

REVISTA PORTUGUESA DE CIÊNCIA CRIMINAL

PEDRO CAEIRO

CLAROS E ESCUROS DE UM AUTO-RETRATO:
BREVE ANOTAÇÃO À JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS
PENAIIS INTERNACIONAIS PARA A ANTIGA JUGOSLÁVIA
E PARA O RUANDA SOBRE A PRÓPRIA LEGITIMAÇÃO



Coimbra Editora

I.D.P.E.E.

Separata da
Revista Portuguesa de Ciência Criminal
Ano 12 • N.º 4 • Outubro-Dezembro 2002

Execução Gráfica
Coimbra Editora, Lda.
Rua do Arnado — Coimbra

CLAROS E ESCUROS DE UM AUTO-RETRATO:
BREVE ANOTAÇÃO À JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS
PENAIIS INTERNACIONAIS PARA A ANTIGA JUGOSLÁVIA
E PARA O RUANDA SOBRE A PRÓPRIA LEGITIMAÇÃO (*)

Pedro Caeiro
Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

*Em tardia, porém sincera homenagem
ao Senhor Prof. Doutor Rogério Ehrhardt Soares*

"When I looked around, I saw and heard of
none like me.

Who was I? What was I? Whence did I
come? What was my destination?"

MARY SHELLEY, *Frankenstein*

I. O problema

1. *O International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law*

(*) O texto tem por base a comunicação proferida no *Colóquio Direito Penal Internacional*, organizado pelo Goethe-Institut de Portugal, pelo Instituto Cervantes e pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Dezembro de 2001. As comunicações apresentadas no *Colóquio* encontram-se em vias de publicação, num volume autónomo, pela editora Fim de Século, sob os auspícios do Goethe-Institut.

Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 [Tribunal Penal Internacional para a Antiga Jugoslávia — TPIAJ] e o *International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for genocide and other such violations committed in the territory of neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994* [Tribunal Penal Internacional para o Ruanda — TPIR] foram estabelecidos, respectivamente, pelas Resoluções R 827 (1993) e R 955 (1994) do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Em ambos os casos, o Conselho de Segurança actuou ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, que, em caso de “ameaça para a paz, violação da paz ou acto de agressão”, lhe permite adoptar as medidas necessárias para manter ou restaurar a paz e a segurança internacionais.

Assim, pode afirmar-se que a criação dos Tribunais não teve por *fim principal* a administração da justiça internacional penal. Na verdade, o Conselho de Segurança não dispõe de uma competência genérica para criar um Tribunal Internacional em matéria penal ⁽¹⁾ — e por isso essa possibilidade viria a ser recusada pela esmagadora maioria das delegações presentes na Conferência de Roma quando se tratou de instituir o Tribunal Permanente. Deste modo, o estabelecimento dos Tribunais *ad hoc* é uma das medidas não especificadas de que o Conselho de Segurança dispõe, perante situações concretas de conflito, para prosseguir os interesses de segurança referidos. Numa palavra, os Tribunais *ad hoc* para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda são, antes de mais, *instrumentos*, ao lado de outros, destinados a contribuir para a ces-

⁽¹⁾ Neste sentido, avançando a opinião hoje dominante sobre o assunto, cf. a elaborada *Declaração de Voto* do Juiz SIDWHA na *Decisão da Câmara de 2.ª Instância do TPIAJ sobre o recurso da decisão interlocutória relativa à jurisdição do Tribunal apresentado pela defesa, caso Procurador v. Dusko Tadic* [IT-94-1], de 2 de Outubro de 1995 [doravante designada *Decisão Tadic — 2.ª Instância*], disponível em <www.un.org/icty>. Sobre o uso do vocábulo português “Câmara” para traduzir o original “Chamber / Chambre”, vd. ALMIRO RODRIGUES, “O Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia e seus contributos para o direito (penal) internacional”, *RPCC* 11 (2001), p. 356, nota 7.

sação dos conflitos e a restauração da paz naqueles territórios e, no caso do Ruanda, a reconciliação nacional.

2. A originalidade dos dois Tribunais *ad hoc* reside no facto de serem os primeiros órgãos judiciais em matéria criminal criados pelo Conselho de Segurança, já que aqueles que os precederam (os tribunais internacionais de Nuremberga e de Tóquio) surgiram por decisão de uma coligação de Estados ⁽²⁾.

Estas reflexões não curarão do debate político e jurídico que tem envolvido o processo de instituição dos Tribunais, especialmente no que diz respeito à legitimidade do Conselho de Segurança para criar órgãos desta natureza ⁽³⁾. O objectivo é bem mais modesto: procurarei apenas expor e comentar brevemente a jurisprudência dos Tribunais sobre a legitimação ⁽⁴⁾ da sua própria jurisdição; identificados os traços de luz desse “auto-retrato”, sugerirei algumas das questões que permanecem nas sombras do mesmo.

⁽²⁾ Sobre a controversa questão do enquadramento do “direito de Nuremberga” no Direito Internacional Penal, vd. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 1996, p. 120 e ss. Para uma comparação dos modos de criação dos vários Tribunais Penais Internacionais na experiência histórica, cf. GARY J. BASS, *Stay the Hand of Vengeance. The Politics of War Crimes Tribunals*, 2000, e PEDRO CAEIRO, “Tribunais Penais Internacionais: ‘etapas de um caminho’ ou ‘astros em constelação’? (Uma visão político-jurídica do Estatuto de Roma)”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 37, Ano 10 (2002), p. 98 e ss.

⁽³⁾ Sobre a questão de fundo — *sc.*, a instituição dos Tribunais *ad hoc* e a sua legitimação —, com indicação de bibliografia, JANA HASSE, “Resolutionen des UN-Sicherheitsrates contra Menschenrechte? Die Diskussion über die Befugnis des UN-Sicherheitsrates zur Errichtung von *ad hoc*-Straftribunalen und ihre Auswirkung auf die Wahrung des Menschenrechts auf ein faires Verfahren am Beispiel Tadic”, *S+F — Vierteljahresschrift für Sicherheit und Frieden* 2000 (2), p. 158 e ss.; e PEDRO CAEIRO, *como na nota 2*, p. 100 e ss.

⁽⁴⁾ No contexto específico do problema, parece mais apropriado usar o conceito de *legitimação* do que o de *legitimidade*: o que aqui está em causa não é a validade da jurisdição dos Tribunais *ad hoc* apreciada *de um qualquer ponto de vista*, mas o próprio *acto fundacional* dos Tribunais, que os constitui e “justifica” radicalmente como órgãos de poder; para a distinção dos dois conceitos, vd. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4.ª ed., p. 1377 e s.

II. As Decisões das Câmaras de 1.^a e 2.^a Instância do TPIAJ no caso Tadic

1. A defesa de Dusko Tadic, primeiro arguido a ser julgado pelo TPIAJ, suscitou pela primeira vez a questão da legitimação do Tribunal, em termos que, no que aqui nos interessa, valeriam também para o TPIR. Ainda antes do julgamento, a defesa apresentou à Câmara de 1.^a Instância (*Trial Chamber*) uma petição preliminar onde impugnava a jurisdição do Tribunal com três fundamentos: a ilegalidade do estabelecimento do Tribunal; a injustificada atribuição de primazia ao Tribunal sobre a jurisdição dos tribunais estaduais e inerente desrespeito pela soberania dos Estados; e a incompetência do Tribunal *ratione materiae* no caso concreto.

Atendendo ao problema que me propus, é a primeira tese que importa analisar, pelo que não curarei aqui do chamado “princípio da primazia”, nem da complexa questão da jurisdição do TPIAJ relativamente aos chamados “crimes de guerra” (5).

2. No que toca o primeiro fundamento apresentado pela defesa, a argumentação repousava essencialmente sobre dois alicerces:

- a criação do Tribunal teria sido ilegal por uma série de motivos, entre os quais sobressaía a falta de poderes do Conselho de Segurança para criar um órgão com poderes jurisdicionais em matéria criminal;
- o Tribunal seria competente para examinar os vícios que inquinavam a sua própria constituição.

Na resposta à petição da defesa, o Procurador sustentou que o Tribunal não tinha competência para examinar a legalidade do seu próprio estabelecimento pelo Conselho de Segurança. De acordo com o Procurador, a autoridade do Tribunal cingir-se-ia ao julgamento das pessoas

(5) Sobre ela, pode ver-se CHRISTOPHER GREENWOOD, “International humanitarian law and the Tadic case”, *European Journal of International Law* 7 (1996), p. 265 e ss., e o que expendeu o Juiz SIDWHA, *como na nota 1*, § 95 e ss.

responsáveis por violações graves do direito humanitário cometidas na antiga Jugoslávia desde 1991, não se estendendo a discussões acerca da interpretação da Carta das Nações Unidas, nem, em especial, do direito de sindicar o exercício dos poderes do Conselho de Segurança.

3. A Câmara de 1.^a Instância, presidida pela Juíza Gabrielle McDonald, por *Decisão* de 10 de Agosto de 1995 (6), *rejeitou* a petição na parte em que impugnava o princípio da primazia da jurisdição e a competência material definida nos artigos 2.º, 3.º e 5.º, e, no que aqui mais interessa, *considerou-se incompetente* para conhecer da petição na parte em que impugnava a legitimidade do Tribunal Internacional. Diga-se, aliás, que, apesar disso, a Câmara não se eximiu a comentar abundantemente, no texto do aresto, o mérito da questão e, até, a afirmar a conveniência política (!) da criação de um Tribunal para a avaliação de cuja legalidade se considerava, afinal, incompetente (7).

Atentemos mais de perto nos termos desta *Decisão*.

3.1. A Regra 73 das Regras de Procedimento e Prova, na versão então vigente (8), definia os casos em que era admissível a apresentação de uma petição preliminar, entre os quais se contava a objecção fundada na falta de jurisdição (“*lack of jurisdiction*”) do Tribunal. Confrontada com a alegação segundo a qual o tribunal teria sido criado de forma ilegal, a Câmara de 1.^a Instância entendeu que tal alegação se subsumia àquele fundamento (9).

Todavia, apesar desse enquadramento da objecção da defesa, logo deu um passo atrás, ao considerar que as questões de jurisdição só

(6) *Decisão da Câmara de 1.^a Instância do TPIAJ sobre a petição preliminar relativa à jurisdição do Tribunal apresentada pela defesa, caso Procurador v. Dusko Tadic* [IT-94-1], de 10 de Agosto de 1995 [doravante designada *Decisão Tadic — 1.^a Instância*], disponível em <www.un.org/icty>.

(7) Cf., v. g., os §§ 16, 27, 36 e 38 da *Decisão Tadic — 1.^a Instância*; criticando também esta incoerência da Câmara de 1.^a Instância, cf. JOSE E. ALVAREZ, “Nuremberg revisited: the Tadic case”, *European Journal of International Law* 7 (1996), p. 250 e s.

(8) Cf. *infra*, nota 23.

(9) *Decisão Tadic — 1.^a Instância*, § 3.

podem ser examinadas pelo Tribunal se se referirem aos elementos temporais, espaciais e materiais das infracções constantes da acusação. De acordo com a *Decisão*, “só estas questões contendem com a jurisdição em sentido próprio, dado que a validade da criação do Tribunal Internacional não é verdadeiramente um problema de jurisdição, mas sim da legitimidade [*lawfulness*] da sua criação, co-envolvendo o escrutínio dos poderes do Conselho de Segurança e da forma do seu exercício; e talvez, também, da adequação da resposta dada à situação na Antiga Jugoslávia”. Ora, como o Tribunal “não é um tribunal constitucional estabelecido para examinar as acções dos órgãos das Nações Unidas [...], não tem competência para investigar a legalidade da sua criação por parte do Conselho de Segurança” (10).

3.2. A esta incompetência, digamos, originária, juntava-se ainda, de acordo com a *Decisão*, o facto de os poderes conferidos pelo Capítulo VII da Carta ao Conselho de Segurança serem discricionários, assentes em critérios de actuação eminentemente políticos e, portanto, não sindicáveis pelo Tribunal. Assim, a “ampla discricionariedade conferida ao Conselho de Segurança para o exercício da sua autoridade nos termos do Capítulo VII da Carta sugere, por si só, que as decisões tomadas neste âmbito não são sindicáveis” (11) e, em concreto, o juízo sobre a verificação dos pressupostos aí previstos “pertence ao Conselho de Segurança e só a ele; não é, obviamente, uma questão sindicável pelo Tribunal [*justiciable*], mas antes uma questão que envolve considerações de natureza política [*considerations of high policy and of a political nature*]” (12); de onde se retira que “a validade da decisão do Conselho de Segurança de criar o Tribunal assenta na conclusão a que chegou, segundo a qual os eventos na antiga Jugoslávia constituíam uma ameaça para a paz. Esta conclusão é necessariamente baseada em factos e suscita questões políticas, não sindicáveis juridicamente. [...] A natureza fáctica e política de uma determinação do Conselho de

(10) *Ibid.*, § 4 e s.

(11) *Ibid.*, § 7.

(12) *Ibid.*, § 23.

Segurança emanada ao abrigo do artigo 39.º torna-a inerentemente insusceptível de controle por esta Câmara” (13).

4. A defesa de Dusko Tadic interpôs recurso da *Decisão* e submeteu o problema à apreciação da Câmara de 2.ª Instância (*Appeals Chamber*), a qual, como se verá de seguida, o abordou de forma bem diversa da decisão recorrida.

Resumidamente (14), a Câmara de 2.ª Instância considerou que tinha competência para conhecer do recurso; que a validade da criação do Tribunal era um pressuposto da sua jurisdição; que, uma vez suscitada a questão, o Tribunal — e só o Tribunal — podia conhecer dela; e, após proceder ao exame jurídico do problema, concluiu pela legalidade da instituição do Tribunal, revogando a *Decisão* recorrida na parte em que se havia pronunciado pela incompetência do Tribunal para conhecer do mesmo e rejeitando o recurso da defesa relativamente à questão de fundo.

III. Breve anotação às duas *Decisões*

Havia três perguntas fundamentais a que o Tribunal devia responder:

Primeira: A validade da constituição do Tribunal é, ou não, um pressuposto essencial da sua jurisdição?

Segunda: Em caso de resposta afirmativa à primeira questão: o Tribunal dispõe, ou não, em princípio, de poderes para examinar tal validade?

Terceira: Em caso de resposta afirmativa às duas primeiras questões: a competência do Tribunal para examinar a validade da sua constituição encontra-se, ou não, limitada pelo facto de ter sido criado pelo Conselho de Segurança, atendendo à natureza dos poderes concretamente exercidos por este órgão nesse momento?

(13) *Ibid.*, § 24.

(14) O conteúdo desta *Decisão* será examinado com mais pormenor *infra*, III.

Em meu entender, a *Decisão* da Câmara de 1.^a Instância foi triplamente infeliz, porque respondeu inadequadamente a todas as questões, como depois veio mostrar a Câmara de 2.^a Instância, presidida pelo Juiz Antonio Cassese, na *Decisão* que recaiu sobre o recurso interposto pela defesa (15).

1. Começemos pela primeira pergunta: a validade da constituição do Tribunal é, ou não, um pressuposto da sua jurisdição?

A Câmara de 1.^a Instância, como vimos, entendeu que não, reduzindo a problemática da jurisdição do Tribunal às questões relacionadas com os elementos espaciais, temporais e materiais das infracções. Contudo, creio que não é assim.

Por *jurisdição de um tribunal* entendo o poder-dever que obriga determinado órgão com funções jurisdicionais a dizer o direito do caso julgando (16). Desta definição gostaria de retirar já duas implicações:

- Em primeiro lugar, não parece adequado afirmar-se que um tribunal só tem jurisdição sobre o caso quando possa decidir do mérito: o “caso” é, na sua conformação jurídico-judiciária, uma entidade fenomenologicamente diferente dos puros factos que o constituem, pelo que a decisão que conclui pela falta de jurisdição do tribunal

(15) Para uma comparação crítica das duas *Decisões*, em perspectivas diferentes, cf. JOSE E. ALVAREZ, *como na nota 7*, p. 245 e ss., e FAIZA PATEL KING, “Sensible Scrutiny: The Yugoslavia Tribunal’s Development of Limits on the Security Council’s Powers Under Chapter VII of the Charter”, *Emory International Law Review* 10 (2) 1996.

(16) Neste sentido, cf. a *Decisão Tadic* — 2.^a Instância, § 10. O problema que se discute no texto diz respeito apenas à jurisdição como atributo de um (qualquer) tribunal e não contende, por isso, com a doutrina da jurisdição elaborada pelo direito internacional público, enquanto “*function of regulating and delimiting the respective competences of States*” (FREDERICK A. MANN, “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, *Rec. des Cours de l’Académie de Droit International* 111 (1964), T. I, p. 15), nem com as distinções que daí derivam entre “jurisdiction to prescribe”, “jurisdiction to adjudicate” e “jurisdiction to enforce”: cf., sobre o ponto, RUI MOURA RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, 1990, p. 14 e ss., e JÓNATAS MACHADO, *Introdução ao Direito Internacional (Sumários desenvolvidos)*, 2.^a Turma, *Ano lectivo de 2001-2002* (policop.), p. 144 e ss.

diz, também ela, o direito *daquele caso judiciário*. Por isso se pode afirmar que a jurisdição de um tribunal é dotada de profundidade variável (17).

- Em segundo lugar, a jurisdição é *atributo de um órgão*, integre-se ele, ou não, numa estrutura judiciária complexa. Este atributo contém duas dimensões: uma *dimensão orgânico-institucional*, que se inscreve no plano da legitimação / legitimidade do órgão e não depende, por isso, das características particulares do caso; e uma *dimensão material*, composta pelos pressupostos que se hão-de verificar na situação concreta para que o tribunal possa apreciar o mérito do caso (18).

(17) Voltarei a este ponto com mais pormenor, *infra* 2.5.

(18) A lei, a jurisprudência e a doutrina nacionais usam os vocábulos “jurisdição” e “competência” com um sentido diverso do que se propõe no texto: a competência de um tribunal seria “a medida [da sua] jurisdição” (MANUEL DE ANDRADE [com a colaboração do Prof. Antunes Varela], *Noções Elementares de Processo Civil*, 1976, p. 88), que poderia por isso designar-se “competência jurisdicional” do tribunal (MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Competência Declarativa dos Tribunais Comuns*, 1994, p. 31). Nesta linha de raciocínio, a *jurisdição*, ou se identifica com “o poder jurisdicional atribuído em conjunto aos tribunais” (MANUEL DE ANDRADE, *cit. nesta nota*, p. 89), ou serve para distinguir as autoridades pertencentes a “diversas actividades do Estado” e as diferentes “ordens jurisdicionais” em que se integram os tribunais (cf. o artigo 115.º, n.º 1, do Código de Processo Civil; ANTUNES VARELA / J. MIGUEL BEZERRA / SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.^a ed., 1985, p. 196; e TEIXEIRA DE SOUSA, *cit. nesta nota*, p. 122), ou, ainda, para contra-distinguir as jurisdições de dois ou mais Estados (A. FERRER CORREIA [com a colaboração de L. Barreto Xavier], *Lições de Direito Internacional Privado*, I, 2002, p. 411, e LUIS DE LIMA PINHEIRO, “A triangularidade do direito internacional privado — ensaio sobre a articulação entre o direito de conflitos, o direito da competência internacional e o direito de reconhecimento”, in *Estudos de Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, p. 315 e s.). Por seu lado, a *competência* designa a fracção de jurisdição que cabe a certo tribunal por força da repartição (em razão da matéria, da hierarquia, do território, etc.) do poder jurisdicional dentro do aparelho judicial estadual (vejam-se, a título de exemplo, as várias normas sobre a “competência” dos tribunais no Código de Processo Civil [artigos 61.º e ss.] e no Código de Processo Penal [artigos 10.º e ss.], e ANTUNES VARELA / J. MIGUEL BEZERRA / SAMPAIO E NORA, *cit. nesta nota*, p. 194 e ss.).

Não é este, decerto, o local para discutir terminologia tão sedimentada no nosso direito, nem a questão é de grande monta. Porém, não vejo razão para distinguir

desta forma jurisdição e competência, que acabam por se misturar indesejavelmente, perdendo, talvez, parte da sua capacidade delimitativa. Na verdade, se a competência é vista como uma *fracção* da jurisdição (*sc.*, do poder jurisdicional), então não existe um *distinguo* no plano da natureza dos respectivos conteúdos essenciais: trata-se sempre do poder específico atribuído aos órgãos que exercem a função jurisdicional; e, se assim é, a nota distintiva da “competência” não se encontra no plano do *poder*, mas antes nas *condições* (territoriais, materiais, de grau, etc.) que o *delimitam*, repartindo-o (ou talvez melhor: distribuindo-o) por diversos órgãos. Bem vistas as coisas, a competência não se define, em relação à jurisdição, como poder, mas sim como *esfera de actuação* desse poder. Assim, como se pretende retratar a mesma realidade essencial — o poder jurisdicional dos tribunais e as condições do seu exercício — parece-me preferível, logo por motivos de economia de conceitos, utilizar apenas o vocábulo “jurisdição”, colocando as condições (territoriais, materiais, etc.) do exercício do poder jurisdicional na categoria da *dimensão material da jurisdição* dos tribunais (que abrange, aliás, como se verá *infra*, 2.4, outras condições não reconduzíveis ao sentido tradicional da competência): nenhum obstáculo se levanta, segundo creio, contra o emprego das expressões *jurisdição territorial* ou *material, internacional* ou *interna*, de um tribunal.

Estas razões de economia conceitual são potenciadas pela polissemia do conceito de competência. Com efeito, não pode esquecer-se que os tribunais lidam por vezes com problemas de *competência da lei*, enquanto esfera de aplicabilidade abstracta (*eficácia*) e concreta (*competência stricto sensu*) de certas normas a factos (cf. BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, 1970; em sentido diverso, cf. todavia A. FERRER CORREIA, *cit. nesta nota*, p. 439 e ss., e LIMA PINHEIRO, *cit. nesta nota*, esp. p. 315 e ss., que se referem à “aplicabilidade” dos sistemas normativos, reservando o termo “competência” para os órgãos de aplicação). Ora, o sentido (mais amplo) proposto para o conceito de jurisdição no parágrafo anterior, ao ocupar o espaço semântico da “competência” enquanto medida da jurisdição de um tribunal, permite também separar com maior clareza os dois conceitos, de forma a evidenciar a diferença entre os sujeitos que predicam: a jurisdição é atributo de um tribunal; a competência é atributo de um dado sistema normativo (sobre o modo particular como se tecem as relações entre a jurisdição do TPIAJ e a competência das normas vertidas no respectivo Estatuto, cf. *infra*, nota 45). Isto sem prejuízo, evidentemente, de ser lícito aludir à competência de um tribunal num sentido genérico, como sinónimo de *poder* ou *conjunto de poderes* desse órgão (no *mesmo* sentido que lhe dá, no âmbito do direito administrativo e dos órgãos por ele regidos, ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito Administrativo. Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra no ano lectivo de 1977/78*, policop., 1978, p. 240 e ss.), podendo por isso afirmar-se, *v. g.*, que um tribunal tem competência para estabelecer a sua jurisdição sobre o caso.

Note-se ainda que a distinção das duas dimensões do conceito de jurisdição feita no texto parte de um corte de análise diferente do adoptado por TEIXEIRA DE SOUSA,

Negar a primeira dimensão da jurisdição, como o fez a *Decisão Tadic — 1.ª Instância*, reduz o *judicium* ao estatuto de mero aparelho de aplicação de regras — e dificilmente a decisão será vista como realização do direito, na medida em que o seu autor, co-constituindo a solução do caso, pode não estar legitimado para fazê-lo. Na verdade, a realização jurisdicional do direito, numa ordem de direito (e a incipiente ordem jurídica internacional penal a tanto aspira), não se basta com a validade jurídica das normas aplicáveis ao caso: necessita também de um agente que esteja legitimado para efectuar-la de acordo com a intenção e as regras que presidem à função⁽¹⁹⁾. Foi certamente por essa razão que o Conselho de Segurança criou *tribunais* e não procedeu, *ele próprio*, ou através de uma qualquer “comissão independente” por si designada, à perseguição e julgamento dos factos ocorridos na antiga Jugoslávia e no Ruanda. Não pode deixar de ver-se nesta opção uma assumida sujeição da resolução do problema — o fim dos conflitos e a restauração da paz nos territórios em questão (e, no caso do Ruanda, a reconciliação nacional) através da perseguição e punição dos autores de crimes graves contra a paz e a humanidade — à *realização jurisdicional* do direito, com as consequências que aí vão necessariamente implicadas⁽²⁰⁾.

cit. nesta nota, p. 12, quando se refere à jurisdição “em sentido formal (ou organizatório) e em sentido material (ou funcional)”, classificação que assenta no *tipo de actividade* desenvolvida pelos tribunais e cujo objectivo é mostrar que, dentro de “toda a actividade desenvolvida pelos tribunais” (*sc.*, a jurisdição em sentido formal), só a “solução de casos concretos através da administração da justiça” (*sc.*, a jurisdição em sentido material) corporiza verdadeiramente a função jurisdicional; os dois termos referem-se aí ao mesmo sujeito e designam apenas círculos concêntricos da sua actividade. Cf. também GOMES CANOTILHO, *como na nota 4*, p. 645.

⁽¹⁹⁾ Neste preciso sentido, escreve GOMES CANOTILHO (*como na nota 4*): “esta actividade (jurisdicional) não pode caracterizar-se tendo em conta apenas critérios materiais ou substantivos. Está organizatoriamente associada ao *poder jurisdicional* (...)” (p. 645), conduzindo por isso a uma “*reserva de jurisdição* entendida como reserva de um conteúdo material funcional típico da função jurisdicional”, que implica mesmo uma “*reserva de juiz* (...) no domínio tradicional das penas restritivas de liberdade e das penas de natureza criminal na sua globalidade” (p. 648). Cf. também PAULO CASTRO RANGEL, *Reserva de Jurisdição. Sentido Dogmático e Sentido Jurisprudencial*, 1997, p. 43 e ss.

⁽²⁰⁾ Cf. *infra*, 2.2.

Por isso, o atributo da jurisdição depende, antes de mais e desde logo, da validade da constituição do órgão perante as normas que regem esse acto constitutivo, pois o órgão judicial não precede o direito, antes tem que ser, ele próprio, fruto de normas válidas e vinculantes. Na síntese da Câmara de 2.^a Instância, “se o Tribunal Internacional não fosse validamente constituído, não teria legitimidade para decidir sobre questões de competência temporal, espacial, pessoal ou material. A arguição da invalidade da constituição do Tribunal Internacional atinge a própria essência da jurisdição enquanto poder de exercer a função judicial num dado âmbito. É mais radical do que — no sentido de que vai mais além e prejudica — todas as restantes arguições relativas ao escopo da jurisdição” (21).

Assim, neste primeiro ponto, a Câmara de 2.^a Instância rejeitou a “interpretação estreita” do conceito de jurisdição partilhada pelo Procurador e pela 1.^a Instância e afirmou expressamente que a validade da constituição do Tribunal é uma questão que contende com a sua jurisdição (22) (23).

(21) *Decisão Tadic — 2.^a Instância*, § 12.

(22) *Ibid.*, §§ 11 e 12.

(23) A revisão das Regras de Procedimento e de Prova que teve lugar em 13 de Dezembro de 2000 modificou substancialmente o texto das Regras 72 e 73, ao acrescentar uma alínea (D) à Regra 72. De acordo com a nova redacção, as objecções levantadas contra a jurisdição do Tribunal nas petições preliminares só são admissíveis se pretenderem mostrar que a acusação não diz respeito (a) a uma das pessoas indicadas nos artigos 1.º, 6.º, 7.º, e 9.º do Estatuto, (b) aos territórios e ao período temporal referidos nos artigos 1.º, 8.º e 9.º do Estatuto; (c) ou às infracções descritas nos artigos 2.º, 3.º, 4.º, 5.º e 7.º do Estatuto (deu-se uma alteração idêntica na Regra 72 das Regras de Procedimento e Prova do TPIR, em 21 de Fevereiro de 2000, através da junção da alínea H; aliás, a nova regra já serviu de fundamento à rejeição de uma petição preliminar: *vd. a Decisão da Câmara de 1.^a Instância do TPIR sobre a petição preliminar relativa, inter alia, à jurisdição do Tribunal, caso Procurador v. Karemera* [ICTR-98-44], de 25 de Abril de 2001, §§ 23 e ss., disponível em <www.ict.org>).

Como é fácil de ver, a nova regra absorve, no essencial, a jurisprudência errónea da Câmara de 1.^a Instância, pois a contestação da jurisdição do Tribunal nas petições preliminares só pode fundar-se agora na ausência dos pressupostos da sua dimensão material. Por outro lado, a petição só é admissível se a falta desses pressupostos for apresentada como uma “questão-de-direito” (*sc.*, se resultar directamente da for-

2. Passemos agora à segunda pergunta: o Tribunal dispõe, ou não, de poderes para examinar a validade da sua constituição?

2.1. Como vimos, a Câmara de 1.^a Instância respondeu negativamente a esta pergunta, não só por o problema estar já prejudicado pela redutora interpretação do conceito de jurisdição que acolheu, mas também por força da natureza discricionária dos poderes exercidos pelo Conselho de Segurança ao criar o Tribunal, guiados por critérios eminentemente políticos e, portanto, não sindicáveis judicialmente (“*non-judiciable*”).

mulação da acusação), já não se for apresentada como uma “questão-de-facto” (*sc.*, se a objecção se fundar na falta de jurisdição do Tribunal sobre os factos acusados).

Todavia, a inovação diz respeito apenas ao tipo de objecções que podem apresentar-se nas *petições preliminares*, pelo que não veda ao arguido a invocação, numa fase ulterior do processo, da falta de jurisdição do Tribunal por motivos diversos da ausência, na acusação, dos seus elementos materiais, nem limita os poderes do Tribunal para examinar, de direito e de facto, a sua jurisdição sobre os factos concretos. Um entendimento mais amplo da nova Regra 72 violaria o seu teor literal (que se refere apenas às petições preliminares) e seria incompatível, como veremos, com a natureza da função judicial e inerentes poderes. Aliás, no *caso Tadic*, a Câmara de 2.^a Instância pronunciou-se implicitamente neste sentido (*Decisão Tadic — 2.^a Instância*, § 6), ao fundamentar a sua competência para conhecer da decisão interlocutória nos seguintes termos: “se estas questões não fossem tratadas *in limine litis*, elas poderiam, obviamente, ser suscitadas num recurso de apelação. Seria o superior interesse da justiça bem servido, no caso de a decisão vir a ser favorável ao arguido, depois de ele se ter sujeitado ao que depois teria de considerar-se um julgamento injustificado [?]” [inter-polação minha].

De toda a maneira, a nova solução mostra-se inadequada, pois obriga o processo a atingir a fase de julgamento em casos onde, eventualmente, o Tribunal pode vir a reconhecer a sua falta de jurisdição (*cf.* de novo o excerto da *Decisão Tadic — 2.^a Instância* transcrito no parágrafo anterior); o Procurador do TPIAJ reconheceu também que havia toda a conveniência em discutir as questões de jurisdição numa fase precoce do processo, de forma a que “ninguém seja posto no terrível incómodo de ter de passar por um julgamento que não deveria ter lugar”, (transcrição da Audiência do Recurso Interlocutório sobre a Jurisdição, de 8 de Setembro de 1995, ponto 4., *apud Decisão Tadic — 2.^a Instância*, § 5), embora partilhasse a perspectiva da 1.^a Instância relativamente ao conteúdo da expressão “*lack of jurisdiction*” e, assim, excluísse deste âmbito a questão da validade da criação do TPIAJ (*Decisão Tadic — 2.^a Instância*, *últ. loc. cit.*).

Ao raciocinar deste jeito, misturam-se dois problemas diversos.

Uma coisa é saber se o Tribunal pode, ou não, examinar a verificação dos pressupostos da sua jurisdição e, nomeadamente, a validade do acto da sua constituição. Questão diversa — e logicamente posterior — é a de saber se esse poder, existindo, se encontra limitado em virtude de dadas circunstâncias concretas. Com efeito, não é possível apreciar a limitação dos poderes do Tribunal que poderia eventualmente decorrer do modo da sua criação sem ter estabelecido previamente se este órgão dispõe ou não, *em princípio*, daquele poder de auto-exame, com a consequente identificação, em caso de resposta afirmativa, da raiz de onde ele brota.

A Câmara de 2.^a Instância, não tendo embora separado os dois problemas de forma tão cortante, concluiu, por maioria (4-1), que o Tribunal tinha a competência para — e o dever de — “examinar as objecções à sua jurisdição fundadas na invalidade do seu estabelecimento pelo Conselho de Segurança” (24). Dado este passo, a *Decisão* entra no mérito da questão, averiguando se as condições de facto existentes na antiga Jugoslávia se enquadravam nos pressupostos do Capítulo VII da Carta, ao abrigo do qual o Conselho de Segurança tomou a resolução de criar o Tribunal; se o Conselho de Segurança tinha poderes para criar um tribunal; se se tratou de uma medida adequada; se a criação do Tribunal é compatível com o princípio geral de direito de que um tribunal deve ser estabelecido por lei; etc.

Mais do que as respostas dadas àquelas questões, interessa agora

reflectir sobre os argumentos invocados pela Câmara de 2.^a Instância para se arrojar o poder de sindicar incidentalmente a validade da Resolução 827 à luz da Carta das Nações Unidas e dos princípios gerais de direito. Com efeito, embora os resultados alcançados na *Decisão*, quanto a este ponto, se afigurem genericamente correctos, a retórica que os sustenta poderia, em minha opinião, ser outra.

Na afirmação da competência para conhecer da validade da sua instituição, aí se incluindo a legalidade da R 827, a Câmara de 2.^a Instância invoca, sumariamente, os seguintes fundamentos:

- a) Em primeiro lugar, afirma que o exercício da função judicial tem “requisitos específicos”, de onde derivam “poderes residuais”, corporizados numa jurisdição “inerente” exercida a título “incidental”, sugerindo que o Conselho de Segurança, ao decidir criar um tribunal — e não outro órgão qualquer — não podia desconhecer (nem, talvez, impedir) o surgimento desses poderes.
- b) Em segundo lugar, invoca o princípio da competência da competência (*Kompetenz-Kompetenz, compétence de la compétence*), segundo o qual é ao próprio Tribunal que cabe determinar a sua competência perante o caso concreto.
- c) Em terceiro lugar, aponta, como precedentes, algumas decisões em que o TIJ avaliou incidentalmente a conformidade de certos actos dos órgãos da ONU com a respectiva Carta, *sc.*, a sua “constitucionalidade”.

2.2. Pois bem. Do meu ponto de vista, o primeiro fundamento invocado é suficiente para justificar o poder-dever do Tribunal de examinar a validade da sua jurisdição. Com efeito, seria inconcebível que um órgão com poderes jurisdicionais — sobretudo quando neles se incluía a possibilidade de aplicação das medidas que maior dano causam aos direitos individuais — não possuía o poder inerente, tendencialmente irrestrito, de examinar a validade da sua instituição e, consequentemente, a legitimidade da sua jurisdição. Na verdade, este poder de auto-revisão é uma das principais garantias da independência e da imparcialidade inerentes ao exercício de funções jurisdicionais e, também, o cumprimento último do dever de obediência ao direito que

(24) *Decisão Tadic — 2.^a Instância, § 22*. A recente *Decisão da Câmara de 1.^a Instância do TPIAJ sobre as petições preliminares apresentadas pela defesa, caso Procurador v. Slobodan Milosevic [IT-02-54]*, de 8 de Novembro de 2001, confirmou implicitamente esta doutrina, ao examinar (e rejeitar) as objecções relativas à legalidade da criação do Tribunal pelo Conselho de Segurança (§ 5 e ss. da *Decisão*), louvando-se depois naquele precedente para rejeitar a sugestão dos *amici curiae* de que fosse pedido ao Tribunal Internacional de Justiça [TIJ] um parecer sobre o assunto (§ 17): “o Tribunal (...) declara que não necessita de ter melindre algum no que respeita à sua jurisdição para determinar a sua própria competência, porque, como foi dito pela Câmara de 2.^a Instância na *Decisão Tadic*, a jurisdição de um órgão judicial para determinar a sua própria jurisdição ‘é uma componente necessária do exercício da função judicial’”.

caracteriza esse exercício⁽²⁵⁾. Por isso, enquanto condição essencial da função jurisdicional, não carece de uma específica previsão positiva⁽²⁶⁾, já que “a intenção de validade normativa do direito, a intencionalidade que a jurisdição deverá assumir, é translegal e transpositiva, qualquer que seja a legalidade ou a positividade a que se atenda, tanto da lei ordinária como da lei constitucional”⁽²⁷⁾.

Dir-se-á que as proposições precedentes, formuladas delibera-

⁽²⁵⁾ Só assim se cumpre a “vocação do *judicium* [de] exorcizar o poder só como poder e mais ainda a força arbitrária impondo razões de validade e críticas à acção na inter-acção” (A. CASTANHEIRA NEVES, “Entre o ‘Legislador’, a ‘Sociedade’ e o ‘Juiz’, ou entre ‘Sistema’, ‘Função’ e ‘Problema’ — os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”, *Boletim da Faculdade de Direito* 74 (1988), p. 1), de modo a que “a índole política (comprometidamente política) da função legislativa [tenha] o seu contrapólo na índole jurídica (autonomamente jurídica) da função jurisdicional” (IDEM, *O Instituto dos Assentos*, 1983, p. 604). E se assim é num plano puramente jurídico, as coisas não se apresentam de modo diverso no plano das expectativas sociais relativas ao *out-put* dos tribunais, especialmente daqueles a quem cabe sancionar crimes: nas palavras de JOSE E. ALVAREZ, *como na nota 7*, p. 250, “criminal law is only efficacious if the body that determines criminality is ‘viewed as legitimate’”.

⁽²⁶⁾ Embora, por vezes, ela exista: cf., v. g., o artigo 8.º, n.º 1, da Concordata sobre a Arbitragem Suíça, de 1969, que reconhece a competência do tribunal arbitral para estatuir sobre a sua jurisdição “se a validade da convenção de arbitragem, ou o seu conteúdo e alcance” forem impugnados, e o respectivo comentário em LALIVE / POU-DRET / REYMOND, *Le Droit de l'Arbitrage*, 1989, p. 62 e ss., e, entre nós, o artigo 21.º, n.º 1, da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, que dispõe: “o tribunal arbitral pode pronunciar-se sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção”; cf. também, relativamente à dimensão material da jurisdição, *infra*, 2.4.

No sentido do texto, escreve CHRISTOPHER K. HALL, in: OTTO TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Court. Observers' Notes, Article by Article*, 1999, p. 407: “an international court has the power to determine whether it has jurisdiction in a particular case, even if there is no express provision giving it the power to do so” (embora ressalvando a possibilidade — e, aparentemente, admitindo a validade — de o instrumento constitutivo do tribunal lhe proibir expressamente o exercício desse poder, como sucedeu em Nuremberga) e, mais adiante, “indeed, a court has a duty to determine its own competence”.

⁽²⁷⁾ CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto...* (como na nota 25), p. 467.

mente em termos genéricos, são logo infirmadas pela experiência do direito estadual, onde a decisão sobre a validade da jurisdição de um tribunal raramente compete, em última instância, ao próprio órgão. Com efeito, num sistema estadual, o problema da validade do estabelecimento de um órgão judicial abicará, em princípio, na questão da (des)conformidade constitucional ou legal do acto criador. Ora, como a função jurisdicional estadual se encontra repartida por vários órgãos, articulados em estrutura coerente para a consecução da maior eficiência dos recursos, a decisão *final* daquele problema cabe, via de regra, por expressa imposição do direito positivo, a um tribunal de certo grau hierárquico (v. g., um Supremo Tribunal⁽²⁸⁾) ou a uma jurisdição especializada (v. g., um Tribunal Constitucional⁽²⁹⁾). O que significa que um esquema deste tipo implica a *possibilidade*⁽³⁰⁾ de a validade da jurisdição de um concreto órgão judicial ser decidida heteronomamente, assim se contrariando, à primeira vista, a ideia avançada no parágrafo anterior, segundo a qual um órgão judicial tem um poder tendencialmente irrestrito, inerente à função, para decidir da validade da sua instituição e, em consequência, da legitimidade da sua jurisdição.

Todavia, creio que esta objecção não procede, fundamentalmente, pelo seguinte: não pode esquecer-se que o poder judicial estadual, pese

⁽²⁸⁾ Como sucede, v. g., nos Estados Unidos da América: cf., a título de exemplo, a *Decisão* do Supremo Tribunal americano, de 28 de Junho de 1982, *caso Northern Pipeline Constr. Co. v. Marathon Pipe Line Co.*, que julgou inconstitucional a instituição de tribunais de competência especializada em matéria de falência através do *Bankruptcy Act* de 1978, por esses órgãos possuírem verdadeiros poderes jurisdicionais e serem compostos por juízes cujo estatuto profissional e remuneratório não respeitava as exigências constitucionais de provimento vitalício no cargo e protecção contra a diminuição do salário dos titulares do poder judicial, destinadas a garantir a independência deste perante os poderes executivo e legislativo.

⁽²⁹⁾ Como sucede, v. g., em Portugal: cf., a título de exemplo, o *Acórdão* do Tribunal Constitucional n.º 257/98, de 5 de Março de 1998, que deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público de um despacho proferido pela juíza de um tribunal de turno, segundo o qual a norma que definia o modo de designação dos magistrados judiciais que deviam exercer funções nos tribunais de turno se encontrava ferida de inconstitucionalidade, acarretando, por isso, a “incompetência” dos ditos juízes para “assegurar qualquer serviço” naqueles tribunais.

⁽³⁰⁾ Mas não a necessidade: cf. já a seguir no texto.

embora a “independência correlativa”⁽³¹⁾ dos órgãos que o exercem e a inexistência de “um órgão (um macro-poder) susceptível de concentrar nele a ‘vontade’ do poder judiciário”⁽³²⁾, tem que ser visto como um todo no plano do desempenho da função. Quer dizer: não é possível compreender a função jurisdicional estadual e avaliar o acerto das linhas que a orientam atendendo apenas à fração de jurisdição que cabe a cada órgão da estrutura; é imprescindível tomar em consideração o complexo organizatório no seu todo para identificar correctamente os resultados que derivam da interacção dos elementos. Neste contexto, justifica-se que, por decisão expressa do legislador (constitucional ou ordinário), o poder de auto-exame de que venho falando seja *condicionado* pelo controle — ou, muito simplesmente, *substituído* por um poder de conteúdo equivalente — de *outro órgão com poderes jurisdicionais*: essa é uma solução que, fazendo ainda resultar a decisão da questão, por inteiro, da soberania do poder jurisdicional, preserva as garantias de independência, imparcialidade e obediência ao direito que lhe são inerentes.

Acresce que o direito estadual até conhece casos em que o dito poder de apreciação da validade da jurisdição persiste — porque a lei não determina solução diversa — na esfera do próprio órgão: pense-se, a título de exemplo e no âmbito do direito português, na decisão do tribunal comum que, confrontado com a questão da inconstitucionalidade do acto que o instituiu, se pronuncia pela conformidade constitucional do mesmo, não sendo tal decisão objecto de recurso; ou suponha-se que é suscitada, perante o Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, que o criou⁽³³⁾.

⁽³¹⁾ CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto... (como na nota 25)*, p. 18.

⁽³²⁾ GOMES CANOTILHO, *como na nota 4*, p. 646 e ss. Manifestando reservas acerca da expressão “poder” judicial e preferindo-lhe a de “função” judicial, cf. todavia J. DE FIGUEIREDO DIAS, “Nótulas sobre temas de direito judiciário (penal)”, *RLJ* 127 (1994-1995), p. 537 (nota 14).

⁽³³⁾ Aplica-se aqui — com as devidas adaptações, já que o Autor tem sobretudo em vista aquilo a que chamámos a dimensão material, que não orgânico-institucional, da jurisdição — a conclusão a que chega MIGUEL GALVÃO TELES, “A competência da competência do Tribunal Constitucional”, in: *Legitimidade e Legitimação da Justiça*

Tudo o que nos permite concluir que, no sistema estadual, o controle heterónimo da validade da constituição de um órgão judicial é levado a cabo, normalmente, pelo poder jurisdicional e que, quando não exista uma previsão expressa que dite a heteronomia desse controle, o órgão judicial goza do poder (está obrigado, *ex officio*, ao dever) de auto-revisão.

2.3. Claro que, sendo este o regime aplicável *de jure condito*, sempre cabe questionar, ainda que brevemente, a sua bondade *de jure condendo*. E, neste plano, é pelo menos duvidoso que os Tribunais *ad hoc* devessem ter, como têm, a última palavra sobre a legitimação da própria jurisdição, sobretudo se tivermos em conta o modo de recrutamento dos juízes que os compõem⁽³⁴⁾: por um lado, o interesse pessoal manifestado pelos magistrados para integrar *aqueles específicos* Tribunais *ad hoc*, que é o primeiro pressuposto da sua indicação para o cargo pelos Estados, conflitua com a garantia do juiz natural, ao menos nos casos em que a jurisdição se exerce retrospectivamente; por outro lado, se levarmos em conta as posições políticas que o Conselho de Segurança assumiu nos conflitos em causa, os seus poderes de “filtragem” na elaboração da lista dos juízes elegíveis pela Assembleia Geral fazem perigar a garantia da imparcialidade. O enfraquecimento destas garantias, sendo indesejável em qualquer nível de actuação de um órgão judicial, é-o particularmente quando ele deve analisar a própria legitimação.

Ora, tratando-se de uma questão intrinsecamente jurisdicional, teria sido porventura preferível conferir ao TIJ a competência para a decisão final da mesma, através de norma expressa. Bastaria, para tanto, prever nos Estatutos dos Tribunais *ad hoc* uma norma semelhante à que constava do artigo 11.º do Estatuto do Tribunal Administrativo das

Constitucional. Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional, 1995, p. 111: “no limite, alguém exercerá, a título final ou pretendidamente final, a competência da sua competência — que mais não seja, a competência de declarar se é ou não competente para decidir da competência de outros tribunais”.

⁽³⁴⁾ Cf. os artigos 13.º *bis* e 13.º *ter* do Estatuto do TPIAJ e o artigo 12.º do Estatuto do TPIR.

Nações Unidas ⁽³⁵⁾ e à que consta, ainda hoje, do artigo 12.º do Estatuto do Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho, de forma a permitir que, em caso de contestação da jurisdição dos Tribunais *ad hoc*, a questão fosse obrigatoriamente posta ao TIJ, pelos próprios Tribunais, para sobre ela emitir um parecer consultivo — que teria todavia, por imposição expressa dessa hipotética norma dos Estatutos, carácter vinculante para os Tribunais *ad hoc* ⁽³⁶⁾. E, se assim fosse, dado o carácter jurisdicional das funções do TIJ, não se afiguraria pertinente o receio manifestado pela Câmara de 2.ª Instância, para quem a possibilidade de um controle externo seria “controversa, se a limitação [do poder de exame da própria jurisdição pudesse] socavar o carácter judicial ou a independência do Tribunal” ⁽³⁷⁾.

Enfim, resta concluir este ponto: a específica função desempenhada pelo TPIAJ e pelo TPIR confere-lhes, inerentemente, os poderes necessários para examinar a existência da sua jurisdição, à luz dos parâmetros jurídicos aplicáveis ao acto da sua instituição, aí se incluindo os que definem a validade da Resolução do Conselho de Segurança que o criou ⁽³⁸⁾. E, na ausência de normas que expressamente preve-

⁽³⁵⁾ Revogada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 50/54, de 11 de Dezembro de 1995.

⁽³⁶⁾ Na ausência desta norma, e de acordo com o artigo 96.º da Carta das Nações Unidas e o artigo 65.º, n.º 1, do Estatuto do TIJ, a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança e os próprios Tribunais *ad hoc* mediante autorização da Assembleia Geral, podem submeter ao TIJ um pedido de Parecer sobre a questão — que teria contudo, por expressa disposição daquelas normas, um valor meramente consultivo. Essa foi, como se disse *supra*, nota 23, a sugestão dos *amici curiae* no caso *Milosevic*, que o TPIAJ rejeitou.

Sublinhe-se que, no caso *Effect of Awards* (Parecer Consultivo do TIJ, de 13 de Julho de 1954, in: *ICJ Reports* [1954], p. 47 e ss.) o TIJ teve já ocasião de se pronunciar, sob a forma de Parecer, sobre a “constitucionalidade” do Tribunal Administrativo das Nações Unidas, nomeadamente no que toca a legitimidade da Assembleia Geral da ONU para criar um órgão judicial com competência para tomar decisões que vinculem as Nações Unidas.

⁽³⁷⁾ *Decisão Tadic* — 2.ª Instância, § 19.

⁽³⁸⁾ Cf., a propósito, a resenha das decisões do TIJ (e respectivas declarações de voto) nos casos *Namibia* e *Lockerbie*, feita pelo Juiz SIDWHA, como na nota 1, § 28 e ss. A mesma conclusão valerá, por identidade de razão, para o Tribunal Penal

jam e regulem o deferimento do poder de examinar a questão a outra instância jurisdicional, tal poder mantém-se nas mãos dos Tribunais *ad hoc* ⁽³⁹⁾.

2.4. Para confortar a afirmação do poder de auto-revisão do Tribunal, a Câmara de 2.ª Instância invocou também, além da tese dos poderes inerentes a que se dedicaram os pontos precedentes, a doutrina da *Kompetenz-Kompetenz*, ou *compétence de la compétence*.

É verdade que esta doutrina, segundo a qual é ao tribunal demandado que compete apreciar a sua jurisdição sobre o caso concreto ⁽⁴⁰⁾, concorre, genericamente, no sentido da decisão alcançada pela Câmara de 2.ª Instância, ao pôr em evidência a autarquia de um órgão judicial na determinação da sua jurisdição. Todavia, ela é normalmente invocada em situações que não contendem com a questão radical da legitimação do órgão — com a dimensão orgânico-institucional da sua jurisdição —, mas antes com a questão de saber quem deve estabelecer se no caso submetido a juízo se verificam os pressupostos que lhe conferem jurisdição — *sc.*, se o tribunal tem jurisdição material. Expressão clara desta doutrina contém-se, entre nós, no *Acórdão* do Tribunal Constitucional n.º 518/98, de 15 de Julho ⁽⁴¹⁾: “o Tribunal Constitucional é o competente para decidir definitivamente sobre a sua própria competência: desde logo [...] é ele quem diz (e di-lo definitivamente) ‘se as questões que sobem até ele para serem julgadas são ou não questões de constitucionalidade ou de ilegalidade que se inscrevam no seu poder jurisdicional’” (*itálicos no original*).

Casos há em que é o próprio direito positivo a confirmar essa competência da competência (ou, como prefiro, essa competência da

Internacional (Permanente), na eventualidade de vir a ser confrontado com uma impugnação da validade jurídico-internacional de algumas das normas do Estatuto de Roma — hipótese que não é remota, atendendo às posições oficialmente assumidas por alguns países sobre o assunto.

⁽³⁹⁾ Neste preciso sentido, cf. a *Decisão Tadic* — 2.ª Instância, § 19.

⁽⁴⁰⁾ Sobre o tema, cf., entre nós, GALVÃO TELES, como na nota 33, p. 105 e ss., e TEIXEIRA DE SOUSA, como na nota 18, p. 37 e s.

⁽⁴¹⁾ Publicado no *Diário da República*, II Série, de 11-11-98.

jurisdição), ou a moldar um dos seus aspectos particulares: assim, os citados artigos 10.º, n.º 2, do Estatuto do TPIAJ, e 9.º, n.º 2, do Estatuto do TPIR, atribuem jurisdição aos Tribunais *ad hoc* se a infracção houver sido julgada por um tribunal nacional e tiver sido qualificada como crime comum, ou se o procedimento não tiver sido imparcial ou independente, ou tiver sido manipulado para proteger o arguido da responsabilidade penal internacional, ou se a acusação não tiver sido diligente. Da mesma maneira, o artigo 17.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional Permanente dispõe que o Tribunal só tem jurisdição ⁽⁴²⁾ nos casos em que os Estados não possam ou não queiram perseguir um indivíduo suspeito da prática dos factos aí previstos (princípio da complementaridade, ou subsidiariedade). Como é evidente, a verificação *concreta* destes pressupostos cabe ao Tribunal demandado, que sobre ela se pronuncia de forma soberana. Porém, em nenhum dos casos está em causa a legitimação do órgão, mas apenas a extensão ou conteúdo da sua jurisdição material.

Assim, esta doutrina, com o sentido que usualmente lhe é dado, não parece ter virtualidades para fundamentar o poder dos Tribunais *ad hoc* de examinar a validade do seu estabelecimento ⁽⁴³⁾ — e a sua invocação é, como se disse, supérflua ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ De acordo com o Estatuto de Roma, trata-se de pressupostos de “admissibilidade do caso”. Criticamente sobre uma distinção dogmática entre jurisdição e admissibilidade, cf. PEDRO CAEIRO, “O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português”, no prelo.

⁽⁴³⁾ Neste sentido, cf. a *Declaração de Voto* do Juiz LI na *Decisão Tadic — 2.ª Instância*, e, na doutrina, JANA HASSE, *como na nota 3*, p. 159, nota 5. Em sentido algo diverso, cf. DANESH SAROOSHI, “The Powers of the United Nations International Criminal Tribunals”, *Max Planck UNYB 2* (1998), p. 145 e ss., para quem a determinação dos poderes inerentes do Tribunal é uma questão a resolver exclusivamente pelo próprio órgão, por força da competência da competência (p. 147), à qual assinala também, de forma algo confusa, o carácter de poder inerente (p. 154).

⁽⁴⁴⁾ O mesmo se diga da invocação, como precedente, da *Decisão Preliminar* do TIJ no caso *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, de 18 de Novembro de 1953 (*ICJ Reports 1953*, p. 111 e s.), que se referia apenas à dimensão material da jurisdição do Tribunal.

2.5. Importa ainda considerar, dentro do mesmo âmbito problemático, o argumento segundo o qual o Tribunal não teria poderes para examinar a sua jurisdição por tal apreciação poder resultar num paradoxo: a decisão que concluísse pela falta de jurisdição não poderia ser tomada... por falta de jurisdição.

Em rigor, o que sucede é que a jurisdição de um tribunal — de qualquer tribunal — tem uma *profundidade variável*.

Só há jurisdição *perfeita* quando, verificados os pressupostos da jurisdição (orgânico-institucional e material) do órgão, o tribunal conhece do mérito do caso.

Mas pode acontecer que falem, no caso, os pressupostos da dimensão material da jurisdição (tratando-se, por exemplo, do TPIAJ, porque os factos ocorreram antes de 1991, ou porque não se enquadram no catálogo de infracções fixado) ⁽⁴⁵⁾. Se assim for, a jurisdição do tribunal

⁽⁴⁵⁾ Note-se, a este propósito, que a dimensão material da jurisdição de um tribunal não se identifica com a competência das normas substantivas que lhe cabe aplicar (neste sentido, distinguindo a “compétence judiciaire” [“jurisdiction”] da “compétence législative”, cf., no âmbito do direito penal, H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les Principes Modernes du Droit Pénal International*, 1928, p. 173; e, no âmbito do direito internacional privado, JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *Rec. des Cours de l'Académie de Droit International* 156 (1977), T. III, p. 233 e ss.; MOURA RAMOS, *como na nota 16*, p. 165 e ss. e *passim*; NUNO ASCENSÃO SILVA, *A Constituição da Adopção de Menores nas Relações Privadas Internacionais. Alguns Aspectos*, 2000, p. 263 e ss.; e por último, desenvolvidamente, LIMA PINHEIRO, *como na nota 18*, p. 323 e ss.). Isto é assim, desde logo, porque, como se disse *supra*, nota 18, se trata de atributos de sujeitos diferentes: as conexões de competência designam o sistema normativo que rege o facto; os pressupostos de jurisdição designam o pedaço da realidade social cognoscível por certo aparelho judicial. A assincronia é particularmente notória no ramo do direito civil: bastará confrontar os artigos 65.º e ss. do Código de Processo Civil com os artigos 14.º e ss. do Código Civil. É verdade que, no caso dos Tribunais *ad hoc*, a distinção não é tão evidente, dado que as normas que definem a sua jurisdição territorial, temporal e material estabelecem, simultaneamente, as conexões de competência exigidas para a aplicação das normas substantivas do Estatuto. Mas os dois momentos, embora parcialmente coincidentes, guardam a sua autonomia: por um lado, as normas contidas nos artigos 1.º a 8.º do Estatuto do TPIAJ e nos artigos 1.º a 7.º do Estatuto do TPIR designam *também*, inequivocamente, um *específico sistema normativo* aplicável aos factos (aquele que se contém nas normas sub-

é limitada, devendo a decisão restringir-se ao estabelecimento jurídico da sua falta de jurisdição material sobre os factos: também aqui o tribunal diz o direito, com consequências importantíssimas no plano da garantia *ne bis in idem*, pois tal decisão encontra-se coberta pelo caso julgado ⁽⁴⁶⁾.

Enfim, pode suceder que seja a própria dimensão orgânico-institucional da jurisdição do tribunal a entrar em crise, por não se verificarem os requisitos de validade da sua constituição, e estaremos então perante o grau mínimo de jurisdição, como teria acontecido se o TPIAJ, no caso *Tadic*, tivesse concluído pela ilegalidade do seu estabelecimento. Creio que, nesse caso-limite, o tribunal, enquanto instituição juridicamente existente apesar da invalidade do acto da sua instituição, e ao abrigo, portanto, da jurisdição mínima que tal existência lhe confere ⁽⁴⁷⁾, não poderia demitir-se da instância, devendo pronunciar-se

sequentes dos mesmos), que impede os Tribunais *ad hoc* de recorrer a outras normas (nomeadamente, ao *corpus* substantivo e processual que serviu os Tribunais de Nuremberga e Tóquio, em tudo quanto seja derogado pelos Estatutos); por outro lado, os citados artigos 10.º, n.º 2, do Estatuto do TPIAJ, e 9.º, n.º 2, do Estatuto do TPIR, ao definirem a jurisdição dos Tribunais *ad hoc* relativamente a factos já julgados por um tribunal nacional nos termos descritos *supra*, 2.4, penúltimo parágrafo, estabelecem pressupostos de jurisdição material que nada têm que ver com os factos praticados e que são, portanto, alheios ao problema do âmbito de competência (*rectius*, eficácia) das normas dos Estatutos.

⁽⁴⁶⁾ No caso dos Tribunais *ad hoc*, é complexa a questão de saber quais os limites — e, portanto, a extensão da vinculatividade — desta garantia relativamente às jurisdições nacionais e, mesmo, a eventuais jurisdições internacionais futuras: certo é somente que ela valerá perante os próprios Tribunais; sobre a aplicação do princípio *ne bis in idem* às decisões do TPIAJ e do TPIR, cf. CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT / TOM ONGENA, “Ne bis in idem principle, including the issue of amnesty”, in A. CASSESE / P. GAETA / J. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, vol. I, 2002, p. 718 e ss. Já o artigo 20.º, n.º 2, do Estatuto de Roma dispõe que “nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5.º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal”.

⁽⁴⁷⁾ A condição de “criatura” alheia, que, apesar de eventualmente defeituosa, existe independentemente da sua vontade, parece proporcionar a hetero-referência necessária à superação das aporias a que alude GALVÃO TELES, *como na nota 33*, p. 121 e s., esp. nota 26, a propósito da competência da competência. Quer dizer: é esse

pela sua ilegitimidade para julgar e, em consequência, pela sua falta de jurisdição sobre os factos.

3. Resta saber se os poderes dos Tribunais *ad hoc* para examinar a questão da validade da sua constituição, enquanto pressuposto essencial da jurisdição, se encontram limitados pela natureza dos poderes concretamente exercidos pelo Conselho de Segurança no momento da criação dos ditos órgãos.

3.1. A Câmara de 1.ª Instância respondeu afirmativamente àquela pergunta, pondo a tónica na falta de competência do Tribunal para sindicar os actos do Conselho de Segurança que envolvam a apreciação de “*political questions*”.

Porém, a Câmara de 2.ª Instância rejeitou este raciocínio, colocando correctamente o problema: não estava em causa a fiscalização, a título de jurisdição “primária” ou principal, da “constitucionalidade” dos actos do Conselho de Segurança, mas tão-só saber se o Tribunal podia examinar incidentalmente a legalidade da sua criação pelo Conselho de Segurança, com o fito exclusivo de estabelecer a sua própria jurisdição “primária” sobre o caso concreto. A Câmara respondeu afirmativamente à questão, considerando irrelevante a pretensa natureza política do assunto e louvando-se, para tanto, em precedentes jurisprudenciais do TIJ.

Também neste ponto a razão se encontra do lado da Segunda Instância. Não se trata, evidentemente, de substituir o juízo dos Tribunais *ad hoc* à decisão do Conselho de Segurança, nem sequer de um controlo jurídico integral e principal da Resolução por ele emanada. Trata-se apenas da afirmação (ou negação), por um órgão judicial, da própria legitimidade para desempenhar a função que lhe foi confiada ⁽⁴⁸⁾. A even-

acto criador que, produzindo a aparência de um órgão legitimado para julgar, confere a um tribunal a jurisdição mínima para se pronunciar no sentido da sua falta de jurisdição sobre os factos. Sobre os efeitos de uma eventual decisão nesse sentido por parte dos Tribunais *ad hoc*, cf. a nota seguinte.

⁽⁴⁸⁾ A diferença entre a “jurisdição incidental” reivindicada pela Câmara de 2.ª Instância e uma jurisdição principal resulta com clareza da 1.ª Conclusão avançada pelo Juiz

tual incidência reflexa de tal juízo sobre a conformidade jurídica do exercício de poderes por parte de outro órgão pode constituir apenas, digamos, um “efeito colateral”, para empregar uma linguagem cara à problemática em causa. E só nessa estrita medida é lícito ao poder jurisdicional ser, aqui, um contra-poder: “não é o seu um poder com que concorra no comum mercado político dos poderes, mas um poder através do qual o poder sofre a concorrência (o limite e a crítica de validade e de legitimação) de o direito” (*itálicos no original*)⁽⁴⁹⁾.

Numa palavra, a criação de um Tribunal por parte do Conselho de Segurança co-envolve, necessariamente, aquilo que podemos designar por *efeito-Frankenstein*: após a criação, a criatura adquire alma própria e, com ela, o direito de se questionar enquanto ente, independentemente do projecto e das intenções do criador. O Tribunal torna-se assim num sub-sistema onde surgem problemas especificamente judiciais, que só podem ser validamente resolvidos através de poderes inerentes ao exercício da função jurisdicional, cobertos pela intencionalidade própria dessa função⁽⁵⁰⁾.

SIDWHA, como na nota 1, § 124: “the International Tribunal cannot review the action of the Security Council in establishing the Tribunal. To this extent, the decision of the Trial Chamber is affirmed. But I also hold that the International Tribunal can collaterally examine the legality of its own establishment in order to see whether it is not invalidly constituted as to render the exercise of its powers without jurisdiction. To this extent, the views of the Trial Chamber may be treated as revised”. No plano dos efeitos, parece que a decisão tomada no exercício daquela jurisdição incidental que concluiu pela ilegitimidade da constituição do Tribunal não atingiria a validade nem a vigência da Resolução do Conselho de Segurança enquanto tal, que poderia até, em rigor, servir de base jurídica a uma re-constituição do Tribunal. Nessa hipótese, nada impediria o “novo” Tribunal de decidir o problema em sentido diverso em outros casos que lhe viessem a ser submetidos, pois não existe no Estatuto uma regra de vinculação às decisões precedentes. As consequências de uma eventual decisão neste sentido são difíceis de imaginar: cf., em perspectivas diferentes, a *Declaração de Voto* do Juiz SIDWHA, como na nota 1, § 36, e JOSE E. ALVAREZ, como na nota 7, p. 261 e s.

⁽⁴⁹⁾ CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto...* (como na nota 25), p. 470.

⁽⁵⁰⁾ Neste sentido, referindo-se genericamente à função jurisdicional — e abrangendo portanto, decerto, os tribunais internacionais —, cf. CASTANHEIRA NEVES, *BFD 74* (como na nota 25), p. 1 e ss.

Aceitando, de forma bastante ampla, o exercício de poderes inerentes por parte

3.2. Acresce que, para além de a objecção da “*political question*” não ser juridicamente fundada e não poder, por isso, num plano estritamente *jurídico-judiciário*, subtrair uma questão com relevância jurídica ao conhecimento do Tribunal, a invocação daquela doutrina no caso concreto também se afigura inadequada do ponto de vista da *legitimação social da justiça*. Com efeito, uma das características mais marcantes dos Tribunais *ad hoc* é o facto de a sua jurisdição não ser limitada pelo estatuto de titular de cargo político dos arguidos, nem pela natureza política dos factos que eventualmente integrem os crimes previstos nos Estatutos respectivos. Trata-se, é verdade, de problemas diversos, mas mal se compreenderia que a subordinação de actos políticos a regras jurídicas servisse para a afirmação da responsabilidade jurídico-criminal dos arguidos e já não para examinar a legitimação do órgão responsável pela verificação dessa responsabilidade.

4. Uma vez afirmada pelo TPIAJ a doutrina dos poderes inerentes e a possibilidade de controle da sua legitimação através de parâmetros positivos (a Carta da ONU) e trans-positivos (os princípios gerais de direito) — isto é: depois de identificarmos as zonas claras do seu auto-retrato — gostaria de suscitar, e suscitar apenas, algumas questões cujas respostas permanecem ainda nas zonas escuras do mesmo⁽⁵¹⁾.

dos Tribunais *ad hoc*, mas alertando para a necessidade de prudência, por aquele exercício se encontrar “próximo da margem exterior da legalidade”, cf. DANESH SAROOSHI, como na nota 43, p. 141 e ss. Criticamente sobre a aplicação da doutrina dos “poderes inerentes” por parte do TPIAJ, cf. MICHAEL BOHLANDER, “International Criminal Tribunals and Their Power to Punish Contempt and False Testimony”, *Criminal Law Forum* 12 (2001), p. 91 e ss. Note-se, todavia, que as objecções do A. se dirigem contra a invocação da doutrina para justificar a criação, por parte do Tribunal, de novas infracções não previstas no Estatuto (o desrespeito para com o Tribunal e o falso testemunho), a incluir na sua jurisdição — questão que, como bem se compreende, suscita problemas muito diferentes daquele que o texto versa; de todo o modo, agradeço ao Autor as observações que me fez a este propósito.

⁽⁵¹⁾ Cf. também as interrogações e perplexidades de JOSE E. ALVAREZ, como na nota 7, p. 261 e ss., no quadro da crítica (porventura demasiado severa) a que submete a *Decisão* da Câmara de 2.^a Instância.

4.1. Primeira: sabendo que os Tribunais foram criados como meios para atingir fins bem determinados (a restauração da paz e a reconciliação nacional), podem os Tribunais sindicar o esgotamento desses fins e, conseqüentemente, a ilegitimidade da continuação das suas funções?

Não me refiro aqui à persistência da jurisdição temporal do TPIAJ, que, ao contrário do seu homólogo para o Ruanda, continua aberta, imperando ainda sobre factos que se cometam, eventualmente, no dia de hoje. Refiro-me, de forma mais ampla e mais radical, à pura continuação do exercício de funções, mesmo em relação a factos já investigados e a indivíduos formalmente acusados — e esta questão é comum aos dois Tribunais *ad hoc*.

À luz do que fui expondo, a pergunta parece pertinente. Se os Tribunais *ad hoc* podem escrutinar a validade da sua constituição, nomeadamente através do exame do mérito da Resolução do Conselho de Segurança, onde se inclui a adequação da medida ao conseguimento da restauração da paz e da reconciliação nacional, terão também o poder (e o dever) de aferir continuamente a subsistência desses pressupostos de legitimidade?

4.2. Segunda: sabendo que o corpo de normas substantivas que os Tribunais aplicam e os poderes do Conselho de Segurança não sofreram modificações substanciais nas últimas décadas, e sabendo que durante esse tempo ocorreram várias situações idênticas às vividas na antiga Jugoslávia e no Ruanda, como devem os Tribunais lidar com a alegação de que as Resoluções que os criaram violam o princípio da igualdade perante a lei, que é um princípio geral de direito?

Esta objecção foi suscitada pela defesa de Dusko Tadic, mas obteve apenas uma resposta superficial da Câmara de 1.^a Instância e o silêncio da Câmara de 2.^a Instância. Aliás, é o próprio Richard Goldstone, primeiro Procurador junto do TPIAJ, quem confessa o seu desconforto perante a pergunta formulada, em dado momento, pelo então Ministro da Justiça sérvio: “perguntou-me por que é que as Nações Unidas tinham estabelecido um Tribunal de Crimes de Guerra para a antiga Jugoslávia, não o tendo feito para o Camboja ou o Iraque. Por que era o povo da antiga Jugoslávia tratado de maneira diferente? Tratava-se de

um acto de discriminação? A única resposta que pude dar foi a de que a comunidade internacional tinha de começar por algum lado, mas se não houvesse uma continuação e se outras situações equivalentes não fossem, de futuro, tratadas de forma semelhante, então o povo da antiga Jugoslávia poderia queixar-se, justificadamente, de uma discriminação”⁽⁵²⁾. Cabe questionar se o raciocínio do Procurador Goldstone se aplica às pessoas que foram condenadas pelos Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, pois, relativamente a elas, não se pode dizer que tenha havido “continuação”⁽⁵³⁾.

4.3. Terceira: pode o TPIR examinar e desaplicar, igualmente por violação do princípio da igualdade, a regra de jurisdição do respectivo Estatuto que põe sob a sua alçada os factos praticados pelos cidadãos ruandeses *fora do Ruanda*, no território dos países limítrofes, mas já não os mesmíssimos factos praticados pelos cidadãos desses países, por vezes em comparticipação com aqueles?

⁽⁵²⁾ RICHARD GOLDSTONE, *For Humanity. Reflections of a War Crimes Investigator*, 2000, p. 122 e s.

⁽⁵³⁾ Criticamente sobre a fundamentação da legitimação dos Tribunais Penais Internacionais na recorrente *esperança* de uma igualdade de tratamento *futura*, PEDRO CAEIRO, *como na nota 3*, p. 101 e ss.