



De
LEGIBUS

7



2024



**COMPETÊNCIA (EM PRINCÍPIO) TERRITORIAL
DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

THE TERRITORIAL JURISDICTION
OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

RUI FILIPE DA SILVA RODRIGUES



REVISTA DE DIREITO

LAW JOURNAL

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona

<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

COMPETÊNCIA (EM PRINCÍPIO) TERRITORIAL DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

THE TERRITORIAL JURISDICTION
OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

RUI FILIPE DA SILVA RODRIGUES*

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais sobre o Tribunal Penal Internacional (ICC); 1.1. Breves considerações históricas; 1.2. Breves considerações jurídicas; 2. Das competências; 2.1. Da competência territorial em específico; 2.1.1. Princípio da territorialidade; 2.1.2. Pequenos percalços; 2.2. Desvios e problemas da competência territorial; 2.2.1. Território não, jurisdição sim; 2.2.1.1 Aceitação da jurisdição por um Estado Não-Parte; 2.2.1.2 O poder do Conselho de Segurança das Nações Unidas; 2.2.2. Território sim, jurisdição não; 3. Conclusão.

RESUMO: O Estatuto de Roma, que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional, enuncia quatro competências erigidas para aferir da jurisdição sobre um caso concreto. Iremos abordar a competência territorial e suas particularidades.

A competência territorial pode, à partida, não mostrar grande dificuldade de compreensão. No entanto, tal pensamento não adere à realidade.

No presente texto, propomo-nos mostrar o princípio-regra (princípio da territorialidade) para, de seguida, partirmos para a mostra de desvios ao mesmo. Nomeadamente, quando o Tribunal Penal Internacional irá conhecer de um caso, mesmo que não esteja perante um Estado-Parte, e o seu invés, isto é, quando cumprido o princípio da territorialidade, ainda assim, o Tribunal abster-se-á de dar resposta ao caso em apreço.

Por fim, deixaremos algumas reflexões críticas quanto ao Estatuto de Roma e, em particular, ao critério de competência territorial adotado.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal Penal Internacional, Estatuto de Roma, Competência territorial

ABSTRACT: The Rome Statute, which established the International Criminal Court, sets out 4 jurisdictions established to assess jurisdiction over a specific case. We will address territorial jurisdiction and its particularities.

* Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais na Universidade Lusófona – Centro Universitário do Porto; Assistente Estagiário na Universidade Lusófona – Centro Universitário do Porto. ruirodriguespublica@gmail.com

Territorial competence may not initially be very difficult to understand. However, such thinking does not adhere to reality.

In this text, we propose to show the rule principle (territoriality principle) and then move on to showing deviations from it. Namely, when the International Criminal Court will hear a case, even if it is not before a State Party, and instead, that is, when the principle of territoriality is complied with, the Court will still refrain from giving response to the case.

Finally, we will leave some critical reflections regarding the Rome Statute and, in particular, the criterion of territorial competence adopted.

KEYWORDS: International Criminal Court, Rome Statute, Territorial Jurisdiction

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (ICC)

Atualmente, num mundo sofisticadamente globalizado, não nos suscita qualquer reação alérgica a conceção de um Tribunal Internacional, isto é, a existência de um Tribunal transfronteiriço, não restringindo o seu âmbito de aplicação ao território de um só Estado. Desse modo, vemos como admissível a existência de um Tribunal Penal Internacional (não necessariamente como o existente International Criminal Court, doravante ICC¹), sendo evidente a importância – ainda que com imperfeições quanto aos seus efeitos – conferida a tais Câmaras, com especial relevo para as que versem sobre o Direito Penal.

1.1. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Em boa verdade, o projeto de um Tribunal Penal Internacional não é um fenómeno recente. O primeiro Tribunal Penal Internacional conhecido

1 Sempre que nos referirmos ao Tribunal Penal Internacional criado pelo Estatuto de Roma, aprovado em 17 de julho de 1998 na Conferência de Roma, será com a nomenclatura de ICC, de forma a não criar qualquer tipo de dificuldade de interpretação. Aquando da referência a outros Tribunais Penais Internacionais, estes serão de forma genérica e abstrata tratados como Tribunal Penal Internacional, desde que não se queira especificar um determinado.

data do século XV e situava-se na cidade de Breisach, atual Alemanha². Foi instituído com o objetivo de julgar Peter von Hagenbach, que ocupava o cargo de comandante militar e que no exercício das suas funções permitiu homicídios, violações e saques a civis, perpetrados pelas suas próprias tropas³.

Mais recentemente, ainda nos meados do século passado, fomos confrontados com a necessidade de julgar os “vencidos”⁴ da Segunda Guerra Mundial e, para tal, foram criados tribunais *ad hoc*, mais precisamente o Tribunal Militar Internacional (Julgamentos de Nuremberga) e o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (Julgamento de Tóquio). Não obstante a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 9 de dezembro de 1948⁵, e em específico o seu art.º 6.º, é só em 1951 que se apresenta a primeira versão do Estatuto, da autoria do Comité fundado pela International Law Commission. Sendo certo que o Estatuto de Roma apenas foi adotado em 1998.

1.2. BREVES CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS

Para a formação de um Tribunal Penal Internacional de cariz permanente (ICC) assomam-se como fundamentais os contributos de Tribunais *ad hoc*, tais como o Tribunal para a ex-Jugoslávia e o Tribunal para o Ruanda⁶, que permitiram aferir da eficácia de um Tribunal Penal Internacional no que concerne à condenação de indivíduos por crimes cometidos contra os Direitos Humanos.

2 Cf. Cherif Bassiouni, “The time has come for an International Criminal Court,” *Indiana International and Comparative Law Review*, no.1 (1991): 1-2.

3 Para um estudo mais aprofundado cf. Kevin John Heller and Gerry Simpson, *The Hidden Histories of War Crimes Trials* (Oxford: Oxford University Press, 2013).

4 O termo “vencidos” é propositadamente utilizado tendo em vista, e.g. o *Julgamento France versus Goering* (The United States of America, the French Republic, The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Union Soviet Socialist Republics v. Hermann Wilhelm Goering, *et al.* – Judgement) cf. William Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), 5-8.

5 Resolução 260 A (III), de 9 de dezembro de 1948 da Assembleia Geral das Nações Unidas.

6 Tribunais estes, institucionalizados por força de Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas. A saber, respetivamente: Resolução 827/1993 e 955/1994.

Das características muito próprias do ICC destacam-se o fator permanente, algo inédito, por contraponto aos Tribunais *ad hoc*. Inerente a esta característica, sobressai o carácter não reativo do ICC, na justa medida que visa o futuro e, como tal, não julga crimes cometidos em momento anterior à entrada em vigor do Estatuto de Roma (competência *rationae temporis*)⁷. Vale por isto dizer que o Tribunal pré-existe à prática do ilícito penal sobre o qual se irá debruçar.

Afiguram-se como traços distintivos o facto de ser instituído por Tratado multilateral e aberto, isto é, não é imposto aos “vencidos”, como anteriormente tivemos oportunidade de referir. Além destes, o facto de não ser um Tribunal *ab initio* convocado. Por outras palavras, prima-se pelo princípio da complementaridade⁸, sendo, apenas, poiso de processos judiciais quando, e tão-só, se verifique a inércia do Estado competente para julgar a situação, pois não tem vontade de o fazer, por um lado, e, por outro, quando não tenha capacidade para o fazer.

De acrescentar, outro traço caracterizador do ICC é o de não se coadunar com imunidades políticas ou militares⁹, tratando de igual forma todos aqueles sobre os quais fará incidir a sua jurisdição. Pelo menos em teoria. Por fim, apregoa-se a independência do ICC, no entanto esta não será uma verdade absoluta, atendendo ao papel fundamental que o Conselho de Segurança das Nações Unidas desempenha, e por maioria de razão a própria ONU¹⁰.

7 Com a exceção prevista no n.º 2 do art.º 11.º do Estatuto de Roma.

8 Cf. Morten Bergsmo, “The Jurisdictional Régime of the International Criminal Court (Part II, Articles 11-19),” *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 4 (1998): 359-360.

9 Para uma melhor compreensão dos problemas adjacentes cf. Schabas, *An introduction*, 231-235; Maria de Fátima Pacheco, “O Tribunal Penal Internacional” *Journal of Business and Legal Sciences / Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 10 (2007): 248-253.

10 Veja-se quem custeia as despesas do ICC e da Assembleia dos Estados-Parte (art.º 115.º do Estatuto de Roma) e o poder de “imobilizar” o processo em causa ou inclusive obstar ao início do procedimento criminal de que o Conselho de Segurança das Nações Unidas beneficia (art.º 16.º do Estatuto de Roma). Pode, também, ser afirmado um poder de veto por parte do Conselho de Segurança da ONU, desde que se reúnam os 9 votos, nos quais se incluem os 5 votos dos Membros Permanentes (art.º 27.º do Estatuto de Roma). Cf. Paula Escarameia, “Prelúdios de uma Nova Ordem Mundial: O Tribunal Penal Internacional,” *Nação e Defesa*, n.º 104, 2.ª série (spring 2003): 31.

2. DAS COMPETÊNCIAS

O ICC, assim como todos os tribunais ao redor, necessita de respeitar as suas próprias competências, para que se possa dedicar a um determinado caso com que se depare. Assim sendo, avaliza a sua jurisdição mediante o cumprimento de quatro diferentes competências.

A competência material (*ratione materiae*), que se traduz no leque de crimes que poderão ser perseguidos pelo ICC, encontra abrigo no art.º 5.º do Estatuto de Roma. O mesmo enuncia os quatro crimes a serem perseguidos: Crime de Genocídio; Crimes contra a Humanidade; Crimes de Guerra; e Crime de Agressão.

A competência temporal (*ratione temporis*) – como anteriormente abordada de forma não exaustiva – é um marco que permite contrapor perfeitamente o ICC com os Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* anteriormente institucionalizados. Isto é, o ICC está vinculado apenas às infrações penais cometidas após a entrada em vigor do Estatuto de Roma¹¹, com a exceção prevista no art.º 11.º em conjugação com o art.º 12.º n.º 3.

As duas competências que se seguem, não obstante partilharem o mesmo artigo (12.º) do Estatuto de Roma, sob a epígrafe “Condições prévias ao exercício da jurisdição”, devem ser interpretadas como competência pessoal e competência territorial, como de seguida passaremos a descrever¹². De acrescentar que não se apresentam como competências cumulativas, mas, isso sim, como competências alternativas, bastando que se cumpra uma para que se conceda jurisdição ao ICC.

A competência pessoal (*ratione personae*) permite aferir sobre quem (sem exceções propiciadas por cargos políticos e/ou militares de acordo com o art.º 27.º do Estatuto de Roma¹³) poderá o ICC fazer impender o seu poder sancionatório. Segundo o art.º 12.º n.º 2 *al. b*), do Estatuto de Roma, o ICC terá jurisdição sobre os nacionais de um Estado Parte que cometam um crime

11 De notar a exceção prevista no art.º 124.º do Estatuto de Roma que prevê uma suspensão da jurisdição do ICC por 7 anos, na medida em que sejam praticados Crimes de Guerra por nacionais ou no território do Estado Parte que se faça valer de tal cláusula. Será alvo de análise no ponto 2.2.2.

12 No mesmo sentido de cf. Schabas, *An Introduction*, 62.

13 Cf. Thomas Hansen, “Africa and the International Criminal Court,” *Africa’s International Relations: A Handbook* (april 2013): 10.

presente no art.º 5.º do referido Estatuto, independentemente do local onde foi cometida a atrocidade (critério da nacionalidade ativa). No entanto, esta competência é mitigada com a exclusão dessa mesma jurisdição em favor da idade do arguido, ou seja, se o agente for menor à data da prática do facto, então, estará excluída a jurisdição do ICC¹⁴. No entanto, é possível a condenação de um nacional de um Estado Não-Parte, sempre que o Estado do qual é nacional reconheça a jurisdição ao ICC, baseando legalmente tal conduta no art.º 12.º n.º 3 do Estatuto enunciado.

Por fim, a competência territorial (*ratione loci*) – que será no momento imediatamente a seguir descrita – apresenta-se, sinteticamente, como o princípio da territorialidade, e encontra proteção legal no art.º 12.º n.º 2 *al. a*) do Estatuto de Roma. Isto é, o ICC tem competência para julgar os crimes praticados dentro do território de um Estado Parte do Estatuto de Roma.

2.1. DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL EM ESPECÍFICO

Feita uma leve abordagem pelas quatro distintas competências que permitem apurar a jurisdição do ICC para um caso concreto, cabe, agora, espaço à análise da competência territorial em concreto, de forma que seja possível, neste texto, conhecer as suas características e os problemas inerentes às mesmas.

Por regra¹⁵, o ICC tem jurisdição unicamente sobre os Estados Parte do Estatuto de Roma, isto é, sobre os Estados que tenham ratificado o referido diploma legal. Atualmente são parte do Estatuto de Roma 123 Estados¹⁶. E poderá, em princípio, o ICC exercer poderes aquando de uma situação que suceda dentro do território de tais Estados¹⁷. Porém, o atual critério é resultado de duras negociações políticas, tanto em sede da Comissão Preparatória, como em sede de Conferências Diplomáticas, e – diga-se – é o resultado possível das mesmas.

14 De acordo com o art.º 26.º do Estatuto de Roma.

15 Iremos, *infra*, no ponto 2.2.1. e seguintes, enunciar e descrever desvios a esta regra.

16 Cf. The States Parties to the Rome Statute | International Criminal Court (icc-cpi.int).

17 Este aspeto será *infra* explicado no ponto 2.2.2.

De entre o coro dos países que lutaram pela adoção de uma jurisdição universal sobressai a Alemanha. Defendiam, os germânicos, que sobre os crimes de guerra, contra a humanidade ou de genocídio, o ICC não deveria, antes de se fazer valer, analisar a nacionalidade das vítimas, do agressor, ou qual o território em que se cometeu tal crime. Deveria, outrossim, atuar, sem mais. O cerne do fundamento residia no aspeto de a maioria dos Estados preverem no seu próprio ordenamento jurídico a possibilidade de perseguirem e julgarem aqueles que tenham cometido crimes como os *supra* descritos, sem que, para tal, atendessem ao facto de o crime ter sido praticado por seus nacionais, contra seus nacionais, ou no seu território nacional¹⁸. Argumentavam, ainda, que seria contraproducente ter-se como escopo a universalidade e, de seguida, recusar-se a jurisdição a casos em que os seus Estados Partes, *per se*, teriam jurisdição de acordo com os seus próprios ordenamentos jurídicos.¹⁹

Na outra banda, situavam-se Estados contra a adoção da competência universal. Liderados pelos Estados Unidos da América que defendiam a aplicação de um critério que concentrava em si a necessidade de ratificação do Estatuto de Roma pelo Estado no qual decorreu o crime e, cumulativamente, a ratificação do Estatuto de Roma pelo Estado do qual o arguido era nacional²⁰.

Vários foram os argumentos utilizados por estes mesmos Estados, tentando, assim, frear o que poderia ser uma melhor institucionalização de um Tribunal Penal Internacional permanente. De entre os argumentos surgem: a possibilidade de o ICC fazer-se aplicar a Estados que não tenham ratificado o Estatuto de Roma e, desse modo, violar o art.º 34.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados; e, também – entre outros – a possibilidade de uma jurisdição universal levar a que os EUA se retirassem de certas campanhas de paz com o receio de que os seus nacionais, devido a conflitos políticos, fossem entregues à guarda do ICC.

18 Cf. Dominik Zimmerman, “Article 12”, in *Commentary on the Law of the International Criminal Court: The Statute*, ed. Mark Klamberg, Jonas Nilsson and Anglotti (Brussels: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2023), 487.

19 Cf. A/AC.249/1998/DP.2 de 23 de março de 1998.

20 David Scheffer defende que seria mesmo uma boa estratégia adotar, aliciando, desse modo, Estados, como por exemplo os EUA, a ratificarem o Estatuto de Roma. Cf. David Scheffer, “How to Turn the Tide Using the Rome Statute’s Temporal Jurisdiction,” *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2 (2004): 26.

Estes dois argumentos são, em si mesmos, muito frágeis. Primeiro, não é um Estado Não-Parte que será vinculado por um Tratado que não ratificou. Ao invés, será um dos seus nacionais que poderá ser presente a Tribunal por ter cometido um dos crimes constantes no art.º 5.º do Estatuto de Roma. Segundo, o princípio da intervenção subsidiária (art.º 17.º do Estatuto de Roma) afastaria essa possibilidade, desde que os EUA garantissem as condições necessárias que permitam afastar a competência do ICC (art.º 17.º n.º1 *al. a*) do Estatuto de Roma). De igual modo, a entrega de americanos ao ICC seria, na prática, de difícil realização, uma vez que, quando existem envios de militares para um país estrangeiro com o intuito de manter a paz, são, por norma, assinados acordos que concedem jurisdição exclusiva ao Estado de envio²¹ e, como tal, o arguido seria enviado para o Estado do qual é nacional, afastando-se, por esta via, a jurisdição do ICC (art.º 90.º n.º 6 do Estatuto de Roma)²².

De tudo isto resultou a adoção da competência territorial ou, em alternativa, a da nacionalidade ativa. De acrescentar que os EUA, após uma encenação novelística, acabaram por ficar de fora do rol de países que ratificaram o Estatuto de Roma²³.

2.1.1. PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE

Vigora, em termos de apuramento de jurisdição, o princípio da territorialidade, operando como “materialização específica” da territorialidade enquanto “conceito de referência do direito penal e dos seus suportes institucionais no âmbito do sistema interestatal herdado de Vestefália”²⁴. Daqui resulta que estarão sujeitos ao ICC os crimes cometidos no território físico de um Estado Parte. Por outras palavras ainda, verifica-se a existência do princípio geral da territorialidade.

21 Exemplo disto mesmo é o acordo assinado entre a Bósnia e Herzegovina e a NATO.

22 Cf. Bergsmo, “The Jurisdictional,” 350.

23 Cf. Schabas, *An Introduction*, 28-29.

24 Cf. José Manuel Pureza, “Da cultura de impunidade à judicialização global: O Tribunal Penal Internacional,” *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 60 (outubro 2001): 124.

No entanto, não se queda por aqui a competência territorial. Assim como o Código Penal Português no seu art.º 4.º *al.* b), também o Estatuto de Roma confere a existência de um princípio da territorialidade alargado pelo critério do pavilhão/bandeira, o qual permite ao ICC esticar os braços para abarcar situações sucedidas a bordo de navios ou aeronaves de Estados Parte²⁵. Excluídos da competência territorial estão os crimes cometidos em Alto Mar, Antártida e Espaço²⁶.

Ainda que não exista consenso quanto ao facto de a jurisdição do ICC se estender às águas nacionais, assim como ao espaço aéreo de um determinado Estado Parte, surge-nos como aceitável que tal aconteça, sob pena de um vasto rol de hipotéticos casos se quedar fora do poder punitivo em questão.

2.1.2. PEQUENOS PERCALÇOS

Se é certo que os Estados que ratifiquem o Estatuto não têm a possibilidade de aditar reservas à sua adesão, de acordo com o art.º 120.º do Estatuto de Roma, é também certo que nem sempre o art.º 120.º esteve incólume a ataques.

Um caso a referir é o da Dinamarca que, não obstante a ratificação do Estatuto de Roma pelo Reino Dinamarquês, declarou a intenção de o diploma legal não produzir efeitos jurídicos sobre os territórios da Gronelândia e das Ilhas Faroé²⁷. Ainda que no espírito desta tentativa de restrição da jurisdição do ICC estivessem subjacentes motivos bondosos, nomeadamente a preservação da autonomia das regiões, o mesmo não poderia ser aceite, atinente o perigo iminente de abrir um precedente que, se usado maldosamente, seria catastrófico²⁸. Um exemplo disso mesmo seria o caso de Portugal optar pela mesma conduta e reservasse a Região Autónoma dos Açores e a Região Autónoma da Madeira, em exclusivo, à jurisdição portuguesa. Não estando

25 Art.º 12.º n.º 2 *al.* a) do Estatuto de Roma.

26 Cf. Schabas, *An Introduction*, 82.

27 Num posicionamento diametralmente oposto situam-se os Países Baixos, que deixaram expressa a vontade de o ICC fazer-se valer também nos seus territórios nas Antilhas e em Aruba, cf. *ibidem*, 83.

28 Em 2006 a proposta dinamarquesa foi abandonada.

estabelecido o critério da nacionalidade passiva, se a China, que não ratificou o Estatuto de Roma, cometesse atos constantes do art.º 8.º n.º 2 *al. b)* xvii) de forma a posicionar-se estrategicamente no Oceano Atlântico, nada poderia ser feito pelo ICC²⁹.

Problema diferente é o da delimitação das fronteiras. Tendo bem presente o conflito israelo-palestiniano, e ainda que seja de difícil verificação prática, resta-nos colocar a seguinte situação: Imaginemos que a Autoridade Palestiniana recupera paulatinamente territórios “ocupados” por Israel e, de seguida, decide ratificar o Estatuto de Roma, sendo, desse modo, um Estado Parte do ICC. Atendendo ao art.º 11.º n.º 2 do Estatuto de Roma – e não nos parecendo plausível o acionar da parte final da referida norma –, o ICC seria investido de poderes jurisdicionais sobre o território palestiniano, mas unicamente em relação a factos situados temporalmente após a ratificação palestiniana. Além disto, acrescenta-se a questão de a Palestina não ser reconhecida, aos dias de hoje, como membro das Nações Unidas, porém, ainda que fosse, no futuro, reconhecida como membro, não teria o ICC jurisdição sobre os factos praticados quando aquele território não fazia parte do Estado Palestino, pela simples razão de “o Estado Palestino não existir”.

Note-se a importância da competência territorial e da respetiva determinação fronteiriça, que permitirá, ou não, a intervenção do ICC. Além de se compreender uma difícil recuperação territorial por parte da Autoridade Palestiniana, é de acrescentar um novo contratempo. Se atentarmos no art.º 16.º do Estatuto de Roma e lembrarmos os fortes e importantes laços diplomáticos entre Israel e os EUA, membro permanente do Conselho de Segurança, poder-se-á dizer que Israel não terá complicações graves como as que acabamos de levantar³⁰, pelo menos num futuro próximo.

29 Ainda que não se cumpra a competência territorial ou pessoal, poder-se-ia suscitar a possibilidade de o Conselho de Segurança intervir lançando mão da faculdade compreendida no art.º 13.º *al. b)* do Estatuto de Roma, no entanto seria virtualmente inacessível tal mecanismo uma vez que a China, como membro permanente, vetaria tal possibilidade.

30 Seria igualmente interessante se sucedesse o contrário, isto é, Israel aderir e ratificar o Estatuto de Roma logo que conquistasse o território palestiniano.

2.2. DESVIOS E PROBLEMAS DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL

Como já referido, várias foram as dificuldades com que os Estados se depararam no início de todo este processo de criação de um novo Tribunal Penal Internacional, nomeadamente a escolha das competências que conferem jurisdição ao ICC. No entanto, e ainda que redigidas no Estatuto de Roma, as várias competências não se revelam com a linearidade que poderíamos esperar e desejar.

Desse modo, iremos, agora, abordar alguns desvios à lógica do ICC fazer operar-se sobre atos criminosos praticados num determinado território de um Estado Parte, revelando, num primeiro polo, situações nas quais o ICC não se manifesta, não obstante estejamos perante um crime praticado no território de um Estado Parte e, no polo oposto, situações em que o ICC irá ser chamado a julgar mesmo que o caso tenha ocorrido num território de um Estado Não-Parte. E se é verdade que não seria difícil conjeturar casos em que tal ocorra, pois socorremo-nos do critério da nacionalidade, também é verdade que os exemplos que se seguem não serão abordados lançando-se mão de tal critério.

2.2.1. TERRITÓRIO NÃO, JURISDIÇÃO SIM

Chegados a este ponto iremos mostrar a não linearidade do princípio da territorialidade que governa a competência territorial. Ainda que já tenhamos referido que a jurisdição do ICC se basta com a verificação da nacionalidade do arguido como sendo a de um Estado Parte (e que sendo assim se prescinde do princípio da territorialidade para que o ICC possa fazer exercer a sua jurisdição), não obstante existirem casos em que não estando o requisito da nacionalidade cumprido, nem o da territorialidade, ainda assim o ICC está investido de jurisdição.

2.2.1.1. ACEITAÇÃO DA JURISDIÇÃO POR UM ESTADO NÃO-PARTE

Na questão que agora se coloca, estamos perante um Estado que não ratificou o Estatuto de Roma e, portanto, não é Estado Parte, mas que, ainda

assim, solicita e pede para que o ICC julgue o caso em concreto, ou aceita o pedido do próprio ICC. Esta é uma forma de conferir a jurisdição ao ICC sem ser pela ratificação do Estatuto de Roma. É, portanto, uma jurisdição *ad hoc* e está prevista no art.º 12.º n.º 3 do Estatuto de Roma. Tal disposição foi por três vezes utilizada, curiosamente por três países em situações muito distintas.

A Costa do Marfim fez uso desta possibilidade de conferir jurisdição *ad hoc*, a 18 de abril de 2003, ao abrigo da norma em questão, reconhecendo a competência ao ICC para julgar os atos praticados no seu território, após o dia 19 de setembro de 2002, que fossem da competência deste mesmo Tribunal. Embora tenha assinado o Estatuto de Roma a 30 de novembro de 1998, só o viria a ratificar no ano de 2013, mais concretamente a 15 de fevereiro, pelo que se pode afirmar que à data em que conferiu a jurisdição não era um Estado Parte³¹. Também a Autoridade Palestiniana tentou a ativação da cláusula que aqui expomos, mas, como já referido, a atuação do ICC sobre território palestino enfrenta muitas e difíceis adversidades³². Por fim, o Uganda, que curiosamente ratificou o Estatuto de Roma, e que por isso mesmo é um Estado Parte, permitiu a ativação da cláusula para que o ICC exercesse jurisdição sobre crimes cometidos no espaço temporal que decorreu desde a entrada em vigor do Estatuto até à entrada em vigor do Estatuto sobre o seu território e nacionais^{33/34}.

Tal disposição legal evidencia os vestígios de um longo processo negocial decorrente do projeto de 1994 da Comissão de Direito Internacional, que tinha em cima da mesa a possibilidade de um consentimento casuístico para que se afirmasse a jurisdição do ICC. Esta possibilidade enxertada pelo art.º 12.º n.º 3 do Estatuto de Roma levantou, e continua a levantar, sérios problemas de interpretação, e mediante a interpretação que se faça os resultados podem ser completamente diferentes, por outras palavras, a ação ou inação do ICC.

31 Para um entendimento mais completo cf. Ana Carolina Laborda Carvalho, “*A jurisdição do Tribunal Penal Internacional sobre nacionais de Estados não-parte do Estatuto: fundamento e obstáculos*”, (Dissertação, Universidade de Coimbra, 2018), 115-116.

32 Cf. 20090122PalestinianDeclaration7.pdf (icc-cpi.int)

33 Cf. Carvalho, “A jurisdição”, 105-106.

34 Atendendo às diferentes posições face à ratificação do Estatuto de Roma nas quais se enquadram a Costa do Marfim e o Uganda, a declaração efetuada pelos Estados apresenta diferente tratamento processual. Cf. *ibidem*, 105-117, com particular precisão p.113.

A discussão desenvolve-se no seguinte quadrante: Um Estado Não-Parte que aceite a competência do Tribunal nos moldes aqui descritos, aceita tal jurisdição quanto àquele crime (dos possíveis do art.º 5.º) ou quanto a uma situação concreta, isolada e determinável?

Vários são os entendimentos divergentes e como resposta, ainda que de forma não esclarecedora, surge a “*Rule 44 of the Rules of Procedure and Evidence*” – promovida pelos EUA – que quando se debruça sobre o art.º 12.º n.º 3 do Estatuto de Roma, mais precisamente no n.º 2 da Regra 44, esclarece que o Estado que faz a declaração de aceitação da jurisdição deve ser informado das consequências de tal ato, nomeadamente a aceitação da jurisdição respeitante aos crimes previstos no art.º 5.º do Estatuto de Roma que sejam relevantes para aquela situação.

A redação é ambígua, porém, no nosso entendimento, do n.º 3 do art.º 12.º do Estatuto de Roma, parece resultar que se refere a crimes e, portanto, o Estado A que concede a jurisdição ao ICC estará a conceder quanto àquele crime constante no art.º 5.º e não a uma situação concreta, isolada e determinável. Se assim não fosse, iríamos deparar-nos com casos em que o mesmo Estado A aceitaria a jurisdição quando fosse vítima de um crime constante no art.º 5.º, mas não concederia a jurisdição quando o Estado fosse o perpetrador do mesmo crime contra os seus nacionais. Evita-se, assim, uma situação injusta e perversa que atenta contra as finalidades do ICC. Houve quem defendesse uma lógica de reciprocidade³⁵, na medida em que o Estado ao conferir jurisdição sobre os outros, aceita a jurisdição sobre si mesmo.

No nosso modesto entendimento, a aceitação da jurisdição é referente aos crimes do art.º 5.º do Estatuto de Roma que estejam em causa naquele (tipo de) crime concreto e, como tal, o ICC teria competências sobre esse(s) crime(s) que tenha(m) sido cometido(s) no território (ou por nacionais) do Estado que aceite a jurisdição. Conseguimos apreciar o mérito daqueles que defendem que talvez seja demasiado audacioso e, assim, iniba certos Estados a aceitar a jurisdição *ad hoc* do ICC, pela simples razão de não quererem ver os seus nacionais ou crimes cometidos pelo próprio Estado serem julgados pelo ICC. Ainda que assim seja, reserva-se sempre a possibilidade de o Conselho

35 Cf. Ruth Wedgwood, “The United States and the International Criminal Court,” *Military Law Review*, vol. 167 (2001): 1.

de Segurança das Nações Unidas intervir por força do poder conferido pelo art.º 13.º n.º 2 do Estatuto de Roma, pelo que se conclui que esta solução acomoda, em si, uma via alternativa para que o ICC exerça jurisdição.

2.2.1.2. O PODER DO CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS

Estamos perante uma outra situação em que não obstante a ausência de competência territorial (e eventualmente pessoal) o ICC poderá ver-se investido de jurisdição, desta vez não pela aceitação da jurisdição por parte de um Estado, mas via Conselho de Segurança das Nações Unidas que pode principiar um processo por denúncia ao procurador, mesmo que não estejamos perante um crime cometido no território de um Estado Parte ou por um nacional de um Estado Parte³⁶.

De acordo com o art.º 23.º da Carta das Nações Unidas, o Conselho de Segurança é composto por cinco membros permanentes³⁷ e dez membros eleitos pela Assembleia Geral para mandatos de dois anos, e segundo o art.º 24.º da Carta das Nações Unidas, o Conselho de Segurança tem como maior responsabilidade manter a paz e segurança internacional. Um exemplo prático desta função foi a criação dos Tribunais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda, em conjugação com o art.ºs 41.º e 42.º da Carta das Nações Unidas e com o Capítulo VII do mesmo diploma. De ressaltar que para que uma resolução seja aprovada são necessários 9 votos a favor, no entanto qualquer um dos 5 Membros Permanentes tem poder de veto sobre tal resolução^{38/39}.

Se é verdade que esta possibilidade presente no art.º 13.º *al. b)* do Estatuto de Roma é uma vitória dos Direitos Humanos sobre aqueles que os atacam e possam ter encontrado refúgio na não ratificação do Estatuto de Roma, é, em

36 Nas negociações, vários foram os Estados que mostraram o seu desacordo, nomeadamente a Índia e o México, que não queriam qualquer tipo de interferência do Conselho de Segurança no ICC. Cf A/CONF.183/C.1/L.81, de 15 de julho de 1998.

37 Os vencedores da Segunda Guerra Mundial: EUA, Reino Unido, França, Rússia (ex-URSS) e China. Sendo que destes cinco, apenas Reino Unido e França ratificaram o Estatuto de Roma.

38 De acordo com o art.º 27.º da Carta das Nações Unidas.

39 Cf. Schabas, *An Introduction*, 168.

contrapartida, uma vitória mitigada pelo domínio da política sobre a justiça, uma vez que a montante da denúncia do Conselho de Segurança ao procurador estarão, sem sombra de dúvidas, motivações económicas e geopolíticas, deixando para segundo plano uma ideia de justiça.

Esta modalidade de exercício de jurisdição já foi utilizada (ou pelo menos tentada) em diversos momentos. Em 2005⁴⁰ discutia-se a possibilidade de os crimes perpetrados em Darfur (região a oeste do Sudão) serem denunciados pelo Conselho de Segurança ao procurador, tendo sido a primeira vez que o Conselho de Segurança ativou esta cláusula⁴¹. Só a muito custo e depois de uma ronda negocial, os EUA se abstiveram de exercer o poder de veto, permitindo, portanto, a denúncia⁴². Mais recentemente, em 2014, o desfecho não se verificou o mesmo. Desta feita tentava-se levar à justiça os crimes praticados na sangrenta guerra civil síria, no entanto China e Rússia vetaram eventual denúncia.

2.2.2. TERRITÓRIO SIM, JURISDIÇÃO NÃO

Percorrido o trajeto até este ponto, ficamos a saber que a competência do ICC, entre outros fatores, afere-se pelo princípio da territorialidade. Referimos, de igual modo, em que moldes se mostra o conceito de território. Foi concedida, também, a hipótese do ICC alargar a sua jurisdição a territórios (e Estados) que não ratificaram o Estatuto de Roma. Mas poder-se-á dizer que o inverso é possível? Numa palavra. Poderá o ICC abster-se de investigar/julgar/condenar quando se verifique a prática de um facto punível pelo Estatuto de Roma praticado num Estado Membro? Sim, pode.

Falamos da possibilidade que foi introduzida no Estatuto de Roma, mediante proposta e defesa por parte da França, positivada no art.º 124.º do Estatuto de Roma. Resulta de uma nova tensão de forças. Por um lado, os Direitos Humanos, por outro, “mas não menos importante”, a política.

40 Situação idêntica é a da Líbia em 2011. Cf. Resolução 2011 (2011), S/RES/2011, 12 de outubro de 2011, ICC Legal Tools Database | UNSC Resolution 2011 (2011) (legal-tools.org).

41 Cf. Resolução 1593 (2005), S/RES/1593 (2005), 31 de março de 2005, ICC Legal Tools Database | UNSC Resolution 1593 (2005) (legal-tools.org).

42 Cf. Schabas, *An Introduction*, 170.

Como anteriormente referido, apenas 2 dos 5 Membros Permanentes do Conselho de Segurança ratificaram o Estatuto de Roma. No entanto, se aqui incluímos a França, muito se deve ao aquiescer das suas vontades, nomeadamente a vertida, em norma, no art.º 124.º do Estatuto de Roma.

Dita a referida norma legal que um Estado que pretenda fazer parte do Estatuto tem o “bónus” de nos 7 primeiros anos depois da entrada em vigor do Estatuto no seu território ver-se evadido da competência do ICC relativamente aos crimes que compõe o art.º 8.º (crimes de guerra) do Estatuto de Roma, quer sejam praticados no seu território, quer sejam praticados pelos seus nacionais.

Várias dúvidas se levantam. Não será o art.º 124.º uma reserva e, se assim o é, não deveria ser ilegal? O termo técnico empregue pode ser diferente, uma “emenda”, um “aperfeiçoamento”, mas em bom rigor, não será uma reserva temporária à jurisdição do ICC e, como tal, uma reserva?

Façamos o seguinte exercício mental: excluirmos o art.º 124.º do Estatuto de Roma, mantendo-se todos os demais. Imaginemos que, no entretanto, sugere-se que nos 7 primeiros anos haja uma supressão dos poderes do ICC sobre um determinado território/nacionais de um Estado que deseja ratificar o Estatuto. Entenderíamos tal proposta como uma reserva ao Estatuto, ou uma simples emenda ou aperfeiçoamento do mesmo? Parece-nos clara a resposta. Ainda assim, com o “pó de arroz” necessário, por outras palavras, “interesses políticos *q.b.*” poder-se-á descortinar, não uma reserva, mas, outrossim, um aperfeiçoamento ao Estatuto.

Resulta, daqui, que também os nacionais do Estado que lance mão deste art.º 124.º estarão fora da esfera de jurisdição do ICC, mesmo que seja praticado um crime constante do art.º 8.º num Estado Parte. Além disso, não se suscita como possível, de todo, que findo este hiato temporal o ICC possa reagir retroativamente aos crimes que eventualmente tenham sido praticados⁴³. Mais. Esta porta entreaberta, pode ser usada perversamente, por um qualquer Estado. Imaginemos um Estado que pretende cometer crimes de guerra previstos no art.º 8.º do Estatuto de Roma e decide, de forma a escudar-se da intervenção do ICC, ratificar o Estatuto acionando esta cláusula. E mais. O Estado pode fazer uso do art.º 127.º do Estatuto de Roma, ainda

43 No mesmo sentido, Elizabeth Wilmshurst, cf. Schabas, *An Introduction*, 399.

que tal retirada só produza efeitos um ano após a recepção por parte do Secretário-Geral das Nações Unidas da notificação exigível, acabando por voltar ao *status quo*.

De que armas poderá socorrer-se a Justiça? Inicialmente, argumentar e tentar enquadrar as ações criminosas levadas a cabo como crimes contra a humanidade (art.º 7.º do Estatuto de Roma). Assim sendo, poder-se-á contornar a cláusula ativada pelo Estado. Em alternativa: o Conselho de Segurança, ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, e por força do disposto no art.º 13.º *al. b)* do Estatuto de Roma, poderá denunciar a prática em análise ao procurador. Esta última possibilidade poderá ser de difícil aplicação. Por um lado, muitas vezes devido à incompatível vontade una do Conselho de Segurança fazer operar tal poder. Por outro, pois, parece-nos que seja ambígua a possibilidade de tal suceder, visto que, se é verdade que o Conselho de Segurança pode impor contra a vontade de um Estado Não-Parte a jurisdição do ICC, também é verdade que tal “emenda” é um acordo pré-estabelecido entre o Estado em causa e o próprio ICC, através do qual o ICC se compromete a não perseguir judicialmente tal incidente. Seria um caso de *venire contra factum proprium*⁴⁴. Até agora só a França e a Colômbia acionaram esta possibilidade.

3. CONCLUSÃO

Conclui-se que a existência de um Tribunal Penal Internacional permanente e de ratificação aberta, ainda que de uma vontade intrínseca louvável e apreciável, resulta num desviar de intenções de realização de justiça para um melhor uso dos interesses de cada qual, esses que muitas vezes são contraditórios com uma ideia de Justiça.

Este pensamento *supra* descrito é comprovado reiteradamente ao longo do texto elaborado, desde as exigências nas negociações e atos preparatórios da criação do Estatuto de Roma realizadas por diversos Estados, até à possibilidade de intervenção do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que,

⁴⁴ Concedemos total mérito e reconhecimento aos Autores que entendam ser possível acionar o art.º 13.º *al. b)*.

se atentarmos bem, pode atribuir jurisdição, até aí inexistente ao ICC, ou impedir a sua atuação, e que curiosamente é composto por um conjunto de membros permanentes em que a maioria não ratificou o Estatuto. Ainda que a política e a justiça vivam de mãos dadas, esta última será sempre refém da primeira, e só será justiça até quando e onde a política o permita.

É possível concluir, de igual modo, que o que ao início pode parecer bastante simples e linear, como a questão da competência territorial baseada no princípio da territorialidade, pode sofrer desvios que acabem, em última análise, por desvirtuar o princípio em causa. Uma vez, pela existência de situações que, ainda que não preencham os requisitos de atribuição da jurisdição, a mesma será atribuída; outras vezes pelo facto de que, ainda que preenchidos os requisitos de atribuição de jurisdição, a mesma não será reconhecida.

Em suma, afere-se a existência de uma competência (em princípio) territorial, não obstante a competência possa ser reconhecida e não se cumpra o princípio da territorialidade.