ao invés, apresenta decisivos traços de continuidade relativamente a essa memória. Em segundo lugar, procurarei analisar criticamente a adequação da solução judicial e do seu modo de ser específico à superação dos Estados e políticas genocidas e à satisfação das considerações elementares de humanidade como exigências básicas da ordem pública mundial contemporânea.

O legado judicial de Vestefália

124

Matriz de toda a regulação jurídica moderna, a territorialidade é também o conceito de referência do direito penal e dos seus suportes institucionais no âmbito do sistema interestatal herdado de Vestefália. O princípio da territorialidade da jurisdição é, pois, uma materialização específica desse princípio fundador da regulação interestatal. O Direito Internacional tradicional, vocacionado estritamente para a garantia da coexistência das soberanias, incluiu nesse núcleo de regras básicas de regulação das competências dos Estados o princípio segundo o qual os tribunais de cada Estado têm jurisdição sobre os crimes cometidos no seu território. Esta formulação fechadamente vestefaliana, característica de um entendimento absolutizador das soberanias nacionais, foi sendo temperada com a consideração de um conjunto de títulos de habilitação de jurisdição, que «estabelecem um nexo ou conexão entre o Estado e o objecto da sua competência que justifique o respectivo exercício extra-territorial» (Márquez, 2000: 370). Mas esses nexos de jurisdição extra-territorial são, eles próprios, expressões de dimensões tradicionais da soberania do Estado e de funções clássicas do Direito Internacional: competência para julgar crimes cometidos por cidadãos nacionais fora do território do Estado (princípio da personalidade activa) ou para julgar crimes cometidos contra cidadãos nacionais, ainda que fora do respectivo território (princípio da personalidade passiva). O vínculo da nacionalidade – do delinquente ou da vítima – era, portanto, o único critério admitido pelo Direito Internacional tradicional para ocupar o lugar da territorialidade na fundamentação das competências judiciais interestatais (Fernández, 1999: 311).

O impacto perturbador trazido pela consolidação normativa da noção de comunidade internacional na transição paradigmática em curso no Direito Internacional veio a traduzir-se no surgimento de um princípio de cariz inovador, o *princípio da universalidade*, de acordo com o qual cada Estado está habilitado a perseguir actividades criminosas tipificadas, seja julgando, seja extraditando para julgamento, sem que se verifique no caso concreto qualquer dos nexos de jurisdição tradicionais: territorialidade ou nacionalidade. Essa tipificação incide, desde tempos remotos, precisamente sobre delitos graves contra bens e valores considerados consensualmente como nevrálgicos para a comunidade internacional no seu conjunto. A pirataria em alto mar foi porventura o primeiro desses *delicta juris gentium*. Mas foi preciso esperar pelas Convenções de Genebra de Direito Internacional Humanitá-

rio de 1949, para que se positivasse juridicamente de forma clara o princípio da jurisdição universal. Assim, o artigo 49.º da I Convenção estatui que «cada uma das Partes Contratantes tem a obrigação de perseguir as pessoas acusadas de terem praticado ou ordenado a prática de qualquer das infracções graves, e deverá fazê-las comparecer diante dos seus próprios tribunais, seja qual for a nacionalidade dos acusados. Poderá também, se o preferir, e de acordo com as disposições previstas na sua legislação, entregá-las para que sejam julgadas por outra Parte Contratante interessada [...]». Assim, perante suspeitos da prática de actos como homicídio intencional, tortura ou tratamentos desumanos, inflicção de sofrimentos cruéis, destruição ou apropriação de bens sem justificação por necessidades militares, detenção de reféns, etc., de que seja vítima algum dos beneficiários de protecção pela Convenção, todos os Estados estão obrigados a proceder ao seu julgamento ou a colocar tais acusados à disposição de outras jurisdições interessadas através do procedimento da extradição. Às Convenções de Genebra associam-se no acolhimento do princípio da universalidade de jurisdição muitos outros tratados internacionais: a Convenção de Tóquio sobre infracções ou outros actos cometidos a bordo de aeronaves (1963), a Convenção de Haia sobre repressão da toma ilícita de aeronaves (1970), a Convenção de Montreal para a repressão de actos ilícitos contra a segurança da aviação civil (1971), a Convenção de Nova York para prevenção e punição de delitos contra pessoas internacionalmente protegidas incluindo os agentes diplomáticos (1973), a Convenção de Nova Iorque sobre a toma de reféns (1973), a Convenção de Roma para repressão de actos ilícitos contra a segurança da navegação marítima, a Convenção de Estrasburgo para a repressão do terrorismo (1977) ou ainda a Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes (1984).

Não obstante esta afirmação do princípio da jurisdição universal em tratados internacionais, o certo é que se registou um congelamento da aplicação desta qualificação durante cerca de meio século. Somente após a aprovação dos estatutos dos tribunais internacionais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda se desencadeou uma dinâmica de promulgação de legislações nacionais que legitimam o exercício de jurisdição universal sobre crimes praticados na ex-Jugoslávia (Alemanha, Áustria, Dinamarca, Holanda, Suíça, Suécia) e no Ruanda (Bélgica, França e Suíça). Estas vagas foram refor-

çadas pela abertura, na Itália e na Suíça, de investigações criminais sobre a prática de tortura, execuções extra-judiciais ou desaparecimentos forçados ocorridos na Argentina dos coronéis; e, como é sobejamente conhecido, pelos pedidos de extradição apresentados ao Reino Unido por Espanha, Bélgica, França e Suíça relativamente ao ditador chileno Augusto Pinochet. Anote-se que os Estados Unidos são parte em todos os tratados mencionados, tendo por diversas vezes os tribunais americanos exercido a jurisdição universal sobre cidadãos de outros Estados com base nos tratados que a tal habilitam (Márquez, 2000: 379).

De Nuremberga a Roma

Esta presença do humanitário no núcleo fundamental de matérias objecto de ordem pública mundial – e, como tal, fundamento do desenvolvimento de regimes normativos e institucionais de superação da territorialidade da jurisdição dos Estados – está longe de ser uma aquisição recente. Mesmo sem recuarmos a 1872 e à proposta do primeiro Presidente do Comité Internacional da Cruz Vermelha, Gustave Moynier, para a criação de uma instituição judicial internacional para prevenir e reprimir as infracções à Convenção de Genebra de 1864 para protecção dos militares feridos dos exércitos em campanha, encontramos no Tratado de Sèvres, de 1923, como reacção à matança turca de mais de um milhão e meio de arménios, a renovação desta proposta de criação de um tribunal internacional, referido pela primeira vez à figura de «crimes contra a humanidade».

Foi, porém, a formação de um assinalável consenso ético favorável à condenação dos crimes perpetrados pelo bloco nazi-fascista na II Guerra Mundial que esteve na base dos progressos registados, desde então, nesta matéria. Desde logo, o Estatuto do Tribunal Militar Internacional, celebrado em Londres em Agosto de 1945, acolheu a tese da responsabilidade criminal internacional directa do indivíduo em três situações: *crimes contra a paz* – «a direcção, preparação, desencadeamento ou a prossecução de uma guerra de agressão ou em violação dos tratados, garantias ou acordos internacionais, ou a participação num plano concertado ou num complot para a perpetração de quaisquer dos actos precedentes»; *crimes de guerra* – «assassinato, maus tratos ou deportação para trabalho em condições de escravatura ou com qualquer outro propósito, da população civil dos territórios ocupados, assassinato ou maus tratos dos prisioneiros

de guerra [...], execução de reféns, saque de propriedade pública ou privada, destruição injustificada de cidades ou de povoações ou a devastação não justificada por necessidades militares»; e *crimes contra a humanidade* – «o assassinato, o extermínio, a escravização, a deportação e qualquer acto desumano cometido contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, na medida em que tais actos, constituindo ou não uma violação do direito interno do país em que tenham sido praticados, sejam cometidos ao ser perpetrado um crime sujeito à jurisdição do tribunal ou em relação com ela».

127

A provar a centralidade que a codificação operada em Nuremberga ocupa neste domínio do Direito Internacional está o facto de o conteúdo substantivo deste elenco ter permanecido como núcleo de todos os desenvolvimentos normativos posteriores. Foi, desde logo, o que aconteceu com a primeira versão do projecto de Código sobre Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade, apresentada pela Comissão de Direito Internacional à Assembleia Geral das Nações Unidas em 1954. E mesmo o novo projecto deste Código, aprovado pela Comissão de Direito Internacional em segunda leitura em 1996, apesar de actualizar o alcance do critério definidor adoptado anteriormente e ensaiar algum distanciamento conceptual relativamente à figura dos crimes de guerra em sentido amplo, acaba, ainda assim, por se reconduzir à tripla sistematização do sistema de Nuremberga.

Este trabalho de definição substantiva de crimes contra a paz e a segurança da humanidade veio a convergir com a discussão em torno do projecto de estatuto para um tribunal penal internacional. Também aqui o fim da Guerra Fria significou a retoma revigorada de um debate que havia ficado adormecido nos braços da *realpolitik* desde 1954. Essa retoma foi significativamente intensificada pela actuação do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que, através das resoluções 808 e 827, de 1993, criou, respectivamente, o Tribunal Internacional para Julgamento dos Crimes praticados na ex-Jugoslávia e o Tribunal Internacional para Julgamento dos Crimes cometidos no Ruanda. Foi neste quadro que nova iniciativa de elaboração de um estatuto para um tribunal internacional criminal permanente foi desencadeada por Trindade e Tobago junto da Assembleia Geral das Nações Unidas, culminando na aprovação desse mesmo estatuto na conferên-

**O TPI:
ruptura ou
continuidade?**

cia diplomática de Roma, em 17 de Julho de 1998, por 120 Estados (incluindo todos os da União Europeia), contra 7 (Estados Unidos, Índia, Israel, China, Filipinas, Turquia e Sri Lanka) e 21 abstenções (sobretudo de países árabes).

O Estatuto de Roma representa o culminar de muitos anos de preparação na Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, que trabalhou na elaboração de um projecto de estatuto para o tribunal, como matéria prioritária, desde 1992. A criação de um Comité Ad Hoc em 1994, posteriormente transformado em Comité Preparatório, permitiu ultimar quer a redacção do projecto de estatuto quer a convocação de uma conferência diplomática de plenipotenciários para a sua aprovação final (Escaraméia, 2001: 256).

Nas cinco semanas que durou a Conferência de Roma, celebraram-se 183 sessões das diversas comissões e do plenário, num total de 549 horas de reunião. Participaram na conferência 2818 pessoas, sendo 1400 representantes dos 160 governos acreditados, 32 representantes de organizações internacionais intergovernamentais e 553 representantes de organizações não governamentais, para além dos 350 enviados pelos meios de comunicação (Carrión, 2000: 488). Estes números são reveladores do papel crucial desempenhado, em todo o processo de preparação do Estatuto de Roma, pelas expressões organizadas da sociedade civil transnacional, desde a Amnistia Internacional ou a Human Rights Watch, ao Partido Radical Transnacional ou ao Comité Internacional «Não à Paz sem Justiça», passando por uma miríade de organizações locais de defesa dos direitos humanos. O seu desempenho de permanente instigação dos representantes governamentais, em nome da sociedade civil, permite afirmar que «o Estatuto de Roma confirma a pujança das ONG's como actores do Direito Internacional em busca da sua identidade» (Martín, 2000: 36).

Esse forte envolvimento da sociedade civil global no desenho do TPI associa a Conferência de Roma à realização prática do conceito de «novo internacionalismo», isto é, ao estabelecimento de parcerias estratégicas entre Estados e coligações transnacionais de ONG's, em que os primeiros assumem o papel de facilitadores e potenciadores internacionais das iniciativas contra-hegemónicas das ONG's assumindo-as como suas bandeiras diplomáticas. Com efeito, no decurso do processo negocial, foi formado um grupo de *like-*

minded states, composto por 60 países (com Portugal em posição de destaque) e que, em íntima colaboração com as ONG's mais activas, se fez porta-voz do primado da criação de um tribunal penal internacional viável, sólido, imparcial, independente e eficaz. Este grupo enfrentou dois tipos de oposições: de um lado, a daqueles Estados, sobretudo afro-asiáticos, para quem a simples existência de um TPI constituiria um potencial ataque à sua soberania; do outro, as grandes potências, membros permanentes do Conselho de Segurança, que pretendiam monopolizar nesse órgão, em que dispõem de direito de veto, a legitimidade de submissão de situações à justiça penal internacional (Carrillo, 2000: 22).

O conteúdo do Estatuto não podia, pois, ser mais do que um compromisso entre ruptura e continuidade com o legado de Vestefália.

A continuidade sobressai em três aspectos principais do Estatuto do TPI:

a) Em primeiro lugar, na (limitação da) amplitude da legitimidade processual diante do Tribunal. O Estatuto de Roma não assumiu o esperado arrojo que rompesse com o *status quo* em matéria de personalidade jurídica internacional. Com efeito, nem as organizações internacionais nem as organizações não-governamentais nem mesmo os indivíduos vêm ser-lhes reconhecida legitimidade para activar a acção penal junto do TPI. A solução adoptada em Roma – segundo a qual essa legitimidade cabe apenas a uma de três entidades: um Estado parte no Estatuto, o Conselho de Segurança das Nações Unidas ou o Procurador¹ – constitui, no mínimo, uma travagem numa tendência que se vinha afirmando no Direito Internacional favorável à atribuição de capacidade processual activa aos particulares diante de certas instâncias judiciais internacionais como o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia ou o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (este último após a entrada em vigor do Protocolo n.º 11, precisamente em 1998). Trata-se, portanto, de uma construção

¹ De acordo com o artigo 42.º do Estatuto de Roma, «o Gabinete do Procurador actua de forma independente, enquanto órgão autónomo do Tribunal. Compete-lhe recolher comunicações e qualquer outro tipo de informação, devidamente fundamentada, sobre crimes de competência do Tribunal, a fim de as examinar e investigar e de exercer a acção penal junto do Tribunal». O Procurador, que deverá ter elevada idoneidade moral, elevado nível de competência e vasta experiência prática em matéria de processo penal, será eleito por escrutínio secreto e por maioria absoluta de votos dos membros da Assembleia dos Estados Partes.

conservadora da legitimidade processual, a qual comporta importantes impactos negativos. Por um lado, fica favorecida a impunidade de crimes que, por não afectarem especialmente a paz ou a segurança internacionais, tenderão a ser ignorados pelos Estados e, em especial, pelos membros do Conselho de Segurança, pois que a sua denúncia pública costuma ser assumida pelas vítimas ou por ONG's de carácter humanitário. Por outro lado, a ausência de legitimidade processual dos particulares vem acentuar a já de si exagerada dependência do TPI relativamente ao Conselho de Segurança. Excluída aquela e conhecido o temor dos Estados relativamente a um eventual efeito *boomerang* das denúncias por si apresentadas, antevê-se o peso relativo que o Conselho de Segurança virá a ter na dinamização da actividade do TPI (Pereira, 1998: 40-41). O Conselho pode, ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, tanto denunciar uma situação em que haja indícios da prática de um dos crimes para cujo julgamento o tribunal é competente como ordenar a suspensão do inquérito ou do procedimento criminal (artigos 13.º b) e 16.º do Estatuto). Aos particulares fica, pois, atribuída tão só a competência para transmissão da *notitia criminis*, isto é, o direito de remeterem ao Procurador informações sobre crimes da competência do TPI que possam originar uma investigação conducente a um processo (artigo 15.º do Estatuto).

b) Um segundo traço de continuidade do figurino do TPI relativamente à herança judicial de Vestefália reside no conjunto de requisitos prévios ao exercício de jurisdição do Tribunal.

Com efeito, a competência do Tribunal Penal Internacional estende-se aos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão (artigo 5.º) (embora, de acordo com o art. 5 n.º 2, a competência do Tribunal relativamente a esta última categoria de crimes, fique suspensa e na dependência de actos de qualificação concretos para os quais o Conselho de Segurança das Nações Unidas é, segundo a Carta das Nações Unidas, a única instância legítima). Para tanto, o Estatuto prevê três vias de impulso processual: a) denúncia, por um Estado membro, ao Procurador; b) investigação *ex officio* do Procurador, mediante prévia autorização da Câmara de Assuntos Preliminares; e c) iniciativa do Conselho de Segurança das Nações Unidas no desempenho das funções previstas pelo Capítulo VII da Carta. Ora, relativamente às duas primeiras situações, o Tri-

bunal só poderá exercer a sua competência se forem partes no Estatuto – ou hajam aceiteado a sua jurisdição, não sendo partes – ou o Estado de nacionalidade do arguido ou o Estado em que se tenham praticado os actos objecto de juízo (artigo 12.^o). Isto significa que, como bem conclui Luigi Condorelli (1999: 16), «nenhum futuro Pol Pot ou Pinochet que tenha exterminado os seus cidadãos em território nacional poderá ser trazido ante o Tribunal, nem por iniciativa do Procurador (artigo 13.^o c)) nem de outro Estado (artigo 13.^o a)) se o seu próprio país tiver tido a “prudência” de não ratificar o Estatuto de Roma; ressaltando, bem entendido, a possibilidade de o processo ser desencadeado, nesse caso, pelo Conselho de Segurança com base no Capítulo VII (artigo 13.^o b))». Ao que acresce que, ao abrigo do artigo 124.^o, um Estado parte pode, por declaração unilateral, subtrair à competência do Tribunal, por um prazo de sete anos, crimes de guerra cometidos no seu território ou por nacionais seus.

Maria del Cármen Márquez Carrasco avalia assim as consequências deste desenho dos requisitos prévios de jurisdição:

As condições prévias para o exercício da competência, isto é, os nexos de jurisdição, supõem que o TPI será durante anos principalmente uma criatura do Conselho de Segurança [...]. O Artigo 12.^o estabelece um regime conservador, mais limitado que a jurisdição universal e mais restritivo que os regimes incorporados em alguns tratados internacionais de direitos humanos e de Direito Internacional Humanitário. (2000: 380)

De facto, a grande maioria dos Estados reunidos em Roma advogava a atribuição ao TPI de jurisdição universal sobre os crimes de lesa-humanidade, consagrando assim para aquela instância internacional o mesmo tipo de solução que a adoptada nos seus ordenamentos internos relativamente a esses crimes. Todavia, um esforço diplomático de última hora destinado a seduzir alguns Estados recalcitrantes em aprovar o Estatuto, levou a retirar esse princípio de jurisdição universal dos casos em que o Procurador actua com base em informações fornecidas por outras entidades que não o Conselho de Segurança das Nações Unidas. A insistência estadunidense em que o único nexo de jurisdição viesse a ser o da nacionalidade do acusado não só contraria a tendência de abertura atrás assinalada (registada, aliás, na própria prática judiciária norte-americana) como obrigou a recuos quase inimagináveis na redacção do Estatuto de Roma.

c) Finalmente, em concordância com a timidez das soluções referidas nas duas alíneas anteriores, o Estatuto de Roma adoptou um princípio de complementaridade entre o TPI e as jurisdições nacionais. Os termos concretos em que este princípio é plasmado permitem concluir que, em boa verdade, é de subsidiariedade mais do que de complementaridade que se trata (Sur, 1999: 42). Na verdade, o Estatuto estabelece (artigo 17.^o) uma série de situações que determinam a inadmissibilidade de um caso no Tribunal, configurando uma óbvia presunção inicial a favor dos tribunais nacionais (Lirola e Martín, 2001: 158): assim, quando um assunto estiver a ser objecto de investigação ou julgamento por um Estado que tenha jurisdição sobre ele (artigo 17.^o n.º 1 a)), quando o caso tiver sido objecto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal (artigo 17.^o n.º 1 b)), quando a pessoa em causa tiver sido já julgada pela conduta a que se refere a denúncia (artigo 17.^o n.º 1 c)) ou se o caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do TPI (artigo 17.^o n.º 1 d)), o Tribunal decidirá pela respectiva inadmissibilidade. Também nesta matéria decisiva, portanto, o Estatuto de Roma deu acolhimento ao primado da soberania sobre a universalidade de jurisdição. O facto de não dispor de mecanismos de sanção dos Estados que se recusem a cooperar (podendo apenas remeter a questão para a Assembleia de Estados Partes) e a inexistência de garantias de prioridade a petições formulada pelo Tribunal em caso de concorrência de pedidos de extradição de uma mesma pessoa são outros indícios inequívocos disso mesmo.

Em suma: não obstante as suas imensas virtualidades na perspectiva do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional é certo que o TPI se apresenta imbuído de uma assinalável timidez quer normativa, quer institucional, que pode tornar ilusória a competência efectiva do Tribunal (Carrión, 2000: 495).

Judicialização virtuosa?

Para o institucionalismo primário, a criação de um novo órgão judicial internacional é sempre uma boa notícia, por traduzir a formação de mais um canal institucional de limitação do arbítrio estatal. No sistema internacional contemporâneo persiste como mal endémico o défice de mecanismos de jurisdição obrigatória. Expressão evidente disso é que a competência do Tribunal Internacional de Justiça, órgão judicial

principal do sistema das Nações Unidas, tenha sido aceite apenas por sessenta e três Estados (dezanove da Europa Ocidental, seis da Europa Central e Oriental, treze latino-americanos, dezoito africanos e sete asiáticos). E porventura mais revelador ainda é o facto de, dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança, dois (China e Rússia) nunca terem aceite essa competência e outros dois (Estados Unidos e França) haverem retirado a sua aceitação após sérios dissonâncias judiciais internacionais protagonizados pelo TIJ.

O certo, porém, é que se vem registando uma proliferação de órgãos judiciais internacionais, marcada aliás por duas notas: a regionalização e a especialização funcional destes tribunais (Martín, 2000: 45; Carrión, 2000: 491). Assim, para além dos órgãos de controle de legalidade incluídos no esquema orgânico de organizações intergovernamentais como a ONU, a Organização da Aviação Civil Internacional ou a União Postal Universal, as últimas décadas assistiram à criação de tribunais internacionais regionais (os Tribunais Europeu e Interamericano de Direitos Humanos, por exemplo) ou de tribunais internacionais «temáticos» como o Tribunal Internacional do Direito do Mar, previsto na Convenção das Nações Unidas de 1982 sobre o Direito do Mar.

Esta proliferação não hierarquizada de tribunais internacionais tem vindo a ser analisada criticamente. Para alguns autores (Dupuy, 1995; Kingsbury, 1999), está fundamentalmente em causa a unidade da ordem jurídica internacional: a multiplicação de mecanismos orgânicos, judiciais ou para-judiciais, associados à fiscalização da aplicação de regimes internacionais concretos – e, em especial, o crescente envolvimento da comunidade internacional como participante directa no negócio da punição [*business of punishment*] (Coyle e Smit, 2000: 260) – estimulam o comportamento de auto-vinculação indefinidamente aberta pelos Estados, segundo uma lógica *à la carte* e, portanto, a fragmentação do Direito Internacional numa grande variedade de regimes concretos. A este argumento tem vindo a ser oposta uma leitura «optimista», que sublinha a concordância substantiva e a convergência teórica que resultam da prática desta multiplicidade de órgãos judiciais internacionais em campos nucleares do Direito Internacional como as fontes do Direito Internacional, o direito dos tratados ou a responsabilidade internacional dos Estados (Charney, 1998). Tal corrente doutrinária, reforçada pela observação de uma padronização estilística ou metodológica no funcionamento desses órgãos e na sua produção

jurisprudencial (Findlay, 2001) vem contrapor aos riscos de fragmentação as vantagens da inserção de mais litigiosidade no sistema oficial de solução de litígios e do inerente reforço do carácter obrigatório e não meramente recomendatório das normas internacionais.

Questão diferente é a de saber se há uma efectiva correspondência entre os méritos práticos da solução judicial internacional e as motivações que têm conduzido a um tal incremento da sua consagração. Por outras palavras, a criação de tribunais internacionais é a solução adequada para o combate à criminalidade característica dos Estados e políticas genocidas?

Alvarez (1999: 481), analisando o caso do Ruanda, avança a tese de que a criação do Tribunal Internacional *ad hoc* para julgamento dos crimes ali perpetrados fez parte de uma agenda política liberal-legalista que poderá ter sido menos útil para a justiça e para a reconstrução social no Ruanda do que teria sido a devolução do julgamento desses crimes aos tribunais nacionais, ainda que com a presença de observadores estrangeiros. O que esta opinião põe afinal em destaque é que, assim como Vestefália teve a sua cultura judicial, assim também se pode falar de uma *cultura de Nuremberga*, assente numa visão deontológica do Direito Internacional e do Direito Criminal, para a qual a detenção de culpados individualizados e o seu julgamento em tribunal constitui o único mecanismo capaz de dar resposta a todas as situações de genocídio e de crimes contra a humanidade.

Subjaz à cultura de Nuremberga um consenso redutor, que representa o nazismo como a recondução a um passado primordial, o regresso ao estado de natureza hobbesiano puro (a utilização da expressão «barbárie» é, para este efeito, estratégica, ao deixar na penumbra todas as outras manifestações históricas de barbárie, do etnocídio dos índios nas Américas à colonização de África ou às guerras territoriais e religiosas na Europa moderna). Mas, sendo redutora, a cultura de Nuremberga é também ambivalente, pois que constroi essa «barbárie nazi» como um conjunto de assomos isolados de irracionalidade, corporizados em comportamentos individuais desviantes relativamente à normalidade da modernidade ocidental. Como sublinha Gerry Simpson,

A jurisprudência sobre os crimes de guerra – ou seja, a prática dos tribunais desde 1945 – revela uma obsessão pelo julgamento e a punição dos criminosos de guerra nazis. Este enviezamento poderá ter muitas explicações mas é particularmente curioso dada a ausência de quaisquer processos envolvendo criminosos

de guerra japoneses desde 1947 [...]. A identificação metafórica dos crimes de guerra com os nazis está inscrita na cultura [...]. Os julgamentos de crimes de guerra (sobretudo os concluídos com sucesso) têm consequências retributivas bem como efeitos de expiação. Estes processos servem tanto para julgar os supostos criminosos de guerra como para vingar o progresso ocidental, mantendo a ideia de que o Nacional Socialismo foi uma aberração na cultura ocidental, funcionando como demarcações morais entre acusadores e acusados, desviando as atenções dos crimes de guerra cometidos mais próximo de nós e, finalmente, contendo a mensagem de que os crimes de guerra não sujeitos a julgamento não são da mesma ordem ou da mesma magnitude [...]. Esta centragem singular sobre os crimes de guerra nazis tem uma consequência jurídica curiosa. Os nazis são tidos como materialização do mal no mundo e como excepção ao humanismo universal. É por isso que os julgamentos de crimes de guerra balançam permanentemente entre a apologia de uma moral universal e a particularização do crime em questão como uma excepção histórica. (1997: 8-9)

135

A cultura de Nuremberga absolutiza, portanto, a aplicação universal de um modelo de justiça retributiva, orientada para a revelação de uma verdade de perfil microscópico e lógico. Ora, muito para lá da verdade microscópica e da verdade lógica, a abordagem narrativa do crime – e, de modo muito especial, do crime de lesa-humanidade – envolve também a valorização de uma verdade experiencial e de uma verdade dialógica (Drumbl, 2000). Estas últimas dificilmente emergem com a mesma espontaneidade do confronto radical de posições e de memórias que a actividade de um tribunal invariavelmente fomenta, sendo esta apontada por definição à formação de discursos binários («culpado/inocente») e, como tal, a uma sobre-simplificação da história. Sendo a tensão entre política de compromisso e noção radical de justiça o principal dilema das transições para sociedades pós-genocidas (Beigbeder, 1999: 122), o que está em causa é, portanto, saber se o dualismo simplificador, próprio da actividade judicial, é um apoio ou um travão à pretendida transição. Se, como escreve Mark Drumbl (2000: 288), «a geografia social de uma sociedade pós-genocida há-de afectar a escolha das políticas adoptadas para corrigir o genocídio», então não pode deixar de ser questionada a adequação de um mecanismo (o tribunal) produtor de discursos e visões dualistas à conformação de representações sociais abertas, plurais e menos cristalizadas em torno de um bem e de um mal.

Por outro lado, para o modelo de «lei e ordem», que tem no Direito Criminal e nos tribunais dois dos seus apoios principais, a punição do comportamento desviante é um imperativo básico. A globalização deste modelo confronta-se, no entanto, com um obstáculo sério:

Num genocídio, o homicídio, a tortura, a violação e a mutilação de membros de um grupo étnico por membros de outro grupo não é, frequentemente, um comportamento desviante: é encorajado pelo Estado e torna-se em norma de conduta social, um barómetro da intensidade da pertença de alguém ao grupo social dominante. De facto, é muitas vezes a recusa a participar que é tida como desviante e pode vir a ser imediatamente punida. (Drumbl, 2000: 298)

O próprio argumento da prevenção geral – isto é, a ênfase do efeito dissuasor da punição judicial sobre a prática dos crimes contra a humanidade – que é frequentemente invocado pelos defensores dos méritos da judicialização, sendo fundado numa expectativa de comportamento racional (ligação entre medo da punição e decisão de não praticar crimes) por parte dos putativos autores de crimes contra a humanidade, não vale num contexto de violência generalizada e de ausência de padrões mínimos de racionalidade.

As experiências das Comissões de Verdade e de Reconciliação, criadas no quadro de processos muito complexos de transição para a democracia, em países como a Guatemala, o Chile, El Salvador ou a África do Sul (Beigbeder, 1999: 104) – e, acima de tudo, a capacidade nelas demonstrada para salutaros exercícios sociais de exposição e debate público dos mitos e mentiras, de confronto com memórias e trajectórias sanguinárias e com o contexto de envolvimento colectivo em tais práticas – evidenciam virtualidades que não podem ser ignoradas por quem crê que não pode haver paz sem justiça e que não há reconciliação possível em clima de agravo e de críspação da memória colectiva.

Sendo um suporte muito sólido da afirmação de um código civilizador universal e democrático, a solução judicial não tem méritos absolutos quando equacionada para cenários de violência genocida. A tendência para a subalternização de outros meios de concretização do direito à memória e à verdade (como as comissões de verdade ou os tribunais de opinião) e para a rejeição da sua articulação com a criação ou a activação de tribunais é, pois, um elemento revelador da afirmação da solução judicial como um localismo globa-

lizado. Neste quadro, a utilidade social do TPI, percebido como elemento da globalização da solução judicial para os crimes de lesa-humanidade, terá de aferir-se, em última análise, pela resposta a algumas perguntas: que passos para a sociedade pós-genocida são prioritários? A revisitação e desconstrução das motivações profundas que conduziram à prática desses crimes? A reconstrução de equilíbrios e laços sociais? A dissuasão de novos genocídios? ■

Referências Bibliográficas

- Abi-Saab, Georges. 1991 «Humanité et communauté internationale dans la dialectique du droit international», *Humanité et Droit International. Mélanges offerts à René-Jean Dupuy*. Paris: Pédone.
- Alvarez, José. 1999 «Crimes of States/Crimes of Hate: lessons from Rwanda», *Yale Journal of International Law*, 24, 365-484.
- Beigbeder, Yves. 1999 *Judging War Criminals. The Politics of International Justice*. London: MacMillan.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio (org.). 2000 *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*. Madrid: Consejo Nacional del Poder Judicial.
- Carrión, Alejandro R. 2000 «Una evaluación no necesariamente crítica del Estatuto de la Corte Penal Internacional», in Carrillo Salcedo (2000), 481-504.
- Charney, Jonathan. 1998 «Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 101.
- Condorelli, Luigi. 1999 «La Cour Pénale Internationale: Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)», *Revue Générale de Droit International Public*, 103(1), 7-21.
- Coyle, Andrew; Smit, Dirk V. Z. 2000 «The International Regulation of Punishment», *Punishment and Society*, 2(3), 259-262.
- Drumbl, Mark. 2000 «Sclerosis. Retributive Justice and the Rwandan Genocide», *Punishment and Society*, 2(3), 287-308.
- Dupuy, Pierre-Marie. 1995 *Droit International Public*. Paris: Dalloz.
- Escaraméia, Paula. 2001 *Reflexões sobre temas de Direito Internacional: Timor, a ONU e o Tribunal Penal Internacional*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas.
- Falk, Richard. 1995 *On Humane Governance. Toward a New Global Politics*. University Park: The Pennsylvania State University Press.
- Fernández Sanchez, Pablo. 1999 «Jurisdicción internacional y jurisdicción universal penal». *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 273-324.
- Findlay, Mark. 2001 «Synthesis in Trial Procedures? The Experience of International Criminal Tribunals», *International and Comparative Law Quarterly*, 50, 26-53.
- Kingsbury, Benedict. 1998 «Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?», *New York University Journal of International Law and Politics*, 31(679), 679-696.
- Lirola Delgado, Isabel; Martín Martínez, Magdalena. 2001 *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*. Barcelona: Ariel.
- Márquez Carrasco, María del Carmen. 2000 «Alcance de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional: jurisdicción universal o nexos jurisdiccionales aplicables», in Carrillo Salcedo (2000), 357-381.
- Martín Martínez, Magdalena. 2000 «La lucha contra la impunidad en el derecho internacional: la Corte Penal Internacional», *Papeles y Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, X, 29-47.

- | | | |
|------------------------------|------|--|
| Pereira, Assunção Vale. | 1998 | «Problemas de um projecto de criação de um tribunal internacional criminal: as pré-condições para o exercício da sua jurisdição», <i>Revista Jurídica (Universidade Portucalense)</i> , 1, 31-48. |
| Pureza, José Manuel. | 1998 | <i>O património comum da humanidade: Rumo a um direito internacional da solidariedade?</i> . Porto: Afrontamento. |
| Rosenau, James. | 1992 | <i>Governance without Government. Governance, Order and Change in World Politics</i> . Cambridge: Cambridge University Press. |
| Santos, Boaventura de Sousa. | 1999 | «The GATT of Law and Democracy. (Mis)trusting the Global Reform of Courts», in J. Feest (org.), <i>Globalization and Legal Cultures. Oñati Summer Course 1997</i> . Oñati: International Institute for the Sociology of Law. |
| Simpson, Gerry. | 1997 | «War Crimes: a Critical Introduction», in Timothy McCormack; Gerry Simpson (orgs.), <i>The Law of War Crimes. National and International Approaches</i> . Hague: Kluwer Law International. |
| Sur, Serge. | 1999 | «Vers une Cour Pénale Internationale: La Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité», <i>Revue Générale de Droit International Public</i> , 103(1), 29-45. |