
VÁRIA

“O MODELO DE DIREITO PENAL QUE O ESTATUTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE INAUGURA”

Maria Leonor Machado Esteves de Campos e Assunção

*Docente na Escola de Direito da Universidade do Minho,
Membro da Delegação Portuguesa à Conferência Diplomática de Roma*

INTRODUÇÃO

É minha convicção de que o TPI, instituído no mês de Julho do corrente ano, poderá fazer perdurar na memória dos homens, que como se sabe é curta, a lembrança dos cadáveres dos arménios exterminados pelos turcos, da negação absoluta da dignidade humana que representou o campo de concentração nazi, dos homens, mulheres e crianças mortas de fome nas estepes ucranianas durante o estalinismo, das vítimas de May Lai, de todos os seres humanos objecto de depurações étnicas, religiosas ou ideológicas.

Mas, se o TPI tem a sua história e, por isso, o seu sentido, irremediavelmente ligados a esta memória da história do século XX, a compreensão do seu destino só poderá ser prosseguida no âmbito de uma reflexão sobre a pragmática extremamente complexa da passagem de um século ao outro.

Julgo que o Estatuto deste Tribunal traduz, por um lado, um determinado entendimento das exigências colocadas ao direito penal, que, no plano internacional, ainda que neste plano com a indispensável concordância com a específica

natureza deste direito, como no plano interno, não pode furtar-se a cumprir a sua vocação, a tutela de valores cuja integridade é comunitariamente considerada imprescindível à manutenção e desenvolvimento da comunidade de homens. Por outro lado, reflecte um esforço, na sua condicionalidade histórico-cultural de (re)construção de um conceito de homem¹.

No conceito de homem que emerge das normas do Estatuto do TPI, particularmente da que define os crimes contra a humanidade, à dimensão ontológico-antropológica acresce uma dimensão ética onde, a meu ver, radica a essência da humanidade do homem, onde se funda o limite intransponível do poder, de um qualquer poder, instituído ou de facto.

Pode afirmar-se que o TPI simboliza a tentativa de criar um espaço e um tempo de entendimento no âmbito da comunidade internacional, como comunidade de Estados, mas, indubitavelmente, como comunidade de Homens, em redor de um mínimo de valores que é imprescindível preservar, nomeadamente na relação que deve ser comunicacional entre o poder e o cidadão e que bem pode constituir o núcleo do que, desde 1991, Hans Kung denomina uma “ética planetária”².

É na compreensão desta pragmática que, em última instância, se deve buscar o sentido hermenêutico, mas, também, o fundamento das normas que constituem o Estatuto do Tribunal aprovado em Roma no mês de Julho de 1998. Facto este, em si mesmo tão extraordinário, cuja mera probabilidade era liminarmente recusada por Heinrich Jescheck, em 1955³, o qual tinha em mente os obstáculos, aparentemente intransponíveis, reiteradamente colocados pela comunidade de Estados, antes e depois da adopção da Carta das Nações Unidas à discussão e apreciação dos Projectos de criação de uma jurisdição penal internacional, de modo substancialmente inalterável até ao ano de 1992⁴. Um dos obstáculos prende-se com a discussão, talvez interminável, sobre a definição do crime de agressão.

Sem querer ser fastidiosa, permitam-me que refira os factos que, a meu ver, constituem os momentos mais relevantes da história da criação de uma jurisdição penal internacional.

¹ Veja-se, Maria Leonor Assunção, “Apontamento sobre o crime contra a Humanidade”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra Editora, 2001, p. 76.

² “Les Principes d’une éthique planétaire”, Tubingen, in, *Vers une éthique planétaire. Parlement des Religions du Monde*, Chicago, 1993, p.4.

³ “Crimes du droit des Gens”, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1955, p. 552.

⁴ Maria Leonor Assunção, ob. cit. p. 76-77.

BREVE HISTÓRIA DO TPI ⁵

Passados mais de 40 anos sobre as tentativas da elaboração de um Código Penal Internacional, em 1872 pelos juristas americanos que constituíam a “Peace Society” e em 1875 pelo Senador espanhol Arturo de Marcoartu, em 28 de Junho de 1919, no rescaldo da denominada Grande Guerra, assinava-se o Tratado de Paz de Versalhes do qual constava uma expressa referência à criação de um Tribunal Especial para julgar e punir os acusados da prática de actos ofensivos das leis e costumes de guerra. Tal Tribunal nunca chegou a constituir-se.

Fiel aos fins plasmados nos seus Estatutos à data da sua criação, a Associação Internacional de Direito Penal adopta, no seu primeiro Congresso, realizado em Bruxelas em 1926 uma resolução tendo em vista a criação de um Tribunal Penal Internacional. No seio de um grupo em que se destacam os nomes de Vespasian Pella e Donnedieu de Vabres é dado à estampa em 1928 um Projecto de Estatuto de um Tribunal Internacional, seguido em 1935 de um Ante-Projecto de Código Penal Internacional. Nenhum destes documentos foi apreciado pela Sociedade das Nações.

O clima na Europa era, como é sabido, pouco propício... No ano em que Pella declarava que a criação de um Código Penal Internacional, na prossecução de um Direito Penal Universal, longe de ser uma utopia era a “manifestação concreta de um poderoso desiderato da consciência jurídica contemporânea”, e se assinava o Pacto Briand-Kellogg, a corrosão interna da república de Weimar era evidente e Adolf Hitler, no Palácio dos Desportos de Berlim, exortava o povo alemão a realizar a missão que o criador do Universo lhe destinara: uma guerra sem tréguas cujo desiderato seria o domínio da terra pela raça ariana e proclamava que as ideias de universalismo, humanismo, internacionalismo eram fórmulas vazias, manifestação de cobardia e inaceitável desprezo pelo poder da origem, dos laços do sangue.

A Convenção para a repressão do Terrorismo firmada em Genebra em 1937 e que previa a criação de um Tribunal Penal Internacional nunca entraria em vigência.

Quando na década de 50 se afirma a necessidade da criação de uma jurisdição penal internacional que é feita constar da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 1948, e a Comissão de Direito Internacional

⁵ Veja-se, sobre as considerações que se seguem, Maria Leonor Assunção, *The scope and Meaning of the International Criminal Court*, in *Ius Gentium Conimbrigae*, Human Rights Course, Working Papers, c/portugues/working-papers.html”, www.fd.uc.pt/hrc/portugues/working-papers.html.

das NU elabora o Projecto de Código dos Delitos contra a Paz e a Segurança da Humanidade (1954), o Mundo, sobretudo um dos seus continentes, a Europa, que ainda varria os escombros e tratava de curar as feridas do corpo e da alma, queria esquecer.

Esquecer os julgamentos de Tóquio que faziam recordar o morticínio massivo da população chinesa, as experiências médicas e biológicas com seres humanos na Manchúria e que reflectiam, ainda que de forma distorcida, as vítimas de Nagasáqui e Hiroshima, esquecer os julgamentos de Nuremberga que recordavam os campos de concentração, as câmaras de gás, as execuções sumárias realizadas pelos Einsatzgruppen e pelos Kommandos.

A comunidade internacional julgava, então, poder ver nas condenações e execuções das penas que corresponderam a esses julgamentos, não o tributo pago pelos vencidos aos vencedores da guerra mas a imagem, invertida, da sua própria absolvição⁶.

Nos anos que se seguiram, particularmente durante o período da guerra fria a ideia da criação de um Tribunal Internacional era por muitos sediada no domínio do utopia ou da loucura.

O Projecto de Chérif Bassiouni de um Código Penal Internacional apresentado às NU em 1980 no Relatório final sobre a execução da Convenção sobre o Apartheid nunca chegou a ser discutido. O Projecto da Comissão de Direito Internacional das NU reformulado entre 1984-5 ficou no papel.

Mas, a prática reiterada e sistemática, no âmbito de conflitos armados, de condutas patentemente ofensivas dos valores protegidos em instrumentos internacionais como as Convenções de Genebra de 1949 e respectivos Protocolos, a Convenção sobre o Crime de Genocídio, a Convenção contra a Tortura e Tratamentos Desumanos e Degradantes de 1984, que os Estados iam ratificando para acalmar as consciências, conduziu a que a AG das NU em Novembro de 1992 encarregasse a CDI da elaboração de um Projecto de Estatuto de um TPI e que o Conselho de Segurança decidisse, com carácter de urgência, em 1993 e em 1994, respectivamente, a criação do Tribunal Especial para a Ex-Jugoslávia e do Tribunal Especial para o Ruanda.

A internacionalização e a eficácia da informação não permitiram que se dissimulasse a eliminação dos tutsis, a perseguição de grupos da população denominada “operação de limpeza étnica”, a violação de mulheres, o morticínio de civis e a destruição maciça de bens.

⁶ Assim, Maria Leonor Assunção, O Tribunal Penal Internacional e o Mito de Sísifo, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 8, 1998, p. 28.

Ora, o processo de criação daqueles Tribunais Penais Especiais com jurisdição circunscrita no espaço e, pelo menos no caso do Tribunal do Ruanda, no tempo, com uma ligação insofismável ao Conselho de Segurança, com Estatutos que revelam carência de rigor e de clareza na definição dos crimes da sua competência e graves lacunas, nomeadamente, no domínio das regras processuais que têm vindo, de resto, a ser colmatadas pela jurisprudência, veio recolocar, na ordem do dia, o problema da constituição de um Tribunal Penal Permanente. Problema cujo enunciado continha a ideia, sobejamente partilhada, de que os mecanismos tradicionalmente usados para lograr a responsabilização dos autores das graves ofensas àqueles valores protegidos internacionalmente, a combinação de um critério de competência universal plasmado na lei interna de cada Estado com o velho princípio *aut dedere aut punire*, na formulação de Bassiouni *aut dedere aut judicare*, se revelavam manifestamente insuficientes⁷.

Eis como a AG em Dezembro de 1995 decide da criação de um Comité Preparatório no seio do qual foi elaborado o Projecto do Estatuto do Tribunal Penal Internacional apresentado à discussão na Conferência Diplomática de Roma.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Permitam-me, que, em traços toscos, enuncie aqui algumas questões que poderão constituir elementos essenciais para uma reflexão a efectuar sobre o modelo ou sistema de direito penal que, julgo, vem indiciado no Estatuto do TPI.

Sem, naturalmente, negligenciar as especificidades, o que é dizer, as fragilidades que este direito encerra: de uma parte, a peculiar fonte de onde dimana este direito, não um acto de afirmação da soberania estadual na concretização do monopólio estadual de punir que legitima o direito penal interno, mas um acto de vontade da comunidade internacional, de outra parte os específicos mecanismos de aplicação prática deste direito, que irão comprovar a eficiência da juris-

⁷ Veja-se, Chérif Bassiouni, "The need for International Accountability, in International Criminal Law, Bassiouni ed, 2.a ed., 1999, e, "Searching for International Accountability", trabalho gentilmente cedido pelo Autor; Chérif Bassiouni/Edward Wise, *Aut Dedere aut Judicare. The duty to extradite or prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Second Revised Edition, Kluwer Law International, 1999 e "Combating Impunity for International Crimes, in *University of Colorado Review*, vol. 71, 2000, p. 410 e ss.

dição internacional que ele inaugura. Naturalmente tais mecanismos tornam imprescindível a constância dessa vontade da comunidade internacional traduzida no reiterado cumprimento pelos Estados das obrigações decorrentes da ratificação daquele diploma legal internacional⁸.

Em primeiro lugar, a questão do âmbito de validade deste direito penal. Em termos simples, a quem é que se aplica este direito ou quem é que, e em que circunstâncias, pode vir a ser julgado pelo Tribunal Penal Internacional. Os crimes internacionais que o Tribunal chama a si a tarefa de julgar (*core crimes*) são os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão. A verdade, porém, é que, quanto aos crimes de guerra, se abre, no art. 124º, a possibilidade de, durante um período de 7 anos, cada Estado Parte poder subtrair-se à aceitação da jurisdição do Tribunal e o crime de agressão não se encontra, por ora, definido, o que, à luz do princípio da legalidade, plasmado no art. 22º, significa a impossibilidade de julgar penalmente tal facto.

Ora, exceptuada o o caso em que a denúncia é efectuada pelo Conselho de Segurança previsto na alínea b) do art. 13º, a intervenção do TPI resulta circunscrita às situações que configuram aquelas condutas quando praticadas no território de um Estado Parte ou de um Estado que haja aceite a jurisdição do Tribunal, ou num barco ou aeronave matriculado nesses Estados ou perpetradas por um nacional desses Estados⁹, que não constituam crimes da competência da lei penal interna de um Estado¹⁰. Nos casos da competência da lei penal de um Estado e, por isso, da competência de um tribunal penal nacional o TPI só intervéem quando o Estado decida não proceder penalmente, evidencie ou torne patente a sua carência de vontade de proceder penalmente ou se encontre impossibilitado de o fazer (devido, por hipótese ao colapso do sistema de administração da justiça)¹¹.

Exemplificando: Não tendo a China ratificado o Estatuto, a menos que venha a aceitar a jurisdição do Tribunal, quanto aos crimes praticados no território chinês (em Macau) por um nacional de um Estado não Parte não poderá o TPI invocar a sua competência.

Tendo Portugal ratificado o Estatuto, face aos princípios estabelecidos na lei penal portuguesa o TPI só se considerará competente para julgar um crime de

⁸ Assim, já, Maria Leonor Assunção, “De como o Estatuto do Tribunal Internacional Penal certifica um Novo Modelo de Direito penal”, in *Timor e o Direito*, Org. Jorge Miranda, Lisboa 2000, p. 175, e, também, in, *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 75, Número Extraordinario Comemorativo y Monográfico Sobre La Corte Penal Internacional, Enero-Junio, 2000, p. 206.

⁹ Art. 12º.

¹⁰ Art.s 1º, 17º, 18º e 19º.

¹¹ Art. 17º.

genocídio, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade (ainda que quanto a estes dois tipos de crime se afigure acertado proceder a uma alteração da lei no sentido de cobrir a totalidade das condutas da competência do TPI), praticados em Portugal, seja qual for a nacionalidade do agente, ou praticados no estrangeiro por um português, se acaso o Estado Português não quiser ou fôr incapaz de julgar os agentes destes crimes. Estes limites à intervenção do Tribunal traduzem o que de mais essencial contém o propalado *princípio da complementaridade* entre a jurisdição do TPI e as jurisdições nacionais que, de há muito venho defendendo exprimir uma ideia peculiar de subsidiaridade da sua intervenção¹². Ideia de subsidiaridade que, julgo poder afirmar-se, constitui o nó górdio do direito penal que o Estatuto do TPI inaugura e não deve ser compreendida, apenas, como a solução possível atentos os limites colocados pela soberania dos Estados mas sim como a escolha que se impunha à luz da problematização do sentido e do fundamento deste direito.

Subsidiaridade de intervenção entendida em dois planos. Num primeiro plano, significa que não cumpre ao direito penal internacional proteger a totalidade da ordem internacional mas tão só intervir quando estão em causa as agressões mais graves aos bens jurídico penais cuja tutela é internacionalmente considerada indispensável. Num segundo plano, o da explicitação da ideia de complementaridade, exprime a ideia da primazia das jurisdições (e, particularmente, dos direitos penais) nacionais.

Por aqui se cumpre com uma sensatez meritória, não apenas a ideia de respeito pela soberania dos Estados mas, sobretudo, a ideia do que deve ser o direito penal e a função que o dignifica como vem, de há muito, ensinando Figueiredo Dias: a protecção de bens jurídicos cuja dignidade justifique e legitime a imposição de sanções penais.

Quer tal finalidade se logre atingir mediante o desejável reforço das expectativas comunitárias na validade do direito, abaladas pela prática do crime e o restabelecimento da confiança comunitária no eficiente funcionamento do sistema de administração da justiça, como ensina a melhor doutrina (assim, Figueiredo Dias), quer se cumpra através da julgada indispensável catarse social, sempre o melhor meio será o da investigação e julgamento do autor do crime pelos tribunais do Estado onde ele teve lugar, ou da sua nacionalidade ou das vítimas¹³, caso se encontrem reunidas as condições necessárias à realização de um julgamento justo.

¹² Veja-se, “O Tribunal Penal Internacional e o Mito de Sísifo”, cit. p. 31, “The scope and Meaning...”, cit..

¹³ Em sentido coincidente, já, Maria Leonor Assunção, “Âmbito de aplicação espacial da lei penal e problemas afins. Em especial, a cooperação em matéria penal entre a futura Região Adminis-

O restabelecimento da paz jurídica dos cidadãos operada através da responsabilização do culpado e da aplicação da pena cumprir-se-é, na exacta medida em que forem aquietadas as aspirações de justiça onde se fazem sentir de modo mais acutilante. Mais se cumpre, mediatamente, o direito dos povos à reconciliação com a própria história.

Resta acrescentar que a coerência deste modelo resulta reforçada com a aceitação de dois princípios: O primeiro, o princípio *ne bis in idem*¹⁴, que impede o Tribunal de julgar os crimes da sua competência cujos agentes tenham sido já julgados por outro tribunal ou cujo processo penal decorra ainda, salvaguardados duas excepções: O caso de acobertada má fé (quando é manifesto que o processo cumpre a finalidade de fazer subtrair o agente à justiça internacional ou é inconsistente com a finalidade de o responsabilizar penalmente) e o caso em que não foram cumpridos os direitos e garantias processuais reconhecidos pelo direito internacional.

O segundo, que delimita o âmbito de competência temporal – o princípio da proibição da aplicação retroactiva das suas normas, i. é. a factos que tenham tido lugar antes da sua entrada em vigência¹⁵. Vigência que se iniciou em Julho deste ano, mas, para cada Estado que a ele adira após essa data, deve fixar-se no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um prazo de 60 dias contados desde a adesão¹⁶.

No que respeita ao âmbito de competência pessoal diga-se que as normas do Estatuto se aplicam a pessoas singulares¹⁷ maiores de 18 anos¹⁸. Refira-se ainda, por um lado, o expresso afastamento de privilégios e imunidades inerentes a funções oficiais, como obstáculos à responsabilização penal¹⁹, por outro lado, o especial cuidado posto na responsabilização, de chefes militares e outros superiores hierárquicos²⁰.

Note-se que a legítima defesa do património²¹, e a obediência devida²² não são admitidas como causas de exclusão da responsabilidade nos casos dos crimes de genocídio e contra a humanidade. Quanto aos crimes de

trativa Especial de Macau e as outras regiões da China”, in, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Jornadas de Direito Penal*, Ano I, n.º 3, 1997, p. 210-211.

¹⁴ Art. 20º.

¹⁵ Art. 22º.

¹⁶ Art. 126º.

¹⁷ Art. 25º.

¹⁸ Art. 26º.

¹⁹ Art. 27º.

²⁰ Art. 28º.

²¹ Art. 31º, nº1 alínea c).

²² Art. 33º.

guerra a obediência a uma ordem não obsta à responsabilização quando era manifesta a ilicitude dessa ordem.

Consagra-se a inadmissibilidade da prescrição como causa da extinção da responsabilidade penal ou da pena²³.

Quando ao sistema punitivo, isto é o conjunto de regras que se respeitam às penas e sua aplicação diria que possui as seguintes características: PRIMEIRA: submissão a um princípio de estrita legalidade²⁴, quer dizer que o Tribunal só pode aplicar as penas referidas no Estatuto e nos seus precisos termos. SEGUNDA: recusa da pena de morte. TERCEIRA: restrição da pena de prisão perpétua aos casos de extrema gravidade do crime, atento o elevado grau de culpa do agente, sendo que, a aplicação desta pena se encontra ligada a um mecanismo obrigatório de revisão, cumpridos que sejam 25 anos²⁵. Abra-se aqui um parêntesis para dizer que o processo de negociação das penas foi um dos mais complexos e desgastantes, nomeadamente na Conferência de Roma. Deve-se ao trabalho e empenho de delegações em que a portuguesa teve um papel destacado o afastamento da pena de morte defendida intransigentemente por países árabes e africanos até à última semana e a sujeição da pena de prisão perpétua (à qual eu não reconheço nenhum bom fundamento de política criminal) a regras que limitam a sua aplicação e execução.

Sobre o sistema processual que vem desenhado pelas normas do Estatuto se pode dizer que corresponde, no essencial, ao modelo de processo garantístico, ou seja, respeitador dos direitos e garantias fundamentais num processo penal, sucessivamente reflectido em Instrumentos Internacionais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Tal como no processo penal português verifica-se uma clara separação entre as funções atribuídas ao Procurador e aos Juízes²⁶.

Compete ao Procurador realizar os actos de investigação subsequentes à notícia do crime dentro de um quadro de objectividade e de legalidade, ainda que com um afloramento de uma ideia de oportunidade. Sujeita-se, não obstan-

²³ Art. 29º.

²⁴ Art. 23º.

²⁵ Art. 77º alínea b) e art. 110º, nº3.

²⁶ Para a compreensão da estrutura processual portuguesa caracterizada por uma matriz basicamente acusatória "integrada por um princípio de investigação", veja-se Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal, Lições* col. por Maria João Antunes, Secção de Textos, Fac. Direito Univ. Coimbra, 1988/9, e "A Reforma do processo penal na europa: o exemplo português", comunicação apresentada à secção jurídico-penal da Sociedade de Direito Comparado, 1992 e, "Sobre os Sujeitos Processuais no novo Código de Processo Penal", in *O novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 3 e ss.

te, a sua actuação a um sistema apertado de fiscalização que, se de uma parte faz depender a legitimidade para investigar de queixa a efectuar por um Estado Parte ou pelo Conselho de Segurança, de outra parte, condiciona o desencadear do inquérito da sua iniciativa, com base numa denúncia proveniente de uma OG ou ONG, órgão das NU, a autorização do juízo de instrução, entidade a quem compete avaliar a acusação que venha por ele a ser elaborada. Há que afirmar que, tal como em sistemas processuais de raiz continental como é o português, este Procurador não prossegue no processo um interesse necessariamente oposto ao do arguido²⁷. A comprová-lo o dever de investigar *à charge et à décharge* (os factos que deponham contra e a favor do arguido), o dever de comunicar prontamente ao arguido os elementos probatórios que recolha que possam fundamentar a sua inocência, abalar a acusação ou ter incidência no domínio da diminuição da pena e o poder recorrer em representação e em favor do arguido. De realçar as funções que são atribuídas ao Procurador em matéria de preservação da prova e da sua confidencialidade e da protecção das pessoas.

Compete aos juízes assegurar o cumprimento dos direitos e garantias, quer durante o inquérito, quer no âmbito do julgamento. A tarefa de julgar é estabelecida com base em latos poderes de fiscalização e controlo da audiência de julgamento, designadamente de definição dos critérios de valoração da prova. Compete aos juízes, nos limites definidos pela acusação que fixa o objecto do processo, investigar, independentemente das contribuições do Procurador, do arguido ou do seu representante, o facto sujeito a julgamento. De aplaudir a recusa do sistema da *plea-bargaining*²⁸.

Cabe aqui afirmar que tanto o Procurador e seus Adjuntos como os Juízes são designados mediante um processo de eleição pela Assembleia de Estados Partes, subordinado a critérios de isenção e de competência para o exercício do cargo que cumprem de forma independente²⁹, uma vez que não se encontram vinculados a quaisquer ordens ou instruções provenientes quer de um Estado, do Conselho de Segurança ou outro órgão das Nações Unidas. O Tribunal não é um órgão das NU.

Uma palavra sobre a posição que o arguido detém no processo. Ao invés da vítima cujo espaço de intervenção correu o risco de se diluir no da testemunhas mas vem, sucessivamente a ser alargado nas propostas relativas ao Regula-

²⁷ Com respeito à relação entre o M^o P^o e o arguido no processo penal português (análoga à que desenha o processo penal de Macau), veja-se, Cunha Rodrigues, “Sobre o princípio de igualdade de armas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1, 1991, p. 77 e ss e Figueiredo Dias, “Sobre os sujeitos Processuais ...”, cit.

²⁸ Art. 65^o n.º 5.

²⁹ Art.s 40^o e 42^o.

mento Processual, o arguido é um verdadeiro sujeito processual. Sujeito processual na medida em que a sua intervenção é apoiada por um conjunto de direitos e garantias que encontram fundamento no princípio do respeito pela sua dignidade de pessoa humana. Deste princípio decorrem, como suas imediatas manifestações, o princípio da presunção de inocência e os seus corolários o princípio *in dubio pro reo* e o princípio do respeito pela sua autonomia da vontade. Na verdade proíbe-se, de uma parte, o uso de qualquer mecanismo de coacção para obter a confissão que deve ser valorada quando prestada livremente e com completo conhecimento dos efeitos que dela emergem³⁰ e, de outra parte, consagra-se o direito ao silêncio, concretamente, o direito a que a sua recusa em prestar declarações sobre os factos de que vem acusado não o prejudique, no domínio, quer da decisão sobre a aplicação de uma medida processual detentiva, quer da decisão sobre a medida da pena³¹ e, proíbe-se, mais, a inversão do ónus da prova³². Não posso, todavia, deixar de fazer aqui uma severa crítica à solução encontrada em matéria de proibições da prova que prevê uma intolerável abertura à possibilidade de valoração da prova obtida ilegalmente, isto é, através do uso de meios coactivos ilegais, em desconformidade com o Estatuto e com desrespeito pelos direitos humanos internacionalmente reconhecidos³³.

O núcleo de direitos e garantias do arguido abrange o direito de se fazer representar por um advogado, o da sua escolha, o direito de ser informado em língua que compreenda, dos factos que lhe imputam, de contrariar a prova apresentada pela acusação, de recorrer de sentenças que lhe são desfavoráveis³⁴. Uma brevíssima referência crítica à admissibilidade da renúncia por parte do arguido à presença de advogado no primeiro interrogatório, bem como da renúncia a estar presente na audiência para apreciação da acusação antes do julgamento desacompanhada da obrigatoriedade de ser representado por advogado³⁵ o insuficiente cumprimento de garantias que rodeiam a detenção bem como a aplicação e manutenção da prisão preventiva³⁶.

³⁰ Art. 65°.

³¹ Art.s 55° e 67°.

³² Art.s 66° e 67°, n.º 1, alínea i).

³³ Art. 69°, n.º 7.

³⁴ Art.s 67° e 81° e ss.

³⁵ Art.s 55°, n.º 2 alínea d) e 61° n.º 2.

³⁶ Arrt.s 58°, 60°, 89° e 92°.

CONCLUSÃO

Permitam-me que, a concluir, não efectue, por ora, um juízo firmado sobre a eficácia futura deste direito penal, o que é dizer dos modos de concretização prática através da sua aplicação ao caso concreto pelos órgãos competentes, que, naturalmente, muito dependerá do atempado cumprimento pelos Estados dos princípios que conferem sentido e consistência aos institutos de cooperação judiciária e de execução das sentenças³⁷. E que afirme a importância da reflexão sobre o sentido e os fundamentos do que designei “novo modelo de direito penal”.

Dirige-se este direito à tutela de um conjunto de valores, mínimo, pela repressão das condutas que configuram ofensas gravíssimas a esses valores. A estas ofensas se refere o preâmbulo do Estatuto do Tribunal, classificando-as como “graves atrocidades de que têm sido vítimas homens, mulheres e crianças durante este século que chocam profundamente a consciência da humanidade” e, por isso, não só merecem, como impõem, o veemente repúdio da comunidade internacional.

Cada acto de genocídio, cada acto de homicídio, de tortura, de violação de um membro da população civil, integrado num ataque generalizado ou inscrito num plano ou política e, no âmbito de um conflito armado, cada ofensa à vida, à integridade física ou liberdade de um membro da população civil ou de um não combatente, traduz um peculiar abuso de uma relação de poder ou de domínio³⁸.

Abuso que exprime o desrespeito pela ideia de Alteridade que pode e deve subsistir entre o poder e o seu destinatário. Desrespeito pelos limites impostos ao poder pela humanidade insita em cada membro da população sobre quem se exerce esse poder e onde habita a sua eminente dignidade. São tais limites decorrentes do princípio rector de justiça que confere consistência e validade à ideia de direito, sucessivamente reafirmado por Platão, Aristóteles, Aquino e Kant, mas, também, por Confúcio na construção da ideia de Tao que deve prosseguir a conduta de que cada homem, que encontra, hoje, suporte nos princípios de responsabilidade e de solidariedade. O acto de um poder que desrespeita tais limites configura uma contraditoriedade com a ideia de direito que a comunidade internacional, como comunidade de Estados, e como comunidade de homens considera a solene proclamação do intolerável (a ex-

³⁷ Capítulos 9 e 10 do Estatuto do TIP.

³⁸ Sobre o que segue, veja-se, Maria Leonor Assunção, “Apontamento sobre o crime contra a humanidade”, cit. p.96 e ss.

pressão é de Humberto Eco). Intolerável porquanto exprime a negação da humanidade do homem, da sua essência, “desonra a natureza humana” nas palavras de Voltaire, ferindo, irremissivelmente, os fundamentos em que assenta a existência comunitária.

Reafirmo que o Estatuto do TPI, na sua dimensão normativa, cujo suporte consensual levou mais de meio século a atingir, compreende uma particular dialéctica entre um conceito de poder, instituído ou de facto e uma concepção de homem.

Um conceito de poder vinculado ao direito entendida esta vinculação como cumprimento de uma ideia de justiça. Direito como a “expressão do equilíbrio entre a realização da pessoa, deixada intocada a sua dignidade e o cumprimento dos deveres comunitários de solidariedade e responsabilidade”. (Castanheira Neves).

Um conceito de homem como “valor incondicionado” (Baptista Pereira) “valor indisponível para o poder e a prepotência dos outros” (Castanheira Neves). Conceito de homem que reafirma a natureza ética da vocação de transcendência co-natural ao seu ser e que se exprime através do reconhecimento do Outro. Não o Outro como um reflexo do Eu, mas o Absolutamente Outro que se apresenta di-lo Emmanuel Lévinas, “na epifania da abstração ou nudez do rosto”³⁹. Exercício de transcendência numa aproximação ao mandato kantiano “age de modo a ver a humanidade na tua pessoa e na dos teus semelhantes sempre como um fim, nunca como um simples meio” e que adquire a sua mais pungente expressão no pensamento de Lévinas na belíssima leitura de Felix Duque:

“Não reduzirás a minha nua alteridade aos teus esquemas de apropriação, não me olharás como meio nem como objecto, não farás, em definitivo, da minha nudez esquivar o objecto de uma actividade intencional”⁴⁰.

³⁹ Emmanuel Lévinas, *L’Humanisme de l’Autre Homme*, Fata Morgana, 1972, p. 51.

⁴⁰ In “Introducción”, “Emmanuel Lévinas, *El Tiempo y el Otro*, Pensamiento Contemporáneo, Ed. Paidós, 1993.

