

PEDRO CAEIRO

**ALGUNS ASPECTOS DO ESTATUTO DE ROMA
E OS REFLEXOS DA SUA RATIFICAÇÃO
NA PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE
EXTRADITAR EM CASO DE PRISÃO PERPÉTUA**

Separata

DIREITO E CIDADANIA

Ano V - N.º 18 - Setembro a Dezembro

2003

ALGUNS ASPECTOS DO ESTATUTO DE ROMA E OS REFLEXOS DA SUA RATIFICAÇÃO NA PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE EXTRADITAR EM CASO DE PRISÃO PERPÉTUA*

PEDRO CAEIRO

*Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra***

I. A originalidade do Tribunal Penal Internacional

1. A grande originalidade do Tribunal Penal Internacional (e, porventura, a sua nota mais marcante) é o facto de, pela primeira vez, a criação de uma jurisdição penal internacional não ser função da supremacia militar do respectivo poder instituinte¹.

Com efeito, a experiência mostra que, até ao Estatuto de Roma, o destino das iniciativas de criação de tribunais internacionais em matéria penal foi sempre ditado pela efectividade da força militar de quem pugnou pela sua instituição. Foi a ocupação efectiva dos países do Eixo que permitiu às potências aliadas impor aos vencidos os Tribunais Militares de Nuremberga e de Tóquio, da mesma forma que só a intervenção militar das Nações Unidas (e, no primeiro caso, da NATO) no território da antiga Jugoslávia e no Ruanda possibilitou a criação dos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda (doravante, os Tribunais *ad hoc*). No reverso

* O texto tem por base uma comunicação que teve lugar na Cidade da Praia, em Janeiro de 2004, num evento organizado por esta *Revista*. Ao seu Director, Dr. Jorge Carlos Fonseca, agradeço, penhorado, ambos os convites.

A literatura portuguesa sobre os tribunais penais internacionais justifica já uma tentativa de resenha, que segue no fim do texto, e para onde remetem as referências bibliográficas feitas em nota.

** Portugal

¹ Sobre este ponto, fundamental Gary Jonathan Bass, *Stay the Hand of Vengeance*, 2000, *passim*; vd. também Pedro Caeiro, "Tribunais penais internacionais...", *cit.*, p. 98 e ss.

da medalha, precisamente pela ausência de uma força militar efectiva, encontram-se o exílio de Napoleão em Santa Helena, o fracasso de Constantinopla, as penas simbólicas aplicadas pelo Tribunal de Leipzig e o exílio do *Kaiser* Guilherme II nos Países-Baixos.

2. Deste modo, o longo processo de criação do Tribunal, com os seus avanços, recuos e impasses, ao culminar na adopção, por parte de 120 Estados, em 17 de Julho de 1998, de um tratado multilateral, constitui um marco ímpar na justiça internacional penal.

A livre auto-vinculação dos Estados soberanos, por mão própria, às regras postas no Estatuto, conjugada com o desenho cuidadoso dos pressupostos da jurisdição do Tribunal, evita decerto as críticas que haviam justamente merecido os seus predecessores.

Por um lado, o meio escolhido foi, sem dúvida, aquele que garante uma ampla base de legitimação (não seria possível, por incompetência do órgão, a criação de um tribunal *permanente* através de uma decisão do Conselho de Segurança) e, por outro lado, o mais eficaz (a instituição do Tribunal como órgão das Nações Unidas implicaria uma difícil e morosa revisão da respectiva Carta, quando não um adiamento *sine die* da concretização do projecto).

Por outro lado, a instituição pactícia do Tribunal é congruente com o desenho da sua jurisdição², que não é inventada *ex novo*, antes *deriva*, complementando-o³, do poder punitivo dos Estados e da comunidade internacional, pois o Tribunal só pode conhecer de factos potencialmente sujeitos à jurisdição de qualquer Estado, ou susceptíveis de gerar um tribunal penal especial através de uma decisão do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Neste sentido, os Estados signatários do Estatuto limitaram-se a transferir para o Tribunal poderes que eles próprios têm (ou poderiam ter)⁴ e a adjudicar-lhe uma posição preferencial no julgamento de factos

² Cf. *infra*, II, 1.3.

³ Cf. *infra*, II, 1.5.

⁴ Em sentido oposto, cf. Fernando Araújo, "O Tribunal Penal Internacional...", *cit.*, p. 73 e s. e p. 99 e ss., para quem a atribuição de jurisdição sobre nacionais de um Estado que não reconhece a jurisdição do TPI viola o princípio da relatividade no direito dos tratados internacionais, dado que a jurisdição universal sobre certos crimes reconhecida pelo direito internacional aos Estados seria insusceptível de delegação. Este importante estudo só chegou ao meu conhecimento após ter enviado o presente texto para publicação, pelo que as teses nele avançadas não podem ser aqui discutidas com o cuidado que lhes seria devido. De todo o modo, embora partilhe de muitas das reservas que o A. exprime em relação à ansiosa juridicização da política internacional consumada no Estatuto de Roma, creio que, neste ponto particular, não lhe assiste razão, mormente por partir do princípio de que a jurisdição universal depende de uma *permissão positiva* do direito internacional (que existiria apenas para os Estados e para certos crimes), quando na verdade essa jurisdição se apresenta como válida sempre que *não seja proibida* pelo direito internacional. Ora, parece que nenhum obstáculo se levantaria, nessa sede, contra a assunção, pelos Estados, de uma jurisdição universal sobre os crimes tipificados no Estatuto - à excepção,

que podem originar uma intervenção do Conselho de Segurança nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas⁵.

Tudo o que leva à conclusão de que, se se pode criticar o Estatuto de Roma, em perspectiva jurídico-criminal, pelas soluções menos correctas que, aqui e ali, logrou alcançar (sem esquecer que grande parte delas se devem às inevitáveis negociações, compromissos e arranjos que uma obra desta natureza implica), tais críticas não beliscam, seguramente, a legitimação do Tribunal.

II. Os aspectos principais do Estatuto

O Estatuto de Roma é um documento complexo, com dimensões de natureza heterogénea.

Desde logo, e sem preocupações de uma enumeração exaustiva, sobressai a sua *dimensão constitucional*, enquanto instrumento de direito internacional público (tratado) que funda um órgão com poderes judiciários; depois intimamente ligadas à primeira, a *dimensão orgânico-institucional*, que conforma o Tribunal como aparelho judiciário, e a *dimensão jurisdicional*, composta pelas normas que definem a jurisdição do Tribunal e o campo de aplicação das suas normas substantivas; em terceiro lugar, surge a *dimensão material*, ou *substantiva*, do Estatuto, integrada pelas normas que definem os pressupostos da punição, pelas que tipificam os crimes e pelas que regulam as penas e a sua aplicação; em quarto lugar, a *dimensão processual*, onde se reúnem as normas que disciplinam o processo penal; em quinto lugar, a *dimensão executiva*, com algumas normas destinadas à execução das penas; enfim, em sexto lugar, a *dimensão da cooperação* (sobretudo a de natureza judiciária) dos Estados com o Tribunal.

Na impossibilidade de as analisar a todas, centremos a nossa atenção naquelas que se afiguram mais importantes do ponto de vista jurídico-penal: as dimensões jurisdicional, material e da cooperação.

porventura, do crime de agressão -, como aliás veio a suceder, consequencialmente, em alguns países, nomeadamente na Alemanha. Assim, a construção da jurisdição derivada parece plenamente consistente.

⁵ Sobre o complexo problema das relações entre o Tribunal e a ONU, cf. Ruth B. Phillips, "The International Criminal Court Statute: jurisdiction and admissibility", *Criminal Law Forum* 10 (1999), p. 72 e ss.; Luigi Condorelli / Santiago Villalpando, "Relationship of the Court with the United Nations", in: A. Cassese / P. Gaeta / J. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, 2002, p. 219 e ss., e Idem, "Can the Security Council extend the ICC's jurisdiction?", *ibidem*, p. 571 e ss.; e Catarina Sampaio Ventura, "O significado do Tribunal...", *cit.*, p. 177 e ss.

1. A dimensão jurisdicional do Estatuto de Roma

As normas que definem a jurisdição do Tribunal são das mais importantes do Estatuto porque circunscrevem os factos sujeitos à sua cognição.

1.1. A jurisdição *ratione temporis* do Tribunal é apenas prospectiva (art. 11º), dado que o TPI só tem jurisdição sobre os factos praticados depois da entrada em vigor do Estatuto, em 1 de Julho de 2002.

Esta é uma das diferenças mais marcantes do TPI relativamente aos seus predecessores: tanto os Tribunais Militares de Nuremberga e de Tóquio, como os Tribunais *ad hoc* para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda possuem uma jurisdição retrospectiva⁶, podendo julgar factos anteriores à sua constituição; e essa característica faz diminuir sensivelmente a qualidade jurídica de tais órgãos, com todos os inconvenientes que se ligam aos tribunais especiais e às implicações negativas que daí decorrem para a garantia da imparcialidade do julgador⁷.

Por outro lado, a jurisdição apenas prospectiva do Tribunal tem por consequência a possibilidade de criação, no futuro, de outros tribunais *ad hoc*, para além dos existentes, quando se trate de julgar factos ocorridos antes da entrada em vigor do Estatuto de Roma - embora tal possibilidade tenda, naturalmente, a diminuir com a passagem do tempo.

1.2. O art. 5º define a jurisdição *ratione materiae*, indicando taxativamente os crimes de que o Tribunal pode conhecer: o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão (embora, relativamente ao último, a jurisdição do Tribunal esteja ainda dependente da adopção de uma disposição nesse sentido pela Assembleia dos Estados Partes, nos termos dos arts. 121º e 123º, que deve tipificar o crime e definir as condições em que a dita jurisdição pode ser exercida⁸).

Deste jeito, os Estados optaram pela versão "minimalista" da jurisdição material do Tribunal, restringindo-a aos chamados "*core crimes*" e deixando de fora outras infracções cuja inclusão chegou a ser aventada em algumas

⁶ Isto independentemente da questão de saber se essa jurisdição retrospectiva não coenvolve(u) também, ao menos em alguns casos, uma aplicação retroactiva das normas incriminadoras: cf., v. g., H. H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 1993, p. 106 e ss. e Raul C. Pangalangan, in: Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, 1999, p. 468 e s.

⁷ Pedro Caeiro, "Claros e escuros...", *cit.*, p. 591.

⁸ Este foi, porventura, um dos fracassos mais salientes da Conferência de Roma, onde não foi possível alcançar um consenso quanto à tipificação do crime de agressão, nem quanto à articulação entre o Conselho de Segurança e o Tribunal antes do início de um procedimento penal concreto em virtude desse crime. A generalidade da doutrina sobre a matéria refere-se pormenorizadamente ao problema da (não) inclusão, de facto, do crime de

propostas, nomeadamente, o tráfico de estupefacientes⁹, o terrorismo internacional e o mercenarismo¹⁰. Na verdade, nas negociações de Roma, cedo se tornou claro que a aceitação de um tribunal internacional por parte dos Estados variava na razão inversa da extensão da sua jurisdição.

1.3. Para além destes requisitos temporais e materiais, a jurisdição do Tribunal pode depender ainda da verificação de outros pressupostos relacionados com os mecanismos de impulso processual (*trigger mechanisms*). Assim, há que distinguir duas situações:

a) Se o processo se iniciar através de uma comunicação do Conselho de Segurança, ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, *sc.*, quando o Conselho de Segurança tiver determinado que existe uma ameaça para a paz, uma violação da paz ou um acto de agressão concretos, o Tribunal terá jurisdição universal imediata sobre os factos, independentemente do local onde eles tiverem ocorrido e da nacionalidade do agente.

b) Porém, se, diversamente, o processo se iniciar por denúncia de um Estado-Parte, ou for instaurado *ex officio* pelo Procurador, o Tribunal só terá jurisdição sobre os factos se estes tiverem sido praticados no território de um Estado-Parte, ou a bordo de um navio ou aeronave aí matriculados, ou por um nacional de um Estado-Parte. O Estatuto prevê ainda a possibilidade de o Estado do *locus delicti* (ou da matrícula do navio ou aeronave a bordo dos quais os factos foram praticados), ou de que o agente é nacional, não sendo Parte no Estatuto, aceite a jurisdição do Tribunal mediante uma declaração *ad hoc* nesse sentido.

1.4. Outro pressuposto da jurisdição do Tribunal é o do respeito pelo princípio *ne bis in idem*¹¹. Apesar da incerteza reinante quanto à exacta conformação deste princípio - não só quanto à sua definição, mas também quanto à sua eficácia puramente intra-estadual, ou, diversamente, internacional ou interjurisdicional -, o Estatuto de Roma reconhece expressa-

agressão na jurisdição do Tribunal; uma narração sintética da evolução do mesmo pode ver-se em Andreas Zimmermann, in: Otto Triffterer (ed.)..., *cit.*, p. 102 e ss.

⁹ Curiosamente, a renovação do processo de criação de um tribunal penal internacional deve-se a uma iniciativa de Trindade e Tobago, destinada a instituir uma jurisdição internacional para perseguir e julgar o tráfico de droga internacional: cf. Andreas Zimmermann, *últ. loc. cit.*, p. 99.

¹⁰ Sobre o ponto, cf. Patrick Robinson, "The missing crimes", in: Cassese / Gaeta / Jones (eds.)..., *cit.*, vol. I, p. 497 e ss.

¹¹ O art. 17º, nº 1, refere-se ao respeito pelo *ne bis in idem* como causa de "inadmissibilidade" do caso, contraposta à "falta de jurisdição do Tribunal", que englobaria apenas os elementos temporais, territoriais, materiais e pessoais das infracções (neste sentido, William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2001, p. 55 e ss.); porém, embora o art. 19º, nº 1, trace uma distinção entre ambos os conceitos, com consequências normativas importantes, trata-se sempre, no plano dogmático, de pressupostos de jurisdição do Tribunal: para o desenvolvimento desta ideia, cf. Pedro Caetano, "O procedimento...", *cit.*, p. 83, nota 27.

mente, como pressuposto negativo da sua jurisdição, as decisões de outros tribunais (estaduais ou internacionais) que tenham julgado os mesmos factos, independentemente do conteúdo condenatório ou absolutório das mesmas (art. 20º, nº 3).

Só assim não será se a decisão desse outro tribunal resultar de um processo que “tenha tido por objectivo subtrair o arguido à sua responsabilidade criminal”, ou que “não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial”, ou “tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à acção da justiça” (art. 20º, nº 3, als. a) e b)). E esta possibilidade de “manipulação” da justiça penal (estadual) dá-nos o mote para o derradeiro pressuposto da jurisdição do Tribunal: o princípio da complementaridade (subsidiariedade).

1.5. O art. 17º do Estatuto dispõe que o Tribunal só poderá admitir um caso se o(s) Estado(s) a quem compete, em princípio, conhecer dos factos (ao abrigo de qualquer das conexões de jurisdição do seu ordenamento interno), não tiver(em) vontade ou capacidade para o fazer, definindo ao mesmo tempo os critérios de avaliação dessa falta de vontade ou de capacidade. Nisto consiste o princípio da complementaridade (subsidiariedade) da intervenção do Tribunal relativamente às jurisdições estaduais, que se contrapõe ao princípio da primazia vigente nos Tribunais Militares de Nuremberga e de Tóquio e nos Tribunais *ad hoc* para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda.

A concepção subjacente ao princípio da complementaridade é a de que a justiça internacional em matéria penal deve ser administrada, em primeira linha, pelos Estados, a quem incumbe o dever de incriminar as infracções mais graves contra o direito internacional e de lhes estender a sua jurisdição penal, nos termos mais latos permitidos pelo direito internacional público¹² (*sc.*, através do princípio da aplicação universal, normalmente coadjuvado - *rectius*: limitado - pela conexão da custódia¹³). Por isso, o Tribunal só deve intervir quando os Estados não consigam (*v. g.*, por colapso do aparelho estadual, como sucedeu no Ruanda) ou não queiram cumprir essa obrigação internacional¹⁴.

¹² Cf. o Parágrafo 6 do Preâmbulo do Estatuto.

¹³ Sobre o ponto, vd. Carlota Pizarro de Almeida, “Um exemplo de jurisprudência penal internacional...”, cit., p. 270 e s.; vd. também, com muito interesse, as opiniões de sinal contrário expressas na *Declaração de voto do Juiz-Presidente Gilbert Guillaume* e no *Voto de vencido da Juíza Van den Wyngaert* juntos à *Sentença do Tribunal Internacional de Justiça*, de 14 de Fevereiro de 2002 (caso República Democrática do Congo contra o Reino da Bélgica), relativamente à conformidade de uma jurisdição universal *in absentia* com o direito internacional.

¹⁴ Para a fundamentação teórica deste esquema jurisdicional, cf. logo Bernhard Graefrath, “Universal criminal jurisdiction and an International Criminal Court”, *European Journal of International Law*, 1 (1990), p. 67

2. A dimensão material do Estatuto de Roma: a "Parte Geral"

Tal como as codificações penais contemporâneas, o Estatuto contém uma "parte geral" e uma "parte especial". Curaremos aqui apenas da primeira.

2.1. O Estatuto acolhe os *princípios fundamentais* reconhecidos pelos ordenamentos jurídico-penais da generalidade dos países.

Desde logo, avulta o *princípio da legalidade*, que abarca os crimes e as penas (arts. 22º e 23º). Todavia, o art. 22º, nº 3, esclarece que a tipificação dos crimes no Estatuto vale apenas para a jurisdição do Tribunal (como aliás se depreende do inciso "nos termos do presente Estatuto" contido no nº 1), não prejudicando a possibilidade de outras condutas poderem continuar a ser consideradas como crimes contra o direito internacional.

Em matéria de aplicação da lei no tempo, para além da *proibição da retroactividade desfavorável* decorrente do princípio da legalidade - que implica a impossibilidade de aplicação das disposições do Estatuto a factos ocorridos antes da sua entrada em vigor, mas também a inaplicabilidade de eventuais modificações futuras do mesmo a factos que lhes sejam anteriores, sempre que desfavoráveis ao agente -, o art. 24º consagra também a *imposição de aplicação retroactiva do tratamento mais favorável*¹⁵.

Enfim, o art. 25º esclarece que a jurisdição do Tribunal abrange apenas as *peças humanas*, afastando-se assim da corrente que propugna, de há muito, a instituição de um tribunal internacional com jurisdição penal sobre os Estados¹⁶ e outras entidades. Porém, esta norma em nada afecta a irrelevância da qualidade oficial e das imunidades (de direito interno ou internacional) afirmada no artigo 27º¹⁷.

2.2. No que toca os pressupostos da punição, não existe uma cláusula de equiparação da omissão (impura) à acção, limitada pela existência de um

e ss.; e, mais recentemente, John T. Holmes, "Complementarity: National Courts versus the ICC", in: Cassese / Gaeta / Jones..., *cit.*, vol. I, p. 667 e ss.

¹⁵ Sobre a distinção entre os dois princípios, cf. Rui Pereira, "A relevância da lei penal de conteúdo mais favorável ao arguido", *RPCC* 1 (1991), p. 60 e ss.; A. Taipa de Carvalho, *Sucessão de Leis Penais*, 2ª ed., p. 95 e ss.; e, por último, Pedro Caeiro, "Aplicação da lei penal no tempo e prazos de suspensão da prescrição do procedimento criminal: um 'caso prático'", in: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, 2001, p. 234 e ss.

¹⁶ Cf. logo Vespasien Pella, *La Criminalité Collective des Etats et le Droit Pénal de l'Avenir*, 2ª ed., 1926, e, por último, a resenha de Ida Caracciolo, *Dal Diritto Penale Internazionale, al Diritto Internazionale Penale*, 2000, p. 13; sobre a distinção entre a responsabilidade individual e a responsabilidade do Estado por crimes contra o direito internacional, cf. Pierre-Marie Dupuy, "International criminal responsibility of the individual and international responsibility of the State", in: Cassese / Gaeta / Jones..., *cit.*, vol. II, p. 1094 e ss.

¹⁷ Sobre o problema das imunidades, cf. de novo a análise do caso *Pinochet* por Carlota Pizarro de Almeida, *cit.*, p. 260 ss.; Steffen Wirth, "Immunities, related problems and Article 98 of the Rome Statute", *Criminal Law Forum* 12 (2001), p. 429 e ss.; e Vital Moreira, "O Tribunal Penal Internacional...", *cit.*, p. 26 e ss.

dever de garante, semelhante à que se prevê no art. 10º do CP português. Porém, os concretos tipos de crime previstos nos artigos 6º e seguintes incriminam algumas omissões próprias, seja porque descrevem condutas susceptíveis de serem cometidas por omissão (v. g., o “exterminio”, onde se compreende “a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população”¹⁸), seja porque tipificam condutas necessariamente omissivas (v. g., a “privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob protecção do seu direito a um julgamento justo e imparcial”¹⁹).

Além disso, o art. 28º prevê a “responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos” por crimes cometidos por indivíduos sob o seu comando ou autoridade efectivos, pelo facto de não exercerem um controlo apropriado sobre eles, quando esses chefes ou superiores tinham ou deveriam ter tido conhecimento de que os ditos indivíduos estavam a cometer, ou a preparar-se para cometer, tais crimes, e não tenham adoptado todas as medidas necessárias ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal²⁰.

Não se trata aqui de responsabilizar, através do mecanismo da omissão imprópria, os comandantes e superiores pelos crimes cometidos pelos seus subordinados²¹, nem, ao que creio, de um *sui generis* “título específico de responsabilidade” desses agentes²², mas sim de uma verdadeira *omissão pura* (sc., de um crime autónomo), já que aos chefes e superiores hierárquicos não se imputam os concretos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade ou crimes de guerra cometidos pelos seus subordinados (que por isso “não são elementos daquela infracção, nem sequer uma [sua] condição objectiva de punibilidade”), mas antes o “não terem evitado a sua ocorrência”²³, quando violem, da maneira que a norma tipifica, os deveres que lhes incumbem. Estes deveres não são reconduzíveis à doutrina do dever de garante, porque não se acham em conexão directa com os bens jurídicos

¹⁸ Art. 7º, nº 1, al. b), e nº 2, al. b).

¹⁹ Art. 8º, nº 2, al. a), vi).

²⁰ O Estatuto diferencia a responsabilidade dos chefes militares, ou de quem actua como tal, e dos restantes superiores hierárquicos, aparentando ser menos exigente na determinação da responsabilidade dos primeiros: assim, a responsabilidade dos últimos só existirá quando se trate de crimes “relacionados com actividades sob a sua responsabilidade e controlo efectivos” e, no plano subjectivo, parece requerer-se, pelo menos, negligência consciente.

²¹ Neste sentido, Maria Fernanda Palma, “Tribunal Penal Internacional...”, cit., p. 16 e s.; em sentido diverso, cf. todavia Mª Leonor Assunção, “TPI e lei penal e processual...”, cit., p. 61.

²² Maria Fernanda Palma, *últ. loc. cit.*

²³ Kai Ambos, “Superior responsibility”, in: Cassese / Gaeta / Jones..., cit., vol. II, p. 851.

atingidos: os chefes militares e superiores hierárquicos não têm um dever pessoal de proteger ou salvar os bens jurídicos em causa, mas sim o dever de impedir certas condutas por parte dos seus subordinados.

2.3. No plano da *imputação subjectiva*, a regra é a da exigência do dolo e, na verdade, a doutrina dominante tende a considerar que o dolo eventual não é suficiente, ao menos no que toca aos "efeitos" (resultado) do crime, embora talvez seja bastante no que diz respeito aos outros elementos da infracção²⁴.

De toda a maneira, há que ressaltar desta regra o aludido caso do art. 28º, que permite a punição da violação negligente dos deveres de controlo que incumbem aos chefes militares e superiores hierárquicos²⁵.

2.4. O art. 31º agrupa várias "*causas de exclusão da responsabilidade criminal*" de natureza muito diversa²⁶. Se algumas são facilmente identificáveis como causas de justificação (v. g., a legítima defesa, prevista no nº 1, al. c)) ou como causas de exclusão da culpa (v. g., a inimputabilidade, prevista no nº 1, als. a) e b)), outras há cujo estatuto não é claro (v. g., a situação de necessidade prevista no nº 1, al. d)).

Relativamente à legítima defesa²⁷, importa notar que, para além dos requisitos comuns (ilicitude da agressão e proporcionalidade dos meios), ela só pode ser utilizada para defender bens materiais quando se trate da justificação de crimes de guerra (ficando por isso vedada a defesa de bens materiais como justificação do crime de genocídio ou dos crimes contra a humanidade), e apenas quando esses bens sejam essenciais para a sobrevivência do próprio ou de terceiro, ou sejam essenciais para a realização de uma missão militar.

²⁴ Neste sentido, cf. Albin Eser, "Mental elements - Mistake of fact and mistake of law", in: Cassese / Gaeta / Jones..., *cit.*, vol. I, p. 932 e s.

²⁵ Para uma apreciação crítica desta solução, cf. Kai Ambos, "Superior responsibility...", *cit.*, p. 852 e ss. e 871, notando, nomeadamente, que a punição dessas infracções negligentes deve ser mais branda do que a dos crimes dolosos por ela pressupostos.

²⁶ Segundo Antonio Cassese, "Justifications and excuses in international criminal law", in: Cassese / Gaeta / Jones..., *cit.*, vol. I, p. 954, é duvidoso que o direito internacional costumeiro distinga as duas categorias, sendo certo que, até à data, a jurisprudência nunca retirou consequências práticas de tal distinção.

Sobre todo o problema das causas de justificação e de exculpação no Estatuto de Roma, cf. o excelente estudo de Albin Eser, in: Otto Triffterer (ed.)..., *cit.*, p. 539 e ss.

²⁷ Como bem mostra Kai Ambos, "Other grounds for excluding criminal responsibility", in: Cassese / Gaeta / Jones..., *cit.*, vol. I, p. 1033 e s., a legítima defesa que se regula no art. 31º é apenas a que justifica condutas individuais, não se aplicando à legítima defesa colectiva (empreendida por e contra entidades colectivas, normalmente Estados), que se rege pelo direito internacional público geral. Além disso, segundo o mesmo A., o emprego da legítima defesa individual não depende da legalidade da acção militar em cujo contexto ocorre: a participação numa acção legítima não justifica, por si só, a conduta, devendo o agente manter-se nos limites definidos pelo art. 31º (como aliás se dispõe expressamente na segunda frase da alínea c)), e a participação numa acção ilegítima não significa que o agente não possa usar da legítima defesa.

No que toca a situação de necessidade prevista na alínea d) do mesmo número, deparamos com uma norma algo infeliz²⁸, que corporiza um compromisso entre o direito de necessidade (*necessity*) e o estado de necessidade desculpante (*duress*). Para além do fim de evitar um mal (aqui limitado à morte iminente e às ofensas corporais graves iminentes ou já em curso) e da necessidade dos meios utilizados, comuns às duas eximentes, exige-se que a ameaça resulte em "coacção" do agente ("*duress*": necessidade subjectiva) e que este actue sem intenção de causar um dano maior que aquele que se propunha evitar. O que significa que a eximente pode funcionar mesmo que o agente cause um dano igual ou superior ao que queria evitar, desde que não fosse essa a sua intenção, pelo que parece mais correcto configurá-la como uma causa de exclusão da culpa.

A enumeração constante do art. 31º não é exaustiva, existindo outras causas de exclusão da responsabilidade criminal no Estatuto²⁹ e devendo ainda admitir-se a aplicabilidade das eximentes reconhecidas pelas fontes indicadas no art. 21º, nos termos do art. 31º, nº 3, desde que não sejam expressamente rejeitadas³⁰ ou reguladas pelo Estatuto. Assim, não parece possível aplicar causas de exclusão da responsabilidade reconhecidas por outras fontes de direito que se mostrem mais amplas, nos seus pressupostos, do que aquelas que o Estatuto modela (nomeadamente, a inimputabilidade e a legítima defesa)³¹. Questão interessante é a de saber se o direito de necessidade, enquanto causa de justificação, pode ainda lograr aplicação autónoma para lá da situação de necessidade prevista no nº 1, al. d), do art. 31º - sc., sem que se exija a "coacção" (interior) do agente e subordinando a justificação a uma superioridade do bem a salvaguardar (direito de necessidade agressivo), ou à similaridade dos bens em causa quando se reaja contra a fonte do perigo (direito de necessidade defensivo). A resposta parece dever ser positiva, porquanto aquela causa de exclusão da responsabilidade se reconduz, na verdade, a uma causa de exculpação *sui generis*, que por isso não pode afectar a aplicabilidade de uma causa de justificação.

2.5. No que diz respeito à *autoria e à participação*, o art. 25º recolhe as formas comuns da autoria imediata, coautoria e autoria mediata (nº 3, al. a)). A participação abarca a instigação (nº 3, al. b)), a cumplicidade (nº 3, al. c)) e a

²⁸ Cf. a justa crítica de Albin Eser, *cit.*, p. 550 e ss.

²⁹ Cf. os arts. 25º (desistência), 26º (exclusão da jurisdição do Tribunal relativamente a pessoas menores de 18 anos; o mecanismo escolhido significa que esses agentes podem ser considerados imputáveis, pelos mesmos factos, pelos ordenamentos e tribunais estaduais), 32º (erro) e 33º (obediência hierárquica e deveres legais).

³⁰ Como é o caso da "qualidade oficial" (art. 27º) e do decurso dos prazos prescricionais (art. 29º).

contribuição para o cometimento de um crime por um grupo de pessoas guiadas por um objectivo comum – forma de participação, inspirada na ideia de *conspiracy* e desconhecida, enquanto tal, do direito português (nº 3, al. d))³².

A este propósito, importa salientar dois pontos:

- A instigação prevista na al. b) encontra-se sujeita ao princípio da acesoriedade, ficando a punição do instigador dependente de um começo de execução por parte do instigado; assim, o Estatuto não pune, em princípio, a tentativa de participação³³. Todavia, a al. e) do mesmo dispositivo, inspirada porventura nos trágicos acontecimentos do Ruanda (1994), pune autonomamente o incitamento directo e público ao crime de genocídio, mesmo que não se lhe siga um começo de execução do crime. Pode questionar-se se se trata aqui ainda de uma forma de participação (tentativa frustrada de participação num crime de genocídio) ou se estamos perante um tipo de crime autónomo (incitamento público ao genocídio), formal e de perigo abstracto³⁴.

A questão tem evidente importância prática, não tanto para efeitos das penas aplicáveis (provavelmente, a diferença entre uma e outra hipótese não encontrará correspondência na larguíssima discricção deixada ao Tribunal para a determinação da pena), mas antes para a delimitação da tentativa e da consumação do crime e correlativa demarcação da relevância da desistência. Assim, se, por exemplo, o agente se apresta para incitar publicamente ao genocídio através de uma emissão radiofónica e é impedido, no último momento, de o fazer, a opção pela primeira hipótese implicará a sua impunidade, pois não há tentativa de tentativa; mas a opção pela segunda conduzirá à punição, por tentativa punível do crime de incitamento ao genocídio. Da mesma forma, a desistência posterior ao incitamento poderá relevar, na primeira hipótese, nos termos do art. 25º, nº 3, al. f), se o agente impedir que o crime (do instigado) se consuma – mas será irrelevante caso se entenda que se está já perante um crime consumado.

- A segunda nota prende-se com a tradução defeituosa do Estatuto de Roma na Resolução da Assembleia da República nº 3/2002, de 18 de Janeiro, que a aprovou para ratificação. Com efeito, o original inglês define o cúmplice, no art. 25º, nº 3, al. c), como aquele que “*for the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission*

³¹ Cf. Albin Eser, *cit.*, p. 542 e ss.

³² Para a difícil distinção entre a cumplicidade e esta forma de participação, cf. Kai Ambos, in: Otto Triffterer (ed.), *cit.*, p. 483 e ss.

³³ Ao contrário do que sucede, v. g., com o § 30 do CP alemão (“parágrafo Duchesne”).

³⁴ Cf., v. g., os crimes dos arts. 236º e 239º, nº 2, do CP português. Sobre o problema, cf. Pedro Caetano, *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais*, 1996, p. 200 e ss.

or its attempted commission, including providing the means for its commission", expressão que foi erroneamente traduzida para português da seguinte forma: "com o propósito de facilitar esse crime, for cúmplice ou *encobridor*..." (itálicos meus).

Não se compreende por que razão a versão portuguesa se refere ao *encobridor*, pois nem as palavras *aid*, *abet* e *assist*³⁵, nem a interpretação global da norma (é necessário o "propósito de facilitar" o crime) permitem chegar à punição do encobrimento, como forma de participação posterior punível³⁶. Assim, a assistência posterior ao autor do crime só pode relevar na estrita medida em que exista "*uma ligação à conduta do cúmplice antes do cometimento da infracção principal, ou melhor, da sua consumação. Na maior parte dos casos, tal ligação consistirá num acordo prévio que se estende para além da consumação da infracção principal*", isto é, como verdadeira cumplicidade, entendimento que é imposto, desde logo, pelo princípio da culpa³⁷.

3. A dimensão da cooperação com o Tribunal³⁸

3.1. Em primeiro lugar, compete alertar para o carácter fundamental da cooperação com o Tribunal dentro da arquitectura do Estatuto: não possuindo órgãos operacionais de investigação próprios, a acção do Tribunal estará em larga medida condicionada pelo auxílio que lhe for prestado pelos Estados, sobretudo em matéria de recolha de provas e detenção e entrega de pessoas. Por isso, compreende-se que o Estatuto imponha aos Estados a obrigação de "cooperar plenamente" com o Tribunal (art. 86º) e de assegurar "que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam corresponder a todas as formas de cooperação" aí previstas (art. 88º).

Esta obrigação implica restrições importantes à soberania dos Estados, que colhem a sua justificação na natureza pactícia do Estatuto (*volenti non fiat iniuria*). É precisamente essa base consensual em que assenta o Tribunal que ilumina o conceito de "cooperação vertical", o qual se caracteriza, não propriamente por uma relação de supra-infra ordenação (ordem - obediência), mas antes por uma drástica redução da margem de apreciação dos

³⁵ De acordo com a definição dada pelo Tribunal Penal Internacional para o Ruanda, no *caso Akayesu*, *aiding* significa "giving assistance to someone" e *abetting* significa "facilitating the commission of an act by being sympathetic thereto" (*apud* Kai Ambos, in: Otto Triffterer (ed.)..., p. 482).

³⁶ Cf. o art. 23º, nº 5, do CP português de 1886.

³⁷ Kai Ambos, *ibidem*, p. 491 e s.

³⁸ A cooperação com o Tribunal, e, particularmente, o procedimento de entrega foram já objecto de análise em Pedro Caeiro, "O procedimento de entrega...", *cit.*, p. 69 e ss., de onde se retira boa parte das considerações seguintes.

pedidos por parte do Estado requerido perante a entidade requerente³⁹, bem diversa da tradicional “cooperação horizontal” (inter-estadual).

3.2. Além das formas “menores” de cooperação previstas no art. 93º, assume especial importância o procedimento de entrega de uma pessoa (suspeito, acusado ou condenado) ao Tribunal, dado que culmina com a colocação do visado sob a autoridade jurídica e fáctica de um órgão com poderes jurisdicionais em matéria penal. No caso do direito português, a questão era particularmente melindrosa, atendendo à dignidade constitucional de certas proibições de extradição (nomeadamente, no que toca a aplicabilidade da pena de prisão perpétua e a extradição de nacionais⁴⁰).

A nota mais marcante do procedimento de entrega é a inexistência de fundamentos de recusa do pedido que não decorram do próprio Estatuto e do direito internacional público, característica que decorre da já referida concepção de “cooperação vertical”. Nomeadamente, um Estado não pode recusar a entrega de uma pessoa em virtude das penas que lhe são aplicáveis, nem em virtude de se tratar de um nacional seu, nem porque goza de certas imunidades propiciadas pelo direito interno.

Ainda assim, o Estatuto regula certos “obstáculos” e “dificuldades” na execução do pedido.

a) Em primeiro lugar, o visado pode opor-se à entrega com fundamento na violação do princípio *ne bis in idem* (art. 89º, nº 2), sendo certo que o *bis* compreende tanto as decisões do próprio Tribunal como as decisões tomadas por tribunais estaduais⁴¹. Porém, o tribunal do Estado requerido não pode apreciar o mérito da oposição, devendo consultar o Tribunal para averiguar se este já tomou uma decisão relevante sobre a admissibilidade do caso. Em caso afirmativo, o pedido deve prosseguir; se estiver pendente uma decisão sobre a questão, o Estado requerido pode diferir a execução do pedido até que o Tribunal se pronuncie.

b) Em segundo lugar, o pedido de entrega pode conflitar com um pedido de extradição formulado por outro Estado. Em síntese, podemos resumir o complexo regime do art. 90º da seguinte forma: sempre que o Estado requerido não se encontre internacionalmente obrigado a extraditar o visado para o Estado requerente, deve dar prioridade ao pedido do Tri-

³⁹ Um outro exemplo deste tipo de cooperação encontra-se no mandado de detenção e entrega europeu, que veio praticamente substituir os procedimentos de extradição entre os Estados Membros da União Europeia: cf. Anabela Miranda Rodrigues, “O mandado de detenção europeu - na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?”, *RPCC* 13 (2003), p. 36 e ss., e Pedro Caieiro “O procedimento de entrega...”, *cit.*, p. 76 e ss.

⁴⁰ Vd. *infra*, III, 2.

⁴¹ Cf. *supra* II, 1.4.

bunal. Se essa obrigação internacional existir, ela deve ceder a favor do pedido do Tribunal sempre que o Estado requerente seja Parte no Estatuto e os pedidos digam respeito aos mesmos factos. Em consequência, o Estado requerido só *pode* dar prevalência ao pedido de extradição quando o Estado requerente não for parte no Estatuto, ou quando o pedido de extradição (de um Estado Parte ou não-Parte) disser respeito a factos diversos dos que são objecto do pedido de entrega. Mesmo nestes casos, o Estado requerido fica obrigado a fundamentar a decisão, de acordo com os termos previstos no Estatuto.

c) Enfim, o art. 98º do Estatuto regula eventuais conflitos do pedido de entrega com outras obrigações internacionais do Estado requerido, nomeadamente, com os deveres que lhe incumbem em matéria de imunidade diplomática de um agente de outro Estado, ou com os deveres de entrega de membros de forças estrangeiras estacionadas (primazia de jurisdição do Estado de envio), ou ainda com obrigações de não-reextradição. Nestes casos, o Tribunal não pode formular o pedido de entrega, salvo se o Estado terceiro renunciar à imunidade ou consentir na entrega.

No que diz respeito às imunidades diplomáticas, vimos já que o art. 27º considera a qualidade oficial "irrelevante" para efeitos da jurisdição do Tribunal. Desta afirmação da jurisdição contra as imunidades de direito interno e internacional pretendeu-se já retirar a conclusão de que o Tribunal não necessitaria de pedir a renúncia prévia à imunidade por parte do Estado em cujo interesse ela é conferida quando esse Estado fosse Parte no Estatuto⁴². Todavia, esta distinção não encontra apoio na formulação literal do art. 98º (que usa a expressão "*third State*", e não "*State not Party to this Statute*", como faz sistematicamente quando pretende referir-se a um Estado não Parte), nem é crível que os Estados tenham querido acolitar esse entendimento sobre um problema tão específico (o conflito entre o pedido de entrega e uma imunidade diplomática) na norma genérica do art. 27º.

Além disso, o pedido de renúncia formulado pelo Tribunal ao Estado terceiro é já uma *actuação da sua jurisdição*, que se cobre precisamente com a credencial do art. 27º. A diferença está em que, se o Estado terceiro for Parte no Estatuto, encontra-se *obrigado*, por força do art. 27º, nº 2, a renunciar à imunidade em causa - mas tal obrigação não elimina a necessidade de o Tribunal lhe dirigir um pedido com esse conteúdo.

⁴² Assim, entre outros, Bert Swart / Göran Sluiter, "The International Criminal Court and International Criminal Cooperation", in: *Reflections on the International Criminal Court. Essays in Honour of Adrian Boos*, 1999, p. 120 e s.; e Paola Gaeta, "Official capacity and immunities", in: Cassese / Gaeta / Jones (eds.)..., *cit.*, vol. I, p. 992 e ss.

Já no que toca as obrigações internacionais do Estado requerido a que alude o art. 98º, nº 2, parece que o Tribunal pode pedir a entrega sem prévio consentimento do Estado de envio sempre que ele seja Parte no Estatuto, porquanto a pretensão deste último haveria sempre de corporizar-se num pedido de entrega / extradição e, como tal, ficaria sujeita ao regime do art. 90º, nº 2. Assim, verificados os pressupostos desta norma (nomeadamente, a decisão de admissibilidade), o Tribunal pode pedir a entrega de um membro das forças armadas de um Estado Parte, sem o seu assentimento expresso, ao Estado onde elas se encontram estacionadas, que deve cumprir o pedido.

Enfim, o mesmo entendimento deve valer para as obrigações de não-reextradição (ou não-reentrega) conflitantes com o pedido do Tribunal, porque os fundamentos sobre que assentam estas cláusulas (a protecção do visado contra o sistema punitivo de Estados desconhecidos e a preservação dos interesses de política externa do Estado de envio) não se aplicam à entrega ao Tribunal quando o titular daquelas pretensões seja Parte no Estatuto.

III. Alguns reflexos da ratificação do Estatuto na ordem jurídico-constitucional portuguesa; em especial: a entrega de pessoas a quem possa ser aplicada uma pena de prisão perpétua

1. A cláusula de “compatibilização constitucional”

O Estatuto de Roma foi aprovado, para ratificação, pela Resolução da AR nº 3/2002, de 18 de Janeiro, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República nº 2/2002, de 18 de Janeiro.

Apesar de ter sido defendida em Portugal opinião contrária⁴³, prevaleceu a ideia de que algumas disposições do Estatuto eram incompatíveis com determinados preceitos constitucionais⁴⁴. Deste modo, a LC 1/2001, de 12

⁴³ Vd., por todos, o *Parecer* da Procuradoria-Geral da República nº 33/199, de 27-01-2000, relatado pelo então Procurador-Geral Adjunto Dr. José Souto de Moura.

⁴⁴ Assim logo o *Relatório* apresentado pelo Deputado Alberto Costa à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, publicado agora em Alberto Costa, *Tribunal Penal Internacional. Para o Fim da Impunidade dos Poderosos*, p. 15 e ss.; e depois Vital Moreira, “O Tribunal Penal Internacional...”, *cit.*, p. 15.

Posição intermédia parecia ser a de Maria Fernanda Palma, “Tribunal Penal Internacional...”, *cit.*, p. 11 e ss., que, depois de analisar vários pontos críticos da (in)compatibilidade do Estatuto com algumas normas constitucionais, concluía, em relação a cada um deles, que uma eventual revisão constitucional destinada a acomodá-los não seria vedada pelos limites materiais de revisão, sugerindo também, *pari passu*, que tais pontos críticos ainda eram compatíveis com *uma certa interpretação* da Constituição - vd. p. ex., o que a A. expende sobre o princípio da legalidade (p. 12 e s.), sobre as imunidades de direito interno e prerrogativas afins (p. 21 e s.), sobre as imunidades de direito internacional (p. 22 e s.), sobre a aplicação da pena de prisão perpétua (p. 24 e p. 28), sobre a proibição de extraditar relativa à aplicabilidade desta pena (p. 31) e sobre a imprescritibilidade (p. 36). Daí que

de Dezembro, aditou ao art. 7º da CRP um nº 7, onde se contém uma cláusula geral de recepção da jurisdição do Tribunal nos termos estabelecidos pelo Estatuto. Em consequência, essa norma constitucional *derrogou* implicitamente as restantes normas (constitucionais e meramente legais) que se pudessem opor às soluções preconizadas no Estatuto⁴⁵.

No plano estritamente constitucional, e seguindo o esquema gizado por Vital Moreira⁴⁶, tais interrogações encontrar-se-ão nos seguintes pontos: a soberania jurisdicional do Estado; b) a aplicação da prisão perpétua; c) a entrega de nacionais para julgamento fora do País; d) as imunidades e outras prerrogativas penais; e) a garantia do tribunal do júri; f) a duração da prisão preventiva; g) a garantia ínsita no princípio *ne bis in idem*.

Tratarei apenas, brevemente, as questões da entrega de pessoas a quem possa ser aplicada uma pena de prisão perpétua.

2. A questão da prisão perpétua

2.1. A CRP contém duas normas relativas à prisão perpétua: o nº 1 do art. 30º, que estabelece uma proibição de prisão perpétua, e o nº 4 do art. 33º, que estabelece um regime especial para a extradição quando ao extraditando possa ser aplicada uma pena de prisão perpétua.

A segunda norma foi introduzida pela revisão constitucional de 1997 (LC 1/97, de 20 de Setembro) - até então, essa proibição só tinha expressão positiva na lei ordinária (art. 6º do DL 43/91) -, dando corpo à jurisprudência do Tribunal Constitucional que, no *Acórdão Varizo*⁴⁷, se pronunciou inequivocamente no sentido da consagração constitucional *implícita* de uma proibição de extradição por crime a que correspondesse pena de prisão perpétua⁴⁸. Essa decisão merecia ser acompanhada no resultado, mas não na

a A. acabe por advogar uma *revisão que explicita essa interpretação das normas constitucionais* - "o Estatuto do Tribunal Penal Internacional exige uma revisão constitucional que explicita uma interpretação da Constituição através da qual os princípios do direito internacional penal se recortem na sua especificidade dos princípios do direito penal interno, nos casos em que os alterem e em que a soberania punitiva do Estado português se equacione, no plano internacional, como representação da comunidade internacional" (p. 36 e s.)-, acompanhada de uma "inclusão no direito penal interno de um conjunto de normas do Estatuto, que permitam a aplicação pelos tribunais portugueses do direito penal internacional, de modo que se garanta a evitabilidade efectiva de uma actuação complementar da jurisdição do Tribunal Penal Internacional" (p. 37).

⁴⁵ Cf. Pedro Caeiro, "O procedimento de entrega...", *cit.*, p. 116; sobre outras "consequências constitucionais" desta norma, em pormenor,

Vital Moreira, *ibidem*, p. 16 e ss.

⁴⁶ Vital Moreira, *ult. op. cit.*

⁴⁷ AcTC nº 474/95, in DR, II, de 17-11-1995, p. 13.792 e ss.

⁴⁸ Nesse sentido se haviam já pronunciado M. A. Lopes Rocha / T. Alves Martins, *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (Comentários)*, 1992, p. 33; no sentido de que a proibição de extradição em caso

fundamentação, que praticamente conduzia a impor um certo modelo penal aos outros países.

Na verdade, como sustentei na altura⁴⁹, era possível concluir pela existência de uma proibição constitucional de extradição implícita quando ao agente fosse aplicável a pena de prisão perpétua e não houvesse garantias politicamente fiáveis e juridicamente exequíveis da sua não aplicação ou execução⁵⁰, procedendo para tanto a uma aplicação analógica da norma constitucional que proibia a extradição em caso de pena de morte (o então art. 33º, nº 3). O fundamento da analogia encontrava-se na preservação da ordem pública internacional do Estado Português, que o impede (ou impedia) de colaborar com a justiça de outros países sempre que ao agente pudessem ser aplicadas ou efectivamente executadas penas cruéis e desumanas: as penas de morte, de prisão perpétua e as penas corporais.

2.2. Depois da recepção positiva, na Constituição, da proibição de extradição em caso de prisão perpétua, a questão da ratificação do Estatuto de Roma, onde se prevê a possibilidade de aplicação dessa pena e a referida obrigação de entrega, sem excepções, por parte dos Estados, veio suscitar o problema da compatibilidade dos dois diplomas.

Em minha opinião, a aplicabilidade da pena de prisão perpétua pelo Tribunal não colidia com a proibição da prisão perpétua contida no art. 30º, nº 1, da CRP⁵¹, que vale apenas, evidentemente, para o ordenamento jurídico nacional e não tem a virtualidade de impedir Portugal de participar na criação de uma entidade jurisdicional internacional que possa aplicá-la.

Mas o mesmo já não podia dizer-se relativamente à proibição de extraditar estatuída no art. 33º, nº 4 (então art. 33º, nº 5). Com efeito, a garantia individual contida nesta norma (convém notar que ela se insere, precisa-

de aplicabilidade da prisão perpétua tinha acolhimento *meramente legal*, cf. todavia J. Figueiredo Dias / M. Costa Andrade, *Direito Penal. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime* (fascículos), 1996, p. 210; J. J. Gomes Canotilho, "Caso Varizo - Extradicação no caso de prisão perpétua" (anotação ao AcTC nº 474/95), *RLJ* 128º, p. 249 e p. 251; e Carlos Fernandes, *A Extradicação e o Respectivo Sistema Português*, 1996, p. 72 e ss., esp. p. 83 e s.

⁴⁹ Para maiores desenvolvimentos, cf. Pedro Caeiro, "Proibições constitucionais...", *cit.*, p. 164 e ss.

⁵⁰ Sobre a questão da apreciação das "garantias", que também se punha relativamente à aplicabilidade da pena de morte, cf., em sentidos diferentes, Pedro Caeiro, "Proibições constitucionais...", *cit.*, p. 160 e ss., e p. 169, e Paulo Saragoça da Matta, "O sistema português de extradição após a publicação da Lei nº 144/99, de 31 de Agosto", in: Maria Fernanda Palma / Carlota Pizarro de Almeida / José Manuel Vilalonga (coords.), *Casos e Materiais de Direito Penal*, 2000, p. 244 e ss. Cf. também a resenha de Mário Mendes Serrano, "Extradicação - Regime e Praxis", in: J. Cruz Bucho / L. Silva Pereira / M. Vicente Azevedo / M. Mendes Serrano, *Cooperação Internacional Penal. Volume I Extradicação. Transferência de Pessoas Condenadas*, 2000, p. 79 e ss., onde se dá conta de nova (e, a meu ver, errónea) jurisprudência do STJ (AcSTJ de 18 de Março de 1999, in: *CJ - Acórdãos do STJ*, Ano VII, tomo 1, p. 242), segundo a qual a apreciação da suficiência das garantias incumbe exclusivamente ao Governo.

⁵¹ No sentido da conclusão, embora com fundamentação diversa, vd. Maria Fernanda Palma, "O Tribunal Penal Internacional...", *cit.*, p. 24 e ss. Em sentido oposto ao do texto, cf. todavia Vital Moreira, *cit.*, p. 22 e ss.

mente, no Capítulo que rege os “direitos, liberdades e garantias pessoais”) não dependia da natureza estadual ou trans-estadual da entidade requerente, nem do *nomen juris* do procedimento (extradição / entrega), pelo que devia aplicar-se a todos os procedimentos análogos à extradição, que impliquem a colocação coerciva de uma pessoa sob o controlo de uma autoridade dotada de *ius puniendi*, para efeitos de determinação da sua responsabilidade criminal ou execução de uma pena já aplicada. Por isso mesmo, a ratificação do Estatuto era incompatível com o art. 33º, nº 4 (então art. 33º, nº 5) da CRP, na medida em que o Estado Português, ao fazê-lo, se obrigava a entregar ao Tribunal pessoas a quem podia ser aplicada e efectivamente executada uma pena de prisão perpétua⁵².

Entre a não ratificação do Estatuto e a derrogação da dita proibição constitucional, o Estado Português decidiu optar pela segunda alternativa⁵³, revendo a Constituição e ratificando o Estatuto.

Decisão que corresponde, aliás, à crescente preponderância do interesse na cooperação judiciária internacional (*lato sensu*), insuflado pelo alvoroço securitário contemporâneo, sobre as garantias e as liberdades individuais, de que é nova testemunha a norma prevista no actual art. 33º, nº 5, da CRP (introduzida, também ela, na mesma revisão constitucional de 2001), destinada a permitir a incorporação, no direito português, do mandado de detenção europeu instituído pela *Decisão-quadro do Conselho relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros*, de 13-06-2001, porquanto a entrega efectuada nos seus termos pode implicar a aplicação e execução efectiva de uma pena de prisão perpétua pelo Estado requerente.

Espera-se que o sucessivo adelgaçamento da oposição à prisão perpétua não resulte, a prazo, na introdução da “prisão até à morte” no sistema sancionatório português.



⁵² Neste sentido, cf. o *Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, apresentado pelo Deputado Alberto Costa*, in *Diário da Assembleia da República*, II Série, n.º 18, de 9-12-2000, ponto 9 (publicado também em Alberto Costa, *cit.*, p. 25); Mário Mendes Serrano, *cit.*, p. 102, que reputava tal conclusão de “evidente”, invocando ainda a “convergência”, nesse sentido, das intervenções produzidas durante o debate parlamentar de 16 de Junho de 1999 (DAK, I, de 17-06-99, p. 3391 e ss.), relativo à discussão das propostas de lei de cooperação judiciária; e Pedro Caeiro, “Ut puras...”, *cit.*, p. 61. Em sentido oposto, cf. todavia o já citado *Parecer* nº 33/1999, da Procuradoria-Geral da República, e Maria Fernanda Palma, *cit.*, p. 31. O que fica dito em texto vale também para a entrega aos Tribunais *ad hoc* para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda: na actual ausência de uma credencial constitucional própria, as normas que permitam a entrega a estas entidades de pessoas a quem possa ser aplicada a dita pena (bem como, aliás, a entrega de cidadãos nacionais) devem ser consideradas inconstitucionais pelos tribunais portugueses, levando à recusa do pedido e consequente incumprimento internacional por parte do Estado Português.

⁵³ Criticamente sobre este retrocesso civilizacional, cf. Pedro Caeiro, “Ut puras...”, *cit.*, p. 39 e ss.; Anabela Miranda Rodrigues, “O Tribunal Penal Internacional...”, *cit.*, p. 16 e ss.; e Fernando Araújo, “O Tribunal Penal Internacional...”, *cit.*, p. 78.

ANEXO

Literatura portuguesa sobre os tribunais penais internacionais⁵⁴

- MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, “O Tribunal Penal Internacional Penal Permanente e o mito de Sísifo”, *RPCC* 8 (1998), p. 27 e ss.; IDEM, “De como o Estatuto do Tribunal Penal Internacional certifica um novo modelo de direito penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 30 (2000), p. 31 e ss.; IDEM, “Apontamento sobre o crime contra a humanidade”, in: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, 2001, p. 71 e ss.; IDEM, “TPI e lei penal e processual penal portuguesa”, in: VITAL MOREIRA / LEONOR ASSUNÇÃO / PEDRO CAEIRO / ANA LUISA RIQUITO, *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, 2004, p. 49 e ss.;
- ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, “Problemas de um projecto de criação de um Tribunal Internacional Criminal: as pré-condições para o exercício da sua jurisdição”, *Revista Jurídica da Universidade Portucalense* 1 (1998), p. 31 e ss.;
- JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA, “Impunidade e direito à memória – a questão da imprescritibilidade dos crimes contra a paz e a humanidade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional”, *RMP* 20 (1999), p. 33 e ss.;
- MARIA FERNANDA PALMA, “Timor: um problema de direito internacional penal”, in: MARIA FERNANDA PALMA / CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA / JOSÉ MANUEL VILALONGA (COORDS.), *Casos e Materiais de Direito Penal*, 2000, p. 273 e ss.; IDEM, “Tribunal Penal Internacional e Constituição penal”, *RPCC* 11 (2001), p. 7 e ss.;
- CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “Um exemplo de jurisprudência penal internacional: o caso Pinochet”, in: MARIA FERNANDA PALMA / CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA / JOSÉ MANUEL VILALONGA, *Casos e Materiais de Direito Penal*, 2000, p. 257 e ss.;
- JOÃO MANUEL DA SILVA MIGUEL, “O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional”, in: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, 2001, p. 623 e ss. (publ. também em *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 10 (2002), p. 11 e ss.);
- PAULA ESCARAMEIA, *Reflexões sobre Temas de Direito Internacional Público: Timor, a ONU e o Tribunal Penal Internacional*, 2001; IDEM, “Quando o mundo das soberanias se transforma no mundo das pessoas: o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e as Constituições nacionais”, *Thémis* 2 (2001), p. 143 e ss.; IDEM, “Prelúdios de uma nova ordem mundial”, in: *Direito Penal Internacional. Para a Protecção dos Direitos Humanos. Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e do Goethe-Institut de Lisboa*, 2003, p. 97 e ss.;
- ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Tribunal Penal Internacional e a Prisão Perpétua”, *Direito e Justiça* 15 (2001), p. 11 e ss.; IDEM, “Princípio da jurisdição penal universal e Tribunal Penal Internacional – exclusão ou complemen-

⁵⁴ Ordem cronológica, por data de publicação da primeira obra de cada Autor(a).

taridade?", *Sub Judice*, 19 (2000), p. 15 e ss. (publ. também em *Direito Penal Internacional. Para a Protecção dos Direitos Humanos. Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e do Goethe-Institut de Lisboa*, 2003, p. 57 e ss.);

— JOSÉ MANUEL PUREZA, "Da cultura da impunidade à judicialização global: o Tribunal Penal Internacional", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 60 (2001), p. 121 e ss.;

— PEDRO CAEIRO, "Ut puras servaret manus", *RPCC* 11 (2001), p. 89 e ss.; IDEM, "Tribunais penais internacionais: 'etapas de um caminho' ou 'astros em constelação'? (Uma visão político-jurídica do Estatuto de Roma)", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 37 (2002), p. 98 e ss.; IDEM, "Claros e escuros de um auto-retrato: breve anotação à jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda sobre a própria legitimação", *RPCC* 12 (2002), p. 573 e ss. (publ. também em *Direito Penal Internacional. Para a Protecção dos Direitos Humanos. Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e do Goethe-Institut de Lisboa*, 2003, p. 209 e ss.); IDEM, "O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português", in: VITAL MOREIRA / LEONOR ASSUNÇÃO / PEDRO CAEIRO / ANA LUISA RIQUITO, *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, 2004, p. 69 e ss.;

— ALMIRO RODRIGUES, "O Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia e seus contributos para o direito (penal) internacional", *RPCC* 11 (2001), p. 355 e ss.;

— ALBERTO COSTA, *Tribunal Penal Internacional. Para o fim da impunidade dos poderosos*, 2002;

— FERNANDO ARAÚJO, "O Tribunal Penal Internacional e o problema da jurisdição universal", *RFDUL* XLIII (2002), p. 71 e ss.;

— CATARINA SAMPAIO VENTURA, "O significado do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia na edificação de um sistema de justiça penal internacional", in: *Direito Penal Internacional. Para a Protecção dos Direitos Humanos. Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e do Goethe-Institut de Lisboa*, 2003, p. 167 e ss.;

— JORGE A. F. GODINHO, "The surrender agreements between the US and the ICTY and ICTR: a critical view", *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003), p. 502 e ss.;

— VITAL MOREIRA, "O Tribunal Penal Internacional e a Constituição", in: VITAL MOREIRA / LEONOR ASSUNÇÃO / PEDRO CAEIRO / ANA LUISA RIQUITO, *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, 2004, p. 13 e ss.