

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A EVOLUÇÃO DA IDEIA DO COMBATE À IMPUNIDADE: UMA AVALIAÇÃO 15 ANOS APÓS A CONFERÊNCIA DE ROMA

Patrícia Galvão Teles

pgalvaoteles@gmail.com

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Mestre e Doutora em Direito Internacional pelo Instituto de Altos Estudos Internacionais da Universidade de Genebra, Suíça; Investigadora e Membro do Conselho Científico do *Observare* e do Conselho Editorial da *Janus.Net*; Conselheira Jurídica da Representação Permanente de Portugal junto da União Europeia, em Bruxelas (Bélgica).

Resumo

O presente artigo¹ avalia os primeiros anos de funcionamento do Tribunal Penal Internacional, fazendo um balanço da sua actividade. Descreve e analisa os principais desafios com os quais esta Instituição se confronta, em torno dos seguintes temas: a) universalidade, complementaridade e cooperação; e b) paz e justiça. A partir do caso do Quênia, onde são suspeitos de ter cometido crimes contra a humanidade o seu Presidente da República e Vice-Presidente, e das posições tomadas pela União Africana, debate se a introdução de uma imunidade de jurisdição penal, ainda que temporária, para Chefes de Estado e Governo em exercício poderá, ou não, vir a representar um retrocesso na ideia do combate à impunidade relativamente aos mais graves crimes internacionais.

Palavras chave:

Tribunal Penal Internacional; Justiça Penal Internacional; Impunidade; Imunidade; União Africana

Como citar este artigo

Teles, Patrícia Galvão (2014). "O Tribunal Penal Internacional e a evolução da ideia do combate à impunidade: uma avaliação 15 anos depois a Conferência de Roma". *JANUS.NET e-journal of International Relations*, Vol. 5, N.º 2, novembro 2014-abril 2015. Consultado [online] em data da última consulta, observare.ual.pt/janus.net/pt_vol5_n2_art1

Artigo recebido em 21 de abril de 2014 e aceite para publicação em 9 de outubro de 2014

¹ Artigo elaborado no contexto do projecto de investigação "A Justiça Penal Internacional: Um Diálogo entre Duas Culturas", em curso no Observatório das Relações Exteriores – *Observare* / UAL, coordenado por Mateus Kowalski e Patrícia Galvão Teles. O presente artigo reflete exclusivamente as opiniões pessoais da autora.



O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A EVOLUÇÃO DA IDEIA DO COMBATE À IMPUNIDADE: UMA AVALIAÇÃO 15 ANOS APÓS A CONFERÊNCIA DE ROMA

Patrícia Galvão Teles

Introdução

Em 17 de Julho de 1998, foi assinado em Roma o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI)², que entrou em vigor em 1 de Julho de 2002. São hoje parte deste Estatuto 122 Estados, o que corresponde a cerca de dois terços dos membros da comunidade internacional. 34 Estados Parte são Africanos, 27 da América Latina e Caraíbas, 25 da Europa Ocidental e Outros, 18 da Europa de Leste e 18 Asiáticos.

O Tribunal Penal Internacional encontra-se hoje plenamente operacional, ocupando-se de cerca de 20 casos em oito países diferentes: Uganda, República Democrática do Congo, Sudão/Darfur, República Centro-Africana, Quênia, Líbia, Costa do Marfim e Mali.

Quatro casos foram introduzidos pelos próprios Estados: República Democrática do Congo, Uganda, República Centro-Africana e Mali. Dois foram submetidos pelo Conselho de Segurança: Darfur e Líbia. E os outros dois na sequência do exercício dos poderes de investigação *proprio motu* do Procurador: Quênia e Costa do Marfim.

Trata-se do primeiro tribunal penal internacional permanente, com competência para julgar os principais responsáveis pelos mais graves crimes internacionais: agressão³, genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. É hoje o principal fórum para a justiça penal internacional, apesar de se manterem em existência alguns tribunais *ad hoc* e do instituto da jurisdição universal.

O Estatuto do TPI foi, sem dúvida, um dos principais tratados assinados no período pós-guerra fria, num momento em que o direito internacional conheceu uma fase positiva, sendo colocado no centro do discurso político, designadamente em reacção às mais graves atrocidades cometidas no mundo depois da II Guerra Mundial, como foi o caso do Ruanda e na Ex-Jugoslávia, de que se assinala agora o vigésimo aniversário e que justificaram a criação de tribunais *ad hoc* para as julgar.

Na génese da criação do TPI e nos seus primeiros anos, a ideia do combate à impunidade foi um elemento constante, tanto no que toca à prevenção das atrocidades como à sua repressão. Mas como evoluiu a ideia do combate à impunidade neste últimos 15 anos e quais os principais desafios que enfrenta o TPI?

² Para informação detalhada sobre o TPI, seus casos, órgãos, etc., ver: www.icc-cpi.int

³ Apesar das emendas adoptadas na Conferência de Revisão de Kampala em 2010, a definição do crime de agressão e as condições para o exercício da jurisdição ainda não entraram em vigor.



Se a criação do TPI foi sem dúvida um enorme (e, para alguns, inesperado) sucesso, a justiça penal internacional está hoje sobre pressão. A expectativa quanto ao seu trabalho era grande, pelo que poderá ser justificada alguma frustração com o facto de o Tribunal ter demorado cerca de 10 anos para o seu primeiro julgamento⁴ e o seu orçamento ser muito avultado⁵, sobretudo num período de crise económica e de medidas de austeridade em vários pontos do globo.

Mas os principais desafios, para além da questão da morosidade da justiça ou do peso financeiro da Instituição, são antes de natureza política. O facto de o TPI se ter debruçado sobretudo sobre situações envolvendo Estados Africanos, tem suscitado críticas de selectividade. E, na ausência de uma ratificação por todos os Estados que compõem a comunidade internacional, haverá sempre *"double standards"* no combate à impunidade, mesmo que tal possa ser colmatado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (pelo menos parcialmente, pois os "P5" estarão sempre "a salvo", dado o seu direito de veto).

A não adoção de legislação nacional criminalizando os mesmos actos fragiliza também um sistema baseado na complementaridade. A questão da não cooperação e o facto de vários arguidos não estarem ainda sob custódia do Tribunal, sobretudo nas situações do Uganda e Sudão, tem também enfraquecido a reputação e credibilidade do Tribunal.

Por outro lado, o facto de algumas situações serem objecto de tratamento pelo Tribunal na pendência de um conflito e de Chefes de Estado em funções serem objecto de processos criminais, tem avivado o debate entre "paz" e "justiça" e qual dos objectivos deve ser promovido e alcançado primeiro.

Vamos, assim, examinar dois principais desafios, que podemos agrupar em torno dos seguintes temas: a) Universalidade, Complementaridade e Cooperação; e b) Paz vs. Justiça ou Paz e Justiça.

Depois analisaremos o caso concreto e recente das tensões em torno do TPI suscitadas pela União Africana, sobretudo a propósito do caso do Quênia, que conheceram o seu momento alto na passada Assembleia de Estados Parte, no Outono de 2013, mas que não desapareceram ainda e poderão vir a deixar marcas na ideia do combate à impunidade.

Desafios actuais que enfrenta o TPI

a) Universalidade, Complementaridade e Cooperação

Universalidade⁶

Apesar de baseado num instrumento de direito internacional clássico, um tratado internacional, cuja ratificação ou adesão é uma decisão soberana e voluntária dos Estados, é evidente que o Estatuto de Roma é um daqueles acordos multilaterais que, tal como a Carta das Nações Unidas ou os principais tratados de direitos humanos e

⁴ Condenação, em 2012, de Thomas Lubanga Dyilo, a 14 anos de prisão por recrutamento de crianças soldado no conflito da República Democrática do Congo. A segunda condenação do TPI foi também relativa a esta situação, no caso de Germain Katanga. A decisão foi tomada em Março de 2014 e encontra-se ainda sujeita a recurso.

⁵ Cerca de 120 milhões de Euros por ano.

⁶ Ver, p.e., X. Philippe, "The principles of Universal Jurisdiction and Complementarity: how do the two principles intermesh?".



direito internacional humanitário, aspira à universalidade. Para tal, é feita permanentemente (por parte de alguns Estados, da União Europeia e das ONG) uma campanha para a ratificação universal, que tem eco também em resoluções anualmente adoptadas pela Assembleia de Estados Parte do TPI (ASP)⁷, o órgão político onde têm assento todos os Estados Parte, bem como os Estados observadores, e que reúne pelo menos uma vez anualmente, sendo responsável pela gestão e também órgão legislativo do TPI.

Idealmente, o TPI teria jurisdição para julgar os crimes mais graves cometidos em todos os países do mundo, mas nos primeiros dez anos de existência a sua atenção tem sido dedicada a situações de conflito em países africanos. Tal explica-se, claro, pelo facto de vários Estados onde foram cometidas atrocidades não serem parte do Estatuto (ainda cerca de um terço da comunidade internacional), pelos critérios de actuação do Conselho de Segurança (que apenas remeteu os casos do Darfur⁸ e Líbia⁹) ou devido a metade das situações terem sido submetidas pelos próprios Estados, por coincidência do continente africano.

No entanto, há informação de que foram ou estão a ser conduzidas investigações preliminares em várias outras situações, como Afeganistão, Colômbia, Geórgia, Guiné Equatorial, Honduras, Coreia do Norte e Nigéria. Mas, por ora, tais investigações não deram fruto.

Por outro lado, Comissões de Inquérito mandatadas pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU sobre a Síria e Coreia do Norte recomendaram em 2013 e 2014, respectivamente, a submissão das atrocidades aí cometidas ao TPI.¹⁰ No primeiro caso, a Síria não é Estado Parte do TPI e o Conselho de Segurança, apesar de uma posição favorável de alguns dos seus Membros, não se decidiu pelo envio ao TPI.¹¹ No caso da Coreia do Norte, que também não é parte do TPI, não é, para já, conhecido o desfecho.

Como disse Navi Pillay, Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos,

*"broadening the reach of the ICC is necessary so as to turn the ICC into a universal court and close the loopholes of accountability at the international level"*¹².

Enquanto o TPI não for um Tribunal verdadeiramente universal (se é que algum dia o poderá vir a ser), a sua jurisdição "parcial" ou "incompleta" continuará sempre a ser um desafio, pois manter-se-ão abertos os tais *"loopholes of accountability"*.

⁷ Cf. a mais recente Resolução ICC-ASP/12/Res. 8, de 27 de Novembro de 2013.

⁸ Resolução 1593 (2008).

⁹ Resolução 1970 (2011).

¹⁰ Tinha sido o caso também em relação ao Darfur e à Líbia, cujos relatórios das Comissões de Inquérito da ONU levaram o Conselho de Segurança a referir esses casos ao TPI em 2005 e 2011, respetivamente.

¹¹ Cf. Resolução 2118 (2013).

¹² Opening Remarks at the Side-Event at the 24th Session of the UN Human Rights Council, "The International Criminal Court 15 years after the Rome Statute: Prospects for the Future", 10 de Setembro de 2012.



Complementaridade

O TPI foi desenhado como um Tribunal de ultimo recurso (*"Court of last resort"*), uma vez que é a cada Estado que compete, em primeiro lugar, proteger a sua população dos mais graves crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma, através da prevenção e repressão de acordo com o seu sistema penal nacional.

O Estatuto é bem claro, no seu preâmbulo, ao referir que o TPI se destina a julgar os crimes de maior gravidade e, designadamente no seu Artigo 17º, ao estabelecer o princípio da complementaridade, segundo o qual o TPI só possui competência para julgar os crimes quando o Estado que tenha jurisdição sobre os mesmos não queira ou não tenha capacidade para a exercer.

Nesta medida, a nível nacional é necessária a legislação apropriada, bem como uma capacidade de investigação e procedimento judicial efectiva, o que tem sido encorajado e apoiado pelo próprio TPI e a ASP (cf. Resolução ICC-ASP/12/Res. 4), por forma a evitar o chamado *"impunity gap"*, ou seja, situações de crimes não são julgados nem a nível nacional, nem internacional¹³.

Contudo, nem todos os 122 Estados Parte do Estatuto de Roma terão a legislação apropriada ou a capacidade judicial efectiva para julgar os crimes que o TPI não entender abarcar na sua jurisdição. Uma análise minuciosa de todas as legislações nacionais para garantir o seu carácter apropriado estará ainda por fazer e provavelmente seria benéfica uma maior possibilidade de assistência técnica para ajudar a adoptar a legislação interna necessária ou aperfeiçoá-la.

Por outro lado, nem sempre será evidente determinar as situações em que um Estado, nos termos do Artigo 17º do Estatuto, não quer ou não tem capacidade para a exercer a jurisdição nacional sobre os crimes. Só no caso de uma apreciação negativa, pode o Tribunal declarar o caso admissível. Não há ainda jurisprudência consolidada para se poder determinar com certeza o que significa em Estado *"não querer"* ou *"não ter capacidade"*, nem uma prática dos Estados sobre quando invocar tal excepção de inadmissibilidade ou do Procurador para a não prossecução de investigações.

Há aqui, também, algum caminho a percorrer para evitar o *"impunity gap"*.

Cooperação

A não cooperação com o Tribunal é um fenómeno que afecta fortemente a credibilidade do TPI. Os Estados Parte têm obrigação de cooperar nos termos da Parte IX do Estatuto, designadamente no que toca à implementação das decisões do Tribunal e execução dos mandatos de detenção. Na circunstância de casos referidos pelo Conselho de Segurança ao abrigo do Capítulo VII da Carta, poderá dizer-se que mesmo os Estados não Parte ficarão obrigados a cooperar com o Tribunal, nos termos (pelo menos) do referido na resolução em causa.

¹³ Cf. Informal Summary by the Focal Points, "Stocktaking of international criminal justice - Taking stock of the principle of complementarity: bridging the impunity gap", Review Conference of the Rome Statute, Kampala, 31 May-11 June 2010.



O caso mais grave de não cooperação prende-se, evidentemente, com a não execução de mandatos de detenção ou pedidos de entrega. Recentemente, encontravam-se por executar mandatos de detenção ou pedidos de entrega de mais de metade dos arguidos, o que foi criticado na Resolução ICC-ASP/12/Res. 3 da ASP. Em particular, nenhum acusado nas situações submetidas pelo Conselho de Segurança ao abrigo do Capítulo VII (Darfur, incluindo o Presidente Bashir¹⁴, e Líbia), em que todos os membros da comunidade internacional têm obrigação de cooperar, foram detidos ou entregues ao TPI e no caso mais antigo, iniciado em 2005 pelo próprio Uganda, nenhum dos suspeitos se encontra sob custódia do Tribunal.

Uma vez que, nos termos do Artigo 63º do Estatuto, o arguido deve estar presente durante o julgamento, não sendo previstos julgamentos *in absentia*, o Tribunal verá a sua função em muito diminuída caso não possa proceder aos julgamentos por impossibilidade da presença dos acusados.

b) Paz vs. Justiça ou Paz e Justiça¹⁵

A questão da paz e justiça, e de saber se se tratam de conceitos antagónicos ou complementares, é uma questão relativamente nova, que a criação do TPI, em particular, evidenciou. Na verdade, todas as anteriores instâncias de criação de uma jurisdição penal internacional tiveram lugar no final do conflito em que os crimes foram praticados, como foi o caso do Tribunal Militar de Nuremberga ou dos Tribunais *ad hoc* para a Ex-Jugoslávia e o Ruanda.

No caso do TPI, um tribunal permanente, a sua jurisdição pode ser desencadeada a qualquer momento do conflito, desde que haja suspeita de que crimes sob a sua alçada tenham sido cometidos e que a situação seja referida pelo Estado em cujo território os crimes são cometidos, pelo Conselho de Segurança ou de acordo com os poderes *proprio motu* do Procurador do Tribunal.

E, sendo a maior parte dos conflitos de hoje intra-estatais, do tipo guerra civil no interior das fronteiras de um Estado, a sua solução dependerá de um processo de paz interno e negociado, onde frequentemente é necessário sentar à mesa das negociações todas as partes no conflito, sendo também frequente que algumas dessas partes – governo ou rebeldes – tenham cometido crimes, p. e., crimes de guerra ou contra a humanidade.

No caso destas negociações de paz, há quem defenda que primeiro é necessário levar a cabo o processo de paz e só depois então seria a vez de promover a luta contra a impunidade e a justiça,¹⁶ através de um processo designado de “*sequencing*”. Tal tem sido exemplificado pelo caso do Uganda, onde a situação foi levada ao Tribunal pelo Governo na tentativa de enfraquecer os rebeldes do “*Lord Resistance Army*”, mas estes

¹⁴ Ver G. P. Barnes, “The International Criminal Court’s Ineffective Enforcement Mechanisms: the Indictment of President Omar Al Bashir”.

¹⁵ Para um resumo breve, mas interessante, deste debate, sua história e diferentes posições, ver Draft Moderator Summary, “Stocktaking of international criminal justice – Peace and Justice”, Review Conference of the Rome Statute, Kampala, 31 May-11 June 2010. Ver também a “Nuremberg Declaration on Peace and Justice”, Annex to the letter dated 13 June 2008 from the Permanent Representatives of Finland, Germany and Jordan to the United Nations addressed to the Secretary-General (A/62/885).

¹⁶ Ver a opinião de algumas destacadas figuras políticas africanas, como Thabo Mbeki, co-autor de um artigo no *New York Times*, publicado em 5 de Fevereiro de 2014, com o sugestivo título de “Courts can’t end civil wars.”



só aceitam sentar-se à mesa das negociações caso o acordo de paz lhes confira imunidade das acusações do TPI¹⁷.

O Estatuto de Roma, tal como o direito internacional geral, parece, no entanto, incompatível com amnistias para os mais graves crimes internacionais. O Estatuto de Roma admite, contudo, que investigações ou julgamentos sejam suspensos em casos em que esteja em causa a manutenção da paz e segurança internacionais (Artigo 16º), quando os crimes sejam objecto de processos a nível nacional (Artigo 17º) ou quando o Procurador entenda que tal serve melhor os interesses da justiça (Artigo 53º).

Para o TPI e para a ASP, estes conceitos são complementares: *"There can be no lasting peace without justice and (...) peace and justice are thus complimentary requirements"* (Resolução ICC-ASP/12/Res. 8).¹⁸ E só assim se poderá potenciar o efeito dissuasor,¹⁹ quanto à comissão dos mais graves crimes internacional, objectivo que também presidiu à criação do primeiro tribunal penal permanente.

O TPI, o caso do Quênia, a União Africana (UA) e o futuro da ideia do combate à impunidade

Como se disse, as tensões em torno do TPI suscitadas pela União Africana,²⁰ sobretudo a propósito do caso do Quênia, conheceram o seu momento alto na Assembleia de Estados Parte no Outono de 2013, não desapareceram ainda e poderão vir a deixar marcas na ideia do combate à impunidade.

A União Africana tem tomado várias posições fortes sobre a questão da jurisdição universal, o combate à impunidade²¹ e sobre o Tribunal Penal Internacional, designadamente a propósito dos casos do Sudão e do Quênia.

Quanto à situação do Quênia, esta não foi remetida ao TPI pelo próprio país, apesar de este ser parte do Estatuto de Roma, mas sim desencadeada por uma investigação *proprio motu* do Procurador, após ter recebido informações sobre a violência cometida na sequência das eleições nacionais de 2007 que apontam para que tenham sido cometidos crimes contra a humanidade, em particular assassinatos, violações e outras formas de violência sexual, deportações ou outras formas de transferência forçada de

¹⁷ Cf. L. M. Keller, "Achieving peace without justice: the International Criminal Court and Ugandan alternative justice mechanisms" e L. M. Keller, "The false dichotomy of Peace versus Justice and the International Criminal Court".

¹⁸ Ver também o artigo da Procuradora do TPI, Fatou Bensouda, no *New York Times* de 19 de Março de 2013, intitulado "International Justice and Diplomacy."

¹⁹ K. Cronin-Furman, "Managing expectations: International criminal trials and the prospects for deterrence of mass atrocity".

²⁰ Para uma evolução das relações entre o TPI e África ver N. Waddell e P. Clark, *Courting Conflict? Justice, Peace and the ICC in Africa*; A. Arieff *et al*, *International Criminal Court Cases in Africa: Status and policy issues*; E. Keppler, "Managing setbacks for the International Criminal Court in Africa"; A. Guerreiro, *A resistência dos Estados Africanos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional*; F. M. Benvenuto, "La Cour Pénale Internationale en accusation"; e C. C. Jalloh, "Reflections on the indictment of sitting Heads of State and Government and its consequences for peace and stability and reconciliation in Africa".

²¹ Sobre este tema ver "The AU-EU Expert Report on the Principal of Universal Jurisdiction" (Doc. do Conselho da União Europeia 8672/1/09, de 16 de Abril de 2009). O tema da jurisdição universal e do Tribunal Penal Internacional tem causado ampla fricção entre a União Africana e a União Europeia, o que motivou o relatório referido supra. Na Declaração da mais recente Cimeira UE-África, que teve lugar em Bruxelas em 2 e 3 de Abril de 2014, o parágrafo 10, com total ausência de referência ao TPI, refere: "We confirm our rejection of, and reiterate our commitment to, fight impunity at the national and international level. We undertake to enhance political dialogue on international criminal justice, including the issue of universal jurisdiction, in the agreed fora between the parties."



populações e outros actos desumanos. A investigação do Procurador levou à acusação, em 2010, por prática de crimes contra a humanidade de três suspeitos, dois dos quais entretanto eleitos, em 2013, Presidente e Vice Presidente da República, respetivamente Uhuru Kenyatta (julgamento sucessivamente adiado) e William Ruto (julgamento iniciado em 2013).

Numa Resolução de Maio de 2013 (Assembly/AU/13 (XXI), a União Africana reiterou a sua

"strong conviction that the search for justice should be pursued in a way that does not impede or jeopardize efforts at promoting lasting peace" e o "AU's concern with the misuse of indictments against African leaders".

Na sequência dessa decisão, tomada na 21ª Sessão da Assembleia da UA, foi endereçada uma carta²² em 10 de Setembro – coincidente com o previsto início do julgamento do Vice-Presidente Ruto - ao Presidente do TPI, solicitando que seja criado um mecanismo nacional para investigar e julgar os crimes cometidos no âmbito da violência pós-eleitoral no Quênia, em 2007. A mesma carta refere que os processos no Tribunal estão a afectar a capacidade dos líderes quenianos que, apesar das suas eventuais responsabilidades na crise de 2007, foram entretanto democraticamente eleitos, de cumprirem as suas responsabilidades constitucionais, uma vez que implicarão uma presença física em Haia do Presidente e do Vice-Presidente, iniciados os julgamentos. Nos termos da Constituição do Quênia, quando o Presidente se ausenta para o estrangeiro, o Vice-Presidente não o pode fazer, e vice-versa.

Em resposta, o TPI negou qualquer estatuto processual à referida carta ou à Decisão de Maio da União Africana, uma vez que não se inseriam no âmbito do processo a pedido das partes, nem num pedido do Conselho de Segurança, pelo que respondeu negativamente à pretensão de suspensão do processo²³.

Em Outubro de 2013, numa sessão Extraordinária da Assembleia da UA, foi adoptada nova resolução, desta feita intitulada: *"Decision on Africa's relationship with the International Criminal Court"* [cf. Ext/Assembly/AU/Dec.1 (Oct. 2013)], em que a UA reiterou a sua preocupação com a politização e má utilização de acusações contra líderes Africanos pelo TPI. No que toca á questão do Quênia, qualifica de grave e sem precedentes a situação em que ambos os Presidente e Vice-Presidente em exercício de funções de um país são alvo de um processo criminal internacional, o que afecta a soberania, estabilidade e paz nesse país, bem como a reconciliação nacional e o normal funcionamento das instituições constitucionais. E decidiu, *inter alia*, o seguinte:

- Para a salvaguarda da ordem constitucional, estabilidade e integridade dos Estados-membros, nenhuma acusação deve ser iniciada ou continuada perante qualquer tribunal internacional contra qualquer Chefe de Estado ou de Governo em funções ou alguém que atue ou com o direito de atuar nessa capacidade durante o seu mandato;

²² Cf. Doc. BC/U/1657.10.13.

²³ Cf. 2013/PRES/00295-4/VPT/MH, carta de 13 de Setembro de 2013.



- Que os julgamentos do Presidente Uhuru Kenyatta e do Vice-presidente William Samoei Ruto, que são os atuais líderes em funções da República do Quênia, devem ser suspensos até que completem os seus mandatos;
- Criar um Grupo de Contacto do Conselho Executivo, a ser liderado pelo Presidente do Conselho, composto por cinco (5) membros (um (1) por região) para realizar consultas com os Membros do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU), em particular os seus cinco (5) Membros Permanentes, com vista a colaborar com o CSNU em todas as preocupações da UA sobre o seu relacionamento com o TPI, incluindo o adiamento dos casos contra o Quênia e o Sudão, a fim de obter a sua resposta antes do início do julgamento, a 12 de Novembro de 2013;
- Acelerar o processo de alargamento do mandato do Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos (TADHP) para julgar crimes internacionais, tais como genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra;
- Que os Estados Africanos Partes ao Estatuto de Roma, proponham relevantes alterações ao Estatuto de Roma no, em conformidade com o Artigo 121º do Estatuto;
- Solicitar aos Estados Africanos Partes ao Estatuto de Roma do TPI, em particular os membros da Mesa da Assembleia dos Estados Partes para incluir na Agenda da próxima sessão do ASP a questão da acusação de um Chefe de Estado e de Governo africano em funções pelo TPI e as suas consequências para a paz, estabilidade e reconciliação nos Estados-membros da União Africana;
- Que qualquer Estado-membro da UA que pretenda remeter um caso ao TPI deve informar e obter a aprovação da União Africana;
- Que o Quênia deve enviar uma carta para o Conselho de Segurança das Nações Unidas, solicitando o adiamento, em conformidade com o Artigo 16º do Estatuto de Roma, do processo contra o Presidente e o Vice-Presidente do Quênia, que seria apoiada por todos os Estados Africanos Partes;
- Em conformidade com a presente Decisão, solicitar ao TPI a adiar o julgamento do Presidente Uhuru Kenyatta, marcado para 12 de Novembro de 2013 e a suspender o processo contra o Vice-presidente William Samoei Ruto até o momento em que o Conselho de Segurança da ONU considere o pedido do Quênia para diferimento, apoiado pela UA;
- Que o Presidente Uhuru Kenyatta não comparecerá perante o TPI até o momento que as preocupações levantadas pela UA e pelos seus Estados-membros tenham sido devidamente consideradas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas e pelo TPI.

No dia 15 de Novembro de 2013 o Conselho de Segurança “chumbou”, mas extremamente dividido (sete votos a favor e oito abstenções), um projecto de Resolução (doc. S/2013/660) que visava, nos termos do Artigo 16º do Estatuto de Roma e do Capítulo VII da Carta, diferir a investigação e julgamento do Presidente e Vice-Presidente quenianos, por um período de um ano. Votaram a favor: Azerbaijão, China, Marrocos, Paquistão, Rússia, Ruanda e Togo. Abstiveram-se Argentina,



Austrália, França, Guatemala, Luxemburgo, República da Coreia, Reino Unido e EUA. Para as (diferentes) razões que levaram ao voto de cada delegação ver S/PV. 7060.

Mas a 12ª Sessão da ASP integrou, a pedido da União Africana, um segmento especial intitulado *"Indictment of sitting Heads of State and Government and its consequences on peace and stability and reconciliation."*

Na intervenção em nome da UA na ASP de Novembro de 2013 foi dito:

"(...) I would like to turn now to the situation in Kenya and to highlight the inescapable link between peace and justice. We at the AU would like to see an intelligent interaction between justice and peace because it is only in this way that we can succeed in promoting democratic governance with strong institutions, the rule of Law and constitutionalism.

The African Union believes that if Kenya does not qualify for use of Article 16 of the Rome Statute and subsequently the principle of complementarity then no other State Party will. If this turns out to be the case, then not only Article 16 would be deemed to be redundant for the United Nations Security Council to legitimately and constructively resort to it, but the irresistible conclusion will also be that the ICC, whose establishment Africa and the Organization of African Unity strongly supported and advocated for is no longer a Court for all but only to deal with Africans in the most rigid way"²⁴.

Em função da proposta submetida pelos Estados Africanos, foram adoptadas - por consenso - algumas alterações importantes às Regras de Processo e Prova do TPI (designadamente à Regra 134), que permitem a escusa de presença ou que a presença física no julgamento seja substituída por uma participação através de tecnologia vídeo.

De acordo com a Resolução ICC-ASP/12/Res. 7, foram inseridas após a Regra 134 das Regras de Processo, as seguintes regras:

"Regra 134bis

Presença através da utilização de vídeo-tecnologia

1. Um arguido que tenha recebido uma ordem para comparecer presencialmente pode apresentar à Secção do Tribunal um pedido por escrito para que a sua presença seja feita através da vídeo-tecnologia, durante uma parte ou partes do seu julgamento.
2. A Secção do Tribunal decidirá numa base casuística, tendo em conta as questões a tratar nas audiências em questão.

²⁴ http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP12/GenDeba/ICC-ASP12-GenDeba-AU-Uganda-ENG.pdf.



Regra 134^{ter}

Escusa de comparecimento no julgamento

1. Um arguido que tenha recebido uma ordem para comparecer presencialmente pode apresentar à Secção do Tribunal um pedido por escrito de escusa e para se fazer representar pelo seu advogado apenas durante parte ou partes do seu julgamento.
2. A Secção do Tribunal apenas atenderá ao pedido se as seguintes condições se encontrarem preenchidas:
 - (a) a ausência é justificada por circunstâncias excepcionais;
 - (b) medidas alternativas, tais como a alteração do calendário ou breve adiamento do julgamento, não seriam adequadas;
 - (c) o arguido renunciou expressamente ao seu direito de estar presente no julgamento; e
 - (d) os direitos do arguido serão plenamente assegurados na sua ausência.
3. A Secção do Tribunal decidirá numa base casuística, tendo em conta as questões a tratar nas audiências em questão. Qualquer ausência deve ser limitada ao estritamente necessário e não pode tornar-se regra.

Regra 134^{quater}

Escusa da presença no julgamento devido a obrigações públicas extraordinárias

1. Um arguido que tenha recebido uma ordem para comparecer presencialmente, sobre quem recaia um mandato para exercer obrigações públicas extraordinárias ao mais alto nível nacional, pode apresentar à Secção do Tribunal um pedido por escrito de escusa e para se fazer representar pelo seu advogado; o pedido deve especificar que o arguido renuncia expressamente ao seu direito de estar presente no julgamento.
2. A Secção do Tribunal analisará o pedido de forma expedita e, se não forem adequadas medidas alternativas, concederá a escusa, quando considerar que tal é no interesse da justiça e desde que os direitos do arguido se encontrem plenamente assegurados. A decisão será tomada tendo em conta as questões a tratar nas audiências em questão e pode ser revista a todo o momento."

Haverá quem questione a compatibilidade destas alterações com o Artigo 27º do Estatuto de Roma e o com princípio de igualdade de tratamento. O próprio Tribunal, numa decisão de 26 de Novembro de 2013 no processo Kenyatta, sustentou que a escusa deveria ocorrer apenas em circunstâncias excepcionais e limitada ao estritamente necessário. Apesar dos julgamentos *in absentia* terem sido permitidos no Tribunal de Nuremberga, foram afastados, como regra geral, nos Tribunais da Ex-Jugoslávia, Ruanda e também pelo Estatuto do TPI.

O Artigo 27º do Estatuto do TPI confirmou, para além disso, a capacidade oficial de um arguido irrelevante para efeitos de um julgamento perante este Tribunal, dispondo que as imunidades ou regras processuais especiais que podem ser inerentes às funções



oficiais de uma pessoa, de acordo com o direito internacional ou nacional, não impedem o TPI de exercer a sua jurisdição sobre essa pessoa. Igualmente, o Artigo 98º do Estatuto não refere as imunidades pessoais dos Chefes de Estado, Governo ou Ministros dos Negócios Estrangeiros em absoluto, mas refere-se antes às imunidades diplomáticas entre Estados e a possível necessidade de obter um consentimento prévio para a entrega de um suspeito ao Tribunal

As propostas apresentadas na ASP de alteração das Regras de Processo, a sua aceitação política e a estratégia de aí as conter, não impediu, contudo, o Governo do Quênia de notificar, em 22 de Novembro de 2013, ao Secretário-Geral das Nações Unidas,²⁵ enquanto depositário do Estatuto de Roma, as seguintes propostas de alteração do Estatuto nos termos do seu Artigo 121º, designadamente quanto aos artigos 63º (Presença do arguido em julgamento), 27º (Irrelevância da capacidade oficial) e para o parágrafo do Preâmbulo sobre a complementaridade:

Artigo 63(2) - Presença do arguido em julgamento

"Sem prejuízo do número 1, um arguido pode ser dispensado de uma presença continua no Tribunal, caso a Secção considere existirem circunstâncias excepcionais, sejam tomadas medidas alternativas, incluindo, entre outras, alterações ao calendário do julgamento ou o seu adiamento temporário, a representação através de meios técnicos de comunicação ou através da representação através de advogado.

- (2) Qualquer ausência acima referida será analisada casuisticamente e limitada ao estritamente necessário.
- (3) A Secção do Tribunal concederá a dispensa, apenas quando considerar existirem circunstâncias excepcionais e desde que os direitos do arguido se encontrem plenamente assegurados na sua ausência, em particular através da representação por meio de advogado, e o arguido renunciou expressamente ao seu direito de estar presente no julgamento."

Artigo 27 (3)- Irrelevância da qualidade oficial

"Sem prejuízo dos números 1 e 2 do presente artigo, os Chefes de Estado, os Vice-Chefes de Estado e quaisquer outras pessoas a quem sejam atribuídos poderes idênticos, enquanto se encontrarem no exercício de funções e no decurso do seu mandato, podem ser isentas da jurisdição do Tribunal. Tal isenção poderá ser renovada pelo Tribunal, verificadas as mesmas condições."

Parágrafo Preambular sobre a Complementaridade

"Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional criado pelo presente Estatuto será complementar das jurisdições penais nacionais e regionais."

²⁵ Circuladas oficialmente apenas em 14 de Março de 2014 (C.N.1026.2013.TREATIES-XVIII.10 - Depositary Notification).



Se a alteração proposta para o Artigo 63º, em alguma medida já aceite pelas novas regras introduzidas na ASP de 2013, poderá vir a representar um retrocesso de 60 anos aos julgamentos *in absentia* do Tribunal de Nuremberga, a alteração proposta ao Artigo 27º vai contra um princípio fundamental acolhido em Nuremberga e desde aí “intocável” e retomado no estatuto de todos os tribunais criminais: o direito penal internacional aplica-se a todos, independentemente da capacidade oficial. O Artigo 7º da Carta do Tribunal Militar Internacional referia que *“the official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment.”*

A proposta de alteração do Artigo 27º, que para já não estará abandonada pelos Estados Africanos e que gostariam de a discutir numa ASP extraordinária, alteraria assim um princípio fundamental do Estatuto e do direito penal internacional consuetudinário, reconhecido pelo TIJ no Caso *Arrest Warrant* de 2000. Seria *“a shameful retreat in the global fight against immunity”*.²⁶ E, de acordo com o mesmo autor, poderia até ser forte incentivo para tomada de poder (por meios democráticos ou não) para escapar a um julgamento em Haia. Contrariaria também o princípio de uma justiça célere para as vítimas, uma vez que o Tribunal ficaria impedido de exercer a sua jurisdição enquanto tais pessoas ocupassem elevados cargos políticos.

Na nossa opinião, e como acima referido, o Estatuto de Roma já possui as salvaguardas adequadas para casos complexos como o caso do Quénia, e não necessita por isso de ser alterado. Configuram essas salvaguardas, o Artigo 17º (Complementaridade e Admissibilidade), o Artigo 53º (Poderes discricionários do Procurador) e os Artigos 61º e 63º (Presença do arguido no julgamento). É certo que estas salvaguardas só foram até agora exploradas de forma tímida e nem sempre consistente. Mas, em todo o caso, e para circunstâncias extremas, restará sempre o poder de recurso, em última instância e em casos em que esteja verdadeiramente em causa uma situação de paz ou ameaça à paz, ao Conselho de Segurança, nos termos do Artigo 16º do Estatuto, para suspender – por períodos de 12 meses – o processo perante o TPI. O facto de este órgão não ter aceite recorrer a esta prerrogativa nos casos do Darfur (em que não chegou a deliberar formalmente) ou do Quénia (em que negou pedido por uma escassa margem), não quer dizer que este salvaguarda não tenha a sua utilidade.²⁷

Algumas conclusões

Alguns verão a situação actual como um declínio da ideia do combate à impunidade e da justiça penal internacional. Outros apenas como uma fase de normalização do TPI, após o que foi a concretização de uma ideia revolucionária que, apesar de em maturação durante muito tempo se materializou num período relativamente curto.

Mas a tentativa africana de introduzir uma imunidade de jurisdição penal – mesmo que temporária - relativamente aos mais graves crimes internacional para Chefes de Estado e de Governo é um rude golpe na ideia da luta contra a impunidade.

²⁶ C. C. Jalloh, “Reflections on the indictment of sitting Heads of State and Government and its consequences for peace and stability and reconciliation in Africa”, p. 15.

²⁷ Sobre as relações entre o TPI e o Conselho de Segurança da ONU ver H. Mistry e D. Ruiz Verduzco (Relatores), “The UN Security Council and the International Criminal Court, International Law Meeting Summary”; D. Kaye *et al*, “The Council and the Court: Improving Security Council Support for the International Criminal Court”; e J. Trahan. “The relationship between the International Criminal Court and the UN Security Council: Parameters and best practices”.



Veremos até quando e como esta ideia será prosseguida, e também outras ideias que enfraqueceriam o papel do TPI, como a proposta de um Tribunal Penal para África (sugerida, conforme supra, pela União Africana e nas propostas de emenda ao Estatuto de Roma do Quênia) e a retirada do Estatuto do TPI (autorizada, mas com efeitos limitados sobre casos em curso, pelo Artigo 127º), que alguns Estados Africanos já ameaçaram – mas nenhum ainda concretizou.

Mas, como disse Kofi Annan,

*"it is the culture of impunity and individuals who are on trial at the ICC, not Africa"*²⁸.

Esperemos que toda a comunidade internacional venha a compreender estas sábias palavras e que o combate à "impunidade" não venha a perder o seu "p" e tornar-se, de facto e pelos menos para alguns, uma "imunidade".

Referências Bibliográficas

- 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
- Beauvallet, O. (2012) (ed.), "10e anniversaire de la Cour Pénale Internationale", *La Semaine Juridique* (2012-86/52) 1-24
- Bellelli, R. (2010) (ed.), *International Criminal Justice: law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate
- Benvenuto, F. M. (2013). "La Cour Pénale Internationale en accusation", *Le Monde Diplomatique* (2013-60/716) 11
- 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. e Scharf, M (2012) (eds.), *International Criminal Justice: legitimacy and coherence*, Elgar
- 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
- Guerreiro, A. (2012). *A resistência dos Estados Africanos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional*, Almedina

²⁸ Discurso de K. Annan na "3rd Annual Desmond Tutu International Peace Lecture", 7 de Outubro de 2013.



- Jalloh, C. C. (2014). "Reflections on the indictment of sitting Heads of State and Government and its consequences for peace and stability and reconciliation in Africa", Legal Studies Research Paper Studies, University of Pittsburgh, Working Paper 2014-02
- Kaye, D. et al (2013). *The Council and the Court: Improving Security Council Support for the International Criminal Court*, School of Law, University of California
- 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
- Mendes, E. (2010). *Peace and Justice at the International Criminal Court: A Court of last resort*, Elgar
- Mistry, H. e Ruiz Verduzco, D. (2012) (Relatores), "The UN Security Council and the International Criminal Court, International Law Meeting Summary", Chatam House, 16 Março
- Philippe, X (2006). "The principles of Universal Jurisdiction and Complementarity: how do the two principles intermesh?", *International Review of the Red Cross* (2006-88/862) 375-398
- 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
- Schabas, W. (2012). "The International Criminal Court: struggling to find its way", in Cassese, A. (ed.), *Realizing Utopia: the future of International Law*, OUP
- Sidiki, A. (2012). "La Cour Pénale Internationale: une justice a double vitesse?", *Revue du Droit Public et de la Science Politique* (2012-128/4) 1013-1030
- 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. e Clark, P. (2008). *Courting Conflict? Justice, Peace and the ICC in Africa*, The Royal African Society