

BREVE ANÁLISE SOBRE O CASO RELATIVO AO GENOCÍDIO ROHINGYA PERANTE O TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Maria de Assunção do Vale Pereira*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.7>

1. Apresentação do caso

A 11 de novembro de 2019 teve início, no Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), o caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, submetido pela Gâmbia contra Mianmar. Na petição apresentada, a Gâmbia formulou um pedido de indicação de medidas provisórias e o Tribunal veio proferir um despacho sobre esse pedido a 23 de janeiro de 2020, ao abrigo do artigo 41º do seu Estatuto, cujo nº 1 prevê: “O Tribunal terá a faculdade de indicar, se julgar que as circunstâncias o exigem, quaisquer medidas provisórias que devam ser tomadas para preservar os direitos de cada parte”.

* Professora Auxiliar com Agregação, Escola de Direito da Universidade do Minho. O presente texto foi escrito como singela homenagem à nossa Colega e Amiga Benedita Mac Crorie, precocemente retirada do nosso convívio e cujo sorriso contagiante teremos sempre presente, assim como o seu espírito de lutar por aquilo em que acreditava nos servirá sempre de exemplo.

No caso, a Gâmbia sustentou que Mianmar estava a levar a cabo atos de genocídio contra membros da minoria Rohingya, uma minoria étnica muçulmana. Como é afirmado na petição que deu origem ao caso, “[q]uase todos os membros do grupo rohingya residem no estado de Rakhine, em Mianmar, localizado na extremidade mais ocidental do país, ao longo da fronteira com Bangladesh”¹.

Efetivamente, a designação “western gate” refere-se à área do estado de Rakhine “que liga Mianmar ao subcontinente indiano e é separada do restante de Mianmar por uma cadeia de montanhas”². Esta cordilheira gerou uma separação física entre os habitantes de um e do outro dos seus lados, que derivou numa separação política e num desenvolvimento cultural diferenciado.

Sendo certo que em Mianmar existe um número elevado de minorias, os rohingyas, para além de estarem sediados em Rakhine, são muçulmanos num Estado cuja população é maioritariamente budista (60 a 70%) e falam um dialeto próprio, constituindo uma minoria tanto no Mianmar como no próprio estado de Rakhine. Além disso, por força de várias alterações legais e mesmo constitucionais (algumas das quais na sequência de golpes de estado) os rohingyas foram alvo de perseguições, sendo mesmo privados da sua cidadania, levando Ronan Lee a afirmar que “[os] rohingyas são agora o maior grupo de apátridas do mundo, com a maioria vivendo como refugiados em campos de Bangladesh, enquanto aqueles que permanecem em Mianmar estão sujeitos a condições de apartheid, encarceramento em massa e crimes de genocídio”³.

E a verdade é que a Assembleia Geral das Nações Unidas, pelo menos desde a década de 90 do século passado, vem aprovando anualmente resoluções intituladas “situação dos direitos humanos em Mianmar”; e fundamentalmente a partir da década de 2010, ao falar da situação dos direitos humanos no país, há uma referência específica às condições a que estão sujeitos os membros do grupo rohingya, conduzindo a que essas resoluções,

¹ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Application instituting proceedings and Request for the indication of provisional measures, 11 November 2019, par. 27.

² Ronan LEE, *Myanmar's Rohingya Genocide. Identity, History and Hate Speech*, London, Bloomsbury Publishing Plc, 2021, p. 33.

³ Ronan LEE, *Myanmar's Rohingya Genocide...*, *op. cit.*, p. 3.

nos anos de 2020 e 2021 passassem a assumir o título “Situação dos direitos humanos dos muçulmanos Rohingya e de outras minorias no Mianmar”, destacando assim a situação particularmente vulnerável dos rohingyas, em relação aos quais são referidas violações dos direitos humanos, prisões arbitrárias, mortes em situação de detenção, tortura e outros tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes, trabalho forçado, privação de direitos económicos e sociais, deslocação forçadas de mais de um milhão de muçulmanos rohingya para Bangladesh, violação, escravidão sexual e outras formas de violência sexual e de género contra as mulheres e crianças, bem como restrições ao exercício dos direitos à liberdade de religião ou crença, expressão e reunião pacífica⁴. Além disso, é referida em diferentes resoluções a situação de apatridia mencionada por Lee, ao afirmar-se que “apesar do facto de os muçulmanos Rohingya viverem em Mianmar durante gerações antes da independência de Mianmar, foram tornados apátridas pela promulgação da Lei da Cidadania de 1982 e acabaram por ser afastados, em 2015, do processo eleitoral”⁵. Aliás, pelo menos desde 2013, as referidas resoluções vêm urgindo o Governo de Mianmar a que garanta a igualdade de acesso à cidadania plena para os Rohingya.

Recorde-se que nos termos do artigo 2º da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (adiante referida como Convenção sobre Genocídio ou a Convenção), “entende-se por ‘genocídio’ qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, rácico ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial;

⁴ Se olharmos apenas os últimos 10 anos, podemos referir as resoluções da Assembleia Geral (AG) 67/266, de 24 de dezembro de 2012, 68/242 de 27 de dezembro de 2013, 69/248, de 29 de dezembro de 2014, 70/233, de 23 de dezembro de 2015, 72/248, de 23 de janeiro de 2018, 73/264, de 22 de janeiro de 2019, 74/246, de 15 de janeiro de 2020, 76/462/Add.3, de 16 de dezembro de 2021.

⁵ Par. 14 preambular da resolução AG 73/264, de 22 de janeiro de 2019.

- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo”.

Trata-se de uma noção afirmada no pós Segunda Guerra Mundial e em reação aos comportamentos adotados pela Alemanha nazi, que comporta aspetos de difícil interpretação. Sendo certo que depois de algumas evoluções na redação da norma pode dizer-se que nela aparecem referidos taxativamente quatro grupos protegidos – nacionais, étnicos, racionais ou religiosos –⁶, diga-se que os conceitos de cada um destes grupos não são fáceis de apurar. Uma vez que, até à década de 90 do séc. XX, não existiram jurisdições internacionais de natureza criminal para conhecer deste crime, não havia jurisprudência internacional na matéria tendo sido então criadas – designadamente, os Tribunais Internacionais Penais para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda –, foram as primeiras a ser confrontadas com as dificuldades de definição dos grupos. Aliás, e porque por vezes era referido que estes grupos se caracterizavam pelo seu carácter estável e permanente, o segundo destes tribunais, logo no primeiro caso que teve de julgar e em que estava em causa o crime de genocídio – *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* – questionou se não se deveria alargar a proteção conferida a qualquer grupo estável e permanente, cujos membros o integram por nascimento, o que não ficou sem crítica por boa parte da doutrina⁷, considerando-se que o alargamento do conceito, por essa via, poderia chocar o princípio *nullum crimen sine lege*, tendo ainda sido alegado que o reenvio à intenção dos autores da Convenção poderia conduzir a descrições de grupos humanos hoje cientificamente reprovados⁸. Todavia, a ideia de estabilidade e permanência e de pertença por nascimento não são sequer características necessárias dos quatro grupos cuja proteção está definida. Pense-se no caso de uma pessoa que nasce e é educada no seio de uma

⁶ Maria de Assunção do Vale PEREIRA, “Crime de Genocídio” (comentário ao artigo 6º), in Wladimir Brito e Pedro Miguel Freitas (coords.), *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: Comentários*, Braga, DH-CII Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, 2018, p. 117.

⁷ Cf. Maria de Assunção do Vale PEREIRA, “Algumas considerações acerca da protecção da mulher no Direito Internacional Humanitário”, in AAVV, *Estudos em Comemoração do Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 579.

⁸ Rafaëlle MAISON, “Le crime de génocide dans les premiers jugements du Tribunal Pénal International pour le Rwanda”, *Revue Générale de Droit International Public*, 103/1999/1, p.137.

família que professa determinada religião e que, em determinado momento da sua vida, se converte a uma outra. Além disso, há grupos cuja existência é cientificamente questionada⁹, ou mesmos os traços ou características raciais podem ser alterados por força dos avanços tecnológicos no âmbito da cirurgia estética¹⁰.

A verdade é que, face às dificuldades de apuramento dos contornos objetivos dos conceitos de grupos rracico, nacional, religioso ou étnico (que não são absolutamente idênticos nos diferentes casos em que os tribunais *ad hoc* referidos os abordaram) e também porque se verificou ser uma dimensão relevante, esses tribunais permitiram-se considerar perspectivas subjetivas com vista a identificar os membros dos grupos protegidos¹¹. E, se essa dimensão subjetiva se pode encontrar desde o referido caso *Akayesu*¹², a forma como foi abordada pelos tribunais sofreu, também ela uma evolução. Pode dizer-se que, nesta matéria, tem vindo a ser sustentada – e adotada pelos tribunais – uma visão mais global, holística, que não faz uma interpretação excludente dos grupos entre si, até porque, como tem sido reconhecido, existe uma sobreposição entre os grupos, se pensarmos que existem características que podem ser comuns a diferentes categorias de grupos. E, como refere Ferrer-Monfort, desde o caso *Rutaganda*, o Tribunal Internacional Penal para o Ruanda tem seguido essa “abordagem combinada, também definida como uma ‘formulação híbrida’”; e identicamente, o Tribunal Internacional Penal para ex- Jugoslávia aplicou essa abordagem no caso *Krstić*, tendo interpretado a enumeração de grupos protegidos de forma holística, sustentando que

⁹ Como refere Shabas, a própria existência de raças já não é usado nas Ciências Sociais progressivas. Cf. William A. SCHABAS, *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 129.

¹⁰ Cf. David NERSESSIAN, *Genocide and Political Groups*, Oxford University Press, 2010, pp. 63-65.

¹¹ Acerca da complexa questão da identificação dos grupos protegidos no contexto da Convenção sobre o Genocídio e da sua aplicação, veja-se Adrià FERRER-MONFORT, “Revisiting the Interpretation of the Protected Groups of the Genocide Convention in Light of the Rohingya Case”, *Trinity College Law Review*, vol. 22, 2019, pp. 77-99.

¹² Neste caso, o Tribunal julgou Akayesu por crime de genocídio, apesar de ter concluído que hutus e tutsis não constituíam grupos étnicos diferentes (sendo certo que, quanto aos demais grupos, o Tribunal já tinha afastado liminarmente essa possibilidade). Efetivamente, o Tribunal atender a lhes tinha sido inculcada a ideia de que constituíam grupos diferentes – designadamente por força da atuação do colonizador belga – pelo que constata que as testemunhas que depuseram perante si se identificavam pelo grupo étnico e tinham a noção do grupo a que pertenciam amigos e vizinhos. Conclui afirmando que “os tutsis *eram vistos* como formando um grupo étnico distinto por aqueles que os identificavam como alvo a abater” (*Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (Case ITR-96-4-T), Judgment of Chamber I, 2 septembre 1998, par. 171 – itálicos nossos). Portanto, mais do que a constatação objetiva da existência de grupos étnicos diferentes, importou a percepção subjetiva da sua existência.

“estabelecer tal lista [dos grupos protegidos] foi concebido mais para descrever um único fenómeno [ao] invés de se referir a vários protótipos distintos de grupos humanos”¹³.

No caso em análise e segundo alegado pela Gâmbia, baseando-se *inter alia* em relatórios produzidos por investigações independentes de organismos da Organização Nações Unidas (ONU), em meados de outubro de 2016, o exército e forças de segurança do Mianmar iniciaram uma “operação de limpeza” contra os rohingyas, visando-os enquanto grupo¹⁴. De entre as fontes em que sustentavam a prática de genocídio de que acusavam Mianmar, pode referir-se uma declaração do Conselheiro Especial das Nações Unidas para a Prevenção do Genocídio, em que afirmou: “os muçulmanos rohingyas foram mortos, torturados, violados, queimados vivos e humilhados, unicamente por causa de quem são. Todas as informações que recebi indicam que a intenção dos perpetradores era limpar o norte do Estado de Rakhine de sua existência, possivelmente até mesmo destruir os rohingyas como tal, o que, se comprovado, constituiria o crime de genocídio”¹⁵.

Portanto, como bem afirma o referido Conselheiro Especial, se os elementos em questão forem provados estaremos face a crime de genocídio, atendendo a que se conjugam os *actus reu* do crime nos comportamentos referidos (homicídio, tortura, violação, o facto de serem queimados vivos e humilhação) e a *mens rea* (que exige que seja apurada a intencionalidade desses comportamentos). Atente-se em que, no caso do crime de genocídio, este último elemento tem de integrar um *dolus specialis*, uma intenção específica, pelo que se torna necessário que “o perpetrador do crime tenha claramente procurado provocar o resultado incriminado. Portanto, o dolo especial do crime de genocídio reside na ‘intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal’”¹⁶; assim, o indivíduo vítima do crime não é escolhido enquanto tal, mas em virtude da

¹³ Cf. Adrià FERRER-MONFORT, “Revisiting the Interpretation of the Protected Groups of the Genocide Convention in Light of the Rohingya Case”, *op. cit.*, p. 87.

¹⁴ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Application instituting proceedings..., *cit.*, par. 6.

¹⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Application instituting proceedings..., *cit.*, par. 9.

¹⁶ Maria de Assunção do Vale PEREIRA, “Crime de Genocídio” (comentário ao art. 6º), *op. cit.*, p. 130.

sua pertença a um dos tipos de grupos discriminados (rácico, étnico, nacional ou religioso). Sendo a intenção, em si mesma, um momento interior do processo de decisão, é impossível de determinar e, por maioria de razão, de provar – exceto no caso de confissão válida pelo autor –, a jurisprudência vem procedendo ao seu apuramento pela objetivação dessa intenção, que pode ser revelada a partir de diferentes elementos, nomeadamente atendendo ao facto de as vítimas serem escolhidas, deliberada e sistematicamente, em razão da sua pertença a um grupo particular.

E a verdade é que os factos que traduzem perseguição aos rohingyas, referidos nomeadamente nos relatórios emitidos pela *Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar* são de uma gravidade manifesta. Nesse sentido, pense-se que “as autoridades deixaram de emitir certidões de nascimento às crianças rohingya nos anos de 1990, sem que fosse dada qualquer razão oficial para esta alteração da política”, permitindo-se, sob certas circunstâncias, a emissão de um “certificado de prova de nascimento”, exigindo-se para isso o pagamento de um montante avultado¹⁷. E mesmo os registos feitos, eram-no em termos discriminatórios (por exemplo, surgiam numa lista de crianças ilegítimas, entre outras, as filhas de pais que não tiveram autorização oficial para casar)¹⁸. Por outro lado, o facto já referido de ter sido retirada nacionalidade aos rohingyas implicou a perda de um conjunto vasto de direitos. Ou seja, “[c]omo resultado de sua apatridia, a população rohingya não tem acesso à educação, emprego, saúde, propriedade ou sistema de justiça. Outras restrições à participação política, liberdade de movimento, casamento e parto estão em vigor, para não mencionar outras formas de opressão, como trabalho forçado, detenção arbitrária e extorsão”¹⁹, corporizando comportamentos enquadráveis em larga medida nos comportamentos previstos no artigo 2º da Convenção sobre o Genocídio.

Fundando-se nesses documentos, a Gâmbia alega que, desde 2016, as forças militares e de segurança do Mianmar iniciaram “operações de limpeza”

¹⁷ Human Rights Council, *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, A/HRC/39/CRP.2, 17 September 2008, pars. 463-465.

¹⁸ Human Rights Council, *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, *cit.*, par. 466.

¹⁹ Adrià FERRER-MONFORT, “Revisiting the Interpretation of the Protected Groups of the Genocide Convention in Light of the Rohingya Case”, *op. cit.*, p. 90.

generalizadas e sistemáticas – expressão que o próprio Mianmar usa – contra o grupo rohingya. Os atos genocidas cometidos durante essas operações visavam destruir os rohingyas como um grupo, no todo ou em parte, pelo uso de assassinatos em massa, violações e outras formas de violência sexual, bem como a destruição sistemática por fogo de suas aldeias, muitas vezes com moradores trancados dentro de casas em chamas. A partir de agosto de 2017, tais atos genocidas continuaram com a retomada de “operações de limpeza” de Mianmar numa escala geográfica mais massiva e mais ampla²⁰. Em consequência, “mais de 725.000 Rohingya tinham fugido para o Bangladesh em setembro de 2018”²¹.

2. Requerimento solicitando a indicação de medidas provisórias

Face à gravidade dos factos invocados (recorde-se que o genocídio é considerado “o crime dos crimes”²²), e atendendo à sua continuidade, a Gâmbia solicita a indicação de medidas provisórias por parte do Tribunal, com vista a que Mianmar tome medidas dirigidas a prevenir a continuação da prática de atos de genocídio; que assegure, em particular, que as unidades militares, paramilitares ou armadas irregulares que possam ser dirigidas ou apoiadas por ela, bem como quaisquer organizações e pessoas que possam estar sujeitas ao seu controle, direção ou influência, não cometam nenhum ato de genocídio, de conspiração para cometer genocídio, ou incitação direta e pública para cometer genocídio, ou de cumplicidade no genocídio; e que o mesmo Estado preserve e permita o acesso às provas dos factos alegados. É ainda solicitado ao Tribunal a indicação de medidas dirigidas tanto a Mianmar como à Gâmbia no sentido de não atuarem de modo a alargar ou agravar o diferendo; e que ambos os Estados comuniquem ao Conselho de Segurança as

²⁰ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Application instituting proceedings..., *cit.*, par. 6.

²¹ Human Rights Council, *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, *cit.*, par. 751.

²² Aliás, assim foi qualificado pelo Tribunal Penal Internacional para o Ruanda, no caso *Prosecutor v. Jean Kambanda* (Caso ITR-97-23-S, sentença da Câmara de Primeira Instância, de 4 de setembro de 1998, par. 16).

medidas adotadas para dar cumprimento às medidas provisórias que venham a ser decretadas pelo Tribunal²³.

3. Competência do Tribunal

Para se pronunciar no caso, o Tribunal tem de se certificar da sua competência – não da competência para determinar medidas provisórias, uma vez que “essa competência decorre, no caso do TIJ, do artigo 41º do seu próprio Estatuto, e insere-se na chamada competência incidental que não carece de consentimento para o seu exercício. Trata-se de um poder inerente, cujo exercício está regulado no Estatuto”²⁴ – para conhecer do caso, atendendo a que a jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça é uma jurisdição facultativa. Isto exige que o Tribunal verifique se ambas as partes no litígio aceitam a sua jurisdição; e, uma vez que essa aceitação pode assumir contornos muito variáveis, o Tribunal tem ainda de verificar se o diferendo objeto do litígio cabe no âmbito de aceitação da sua jurisdição por ambas as partes no mesmo.

Diga-se, no entanto, que nesta fase de indicação de medidas provisórias, e dada a urgência que a enforma, não é expectável uma verificação aprofundada da jurisdição do Tribunal, limitando-se este a verificar se *prima facie* considera ter essa jurisdição. Portanto, limita-se a uma “apreciação positiva da sua competência, partindo da análise perfunctória da aptidão de um determinado título para a fundar[,] bastando-se com a conclusão por uma competência possível”²⁵, o que o conduz a normalmente afirmar que títulos invocados pelo requerente se apresentam “como constituindo *prima facie* uma base sobre a qual a competência do Tribunal poderia ser fundada”²⁶.

²³ Ou seja, praticamente todas as finalidades visadas com a indicação das medidas provisórias são abrangidas pelas que foram solicitadas pela Gâmbia. Acerca dessas finalidades, veja-se Maria de Assunção do Vale PEREIRA, *As Medidas Provisórias na Jurisprudência Recente do Tribunal Internacional de Justiça*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 75-76.

²⁴ Cf. Maria de Assunção do Vale PEREIRA, *As Medidas Provisórias na Jurisprudência Recente do Tribunal Internacional de Justiça*, op. cit., pp. 39-53.

²⁵ Maria de Assunção do Vale PEREIRA, *As Medidas Provisórias na Jurisprudência Recente do Tribunal Internacional de Justiça*, op. cit., p. 84.

²⁶ Apesar disso, diga-se que o Tribunal verifica com cuidado essa sua competência *prima facie*, pelo que, em toda a sua jurisprudência, houve um único caso (caso *Anglo Iranian Oil Co*) em que decretou medidas provisórias e depois veio a considerar não ser competência para conhecer do caso.

No caso em apreço, a Gâmbia apresentou, como título fundador da jurisdição do Tribunal a cláusula compromissória subscrita por ambas as partes, constituída pelo artigo 9º da Convenção, que determina: “Os diferendos entre as Partes Contratantes relativos à interpretação, aplicação ou execução da presente Convenção, incluindo os diferendos relativos à responsabilidade de um Estado em matéria de genocídio ou de qualquer dos atos enumerados no artigo 3º, serão submetidos ao Tribunal Internacional de Justiça, a pedido de uma das partes do diferendo”. Sendo ambos os Estados partes na Convenção e, não tendo qualquer deles apresentado reserva a esta disposição, estavam por ela vinculados.

Mianmar tentou contestar a jurisdição, sustentando, por um lado, que a Gâmbia estaria a atuar como ‘procurador’ de outrem, nomeadamente da Organisation of Islamic Cooperation (OIC), tendo o Tribunal respondido que “o demandante institui o processo em seu nome e sustenta que mantém um diferendo com Mianmar sobre os sus próprios direitos nos termos da Convenção”, sendo certo que o facto de “ter o apoio de outros Estados ou organizações internacionais [não] exclui a existência entre as Partes de uma controvérsia relativa à Convenção sobre o Genocídio”²⁷. Por outro lado, alegou a inexistência de um diferendo entre as partes. A este propósito, o Tribunal recordou toda a documentação junta ao processo e explicou que, nesta fase, não tem de concluir pela verificação de comportamentos constitutivos de genocídio, mas apenas constatar se alguns dos atos invocados podem ser enquadrados nas disposições da Convenção sobre o Genocídio. E entende que, pelo menos alguns dos atos alegados pela Gâmbia podem ser aí enquadrados.

Face ao afirmado, “o Tribunal conclui que tem jurisdição *prima facie*, nos termos do artigo 9º da Convenção sobre o Genocídio, para apreciar o caso”²⁸, afirmação que parece de um teor bem mais assertivo do que a tradicionalmente usada, que deixamos referida, mas que pode justificar-se quanto à clareza da cláusula compromissória para abranger os factos a analisar bem como à incontestada vinculação à mesma de ambas as partes.

²⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Order on Request for the indication of provisional measures, 23 January 2020, par. 25.

²⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Order on Request for the indication..., *cit.*, par. 37.

4. Verificação de pressupostos necessários para a indicação de medidas provisórias

Para que o Tribunal possa determinar medidas provisórias é necessário, uma vez apurada a sua competência *prima facie*, que alguns pressupostos se verifiquem, a saber: a relação necessária com o processo principal, o risco de prejuízo irreparável e a urgência²⁹.

Sumariamente, podemos dizer, quanto ao primeiro dos pressupostos referidos, que se traduz na regra de que não podem ser decretadas as medidas provisórias relativamente a matérias que não sejam objeto do diferendo principal, como aliás decorre do facto de o artigo 41º do Estatuto do TIJ, que transcrevermos *supra*, determinar que o Tribunal pode indicar medidas provisórias “para preservar os direitos de cada parte”; e obviamente a referência é às partes no litígio principal; ou seja, “[a] faculdade do Tribunal de indicar medidas provisórias nos termos do artigo 41 do Estatuto tem por objeto a preservação dos respetivos direitos reivindicados pelas partes num caso, enquanto se aguarda a decisão sobre o mérito do mesmo”³⁰. Mas como explicitado pelo TIJ, nesta fase não há se pronunciar pela verificação efetiva dos direitos invocados pelo demandante, mas apenas se os mesmos são plausíveis, “devendo existir uma ligação entre os direitos cuja proteção é solicitada e as medidas provisórias que são requeridas”³¹.

A este propósito, o Tribunal conclui, com base na documentação apresentada, que “os rohingyas em Mianmar parecem constituir um grupo protegido na aceção do artigo 2º da Convenção sobre Genocídio”; entende também que “as três primeiras medidas provisórias solicitadas pela Gâmbia visam preservar os direitos que reivindica com base na Convenção sobre o Genocídio[,] ou seja, o direito do grupo rohingya em Mianmar e de seus membros de serem protegidos de atos de genocídio e outros atos mencionados no art. 3º, e o direito da Gâmbia de fazer com que Mianmar cumpra suas

²⁹ Maria de Assunção do Vale PEREIRA, *As Medidas Provisórias na Jurisprudência Recente do Tribunal Internacional de Justiça*, *op. cit.*, pp. 139 ss.

³⁰ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Order on Request for the indication.... *cit.*, par. 43.

³¹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Order on Request for the indication.... *cit.*, par. 44.

obrigações nos termos da Convenção”. Quanto às quarta e quinta medidas solicitadas visam prevenir qualquer ação que possa agravar ou ampliar a controvérsia existente ou torná-la mais difícil de resolver e fornecer informações sobre o cumprimento pelas Partes de qualquer medida provisória específica indicada pelo Tribunal. Conclui, portanto, que “existe uma ligação entre os direitos reivindicados e algumas das medidas provisórias solicitadas pela Gâmbia”³².

Quanto aos outros dois requisitos, o Tribunal abordou-os conjuntamente porque efetivamente se revelam “duas faces da mesma moeda”, uma vez que é o risco de um prejuízo irreparável que dita a urgência da indicação das medidas; e estas são determinadas com urgência para evitar a concretização de um prejuízo irreparável.

Quanto a este aspeto, o Tribunal, com base na análise que faz dos documentos apresentados (resoluções da AG e Relatórios da Missão de *Fact Finding*), conclui pelo direito do grupo rohingya em Mianmar e dos seus membros de serem protegidos contra assassinatos e outros atos que ameacem sua existência como um grupo, são de tal natureza que o prejuízo aos mesmos é suscetível de causar danos irreparáveis”, pelo que considera que existe “um risco efetivo e iminente de prejuízo irreparável aos direitos protegidos pela Convenção”, pelo que conclui pela verificação dos requisitos em causa³³.

Estando os requisitos em causa reunidos, o Tribunal decreta, por unanimidade, as medidas provisórias solicitadas pela Gâmbia³⁴.

5. A questão da admissibilidade

Tendo o Tribunal concluído pela sua competência *prima facie* para conhecer do caso e emitido despacho determinando, a 23 de janeiro de 2020, as medidas provisórias que deveriam ser adotadas, Mianmar veio suscitar

³² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Order on Request for the indication.... *cit.*, pars. 52, 61-63. Recorde-se que, nos termos do referido artigo 3º da Convenção, “[s]erão punidos os seguintes atos: a) O genocídio; b) O acordo com vista a cometer genocídio; c) O incitamento, direto e público, ao genocídio; d) A tentativa de genocídio; e) A cumplicidade no genocídio”.

³³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Order on Request for the indication.... *cit.*, pars. 70, 74 e 75.

³⁴ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Order on Request for the indication.... *cit.*, par. 86.

questões relativas à admissibilidade do mesmo (já, de algum modo, abordadas normas fase de indicação de medidas provisórias) num extenso documento, apresentado a 20 de janeiro de 2021. Sobre estas questões, o Tribunal pronunciou-se por sentença de 22 de julho do corrente ano de 2022.

As objeções à admissibilidade do caso, invocadas por Mianmar, foram quatro, a saber: pela primeira, insista na falta de jurisdição do Tribunal, suscitando, em alternativa, a inadmissibilidade da petição, considerando que o real demandante no caso era a Organização de Cooperação Islâmica (ou seja, uma vez mais, a ideia de que a Gâmbia estaria a atuar como uma espécie de “procurador”); pela segunda, era alegada a inadmissibilidade do caso em razão de a Gâmbia não ter legitimidade para apresentar o caso perante o Tribunal nos termos do artigo 9º da Convenção sobre o Genocídio; pela terceira, sustentava-se que Gâmbia não podia submeter o caso ao Tribunal, atendendo à reserva feita por Mianmar ao artigo 8º da Convenção sobre o Genocídio; finalmente, a quarta objeção era, tal como a primeira, afirmada em alternativa à falta de jurisdição do Tribunal, e prendia-se com facto de não existir qualquer diferendo entre a Gâmbia e o Mianmar à data da interposição do processo.

Vamos, em termos breves, analisar a sentença do Tribunal sobre estas questões.

5.1. A Gâmbia não seria o real demandante no caso

Seguindo o que já invocara na fase das medidas provisórias, Mianmar sustenta que, neste caso, o processo foi submetido pela Gâmbia “como presidente de um Comité Ad Hoc da OIC, ou seja, na qualidade da Gâmbia como órgão da OIC, ou alternativamente como “*proxy*” (ou agente) da OIC, e não na sua qualidade de Parte Contratante da Convenção sobre o Genocídio”³⁵. Sendo assim, o Tribunal não teria jurisdição sobre o caso, atendendo a que, nos termos do artigo 34º do seu Estatuto, “[s]ó os Estados poderão ser partes em causas perante o Tribunal”; e o mesmo resulta do seu artigo 36º daquele

³⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Preliminary objections of the Republic of the Union of Myanmar, 20 January 2021, par. 34.

documento. Assim sendo, “o Tribunal não tem jurisdição para apreciar um caso que lhe seja submetido por uma organização internacional”³⁶.

Reiterando o que afirmara na fase de indicação de medidas provisórias a respeito da sua jurisdição sobre o caso, o Tribunal sustenta, quanto ao facto de Mianmar estar a agir em nome de outrem (no caso, a OIC), que “isso pode ser caracterizado como um abuso de processo por parte do Estado requerente nominal que visa facilitar a fuga aos limites da jurisdição do Tribunal”, acrescentando que, para além deste argumento, a inadmissibilidade do pedido da Gâmbia decorria, ainda, de a sua atuação pôr em causa a integridade do Tribunal enquanto instituição e o princípio do consentimento das partes como base da sua jurisdição³⁷.

Sendo certo que a Gâmbia recusa tal alegação, o Tribunal faz notar que os esforços deste Estado foram bem recebidos pela comunidade internacional e que o despacho de indicação de medidas provisórias fora também bem acolhido quer pelo Secretário-Geral, quer pela Assembleia Geral³⁸. Sublinhando ainda que só em circunstâncias excepcionais aceitou a alegação de abuso de processo, havendo um título válido para a sua jurisdição, conclui que “o Requerente neste processo é a Gâmbia, Estado Parte no Estatuto do Tribunal e Parte na Convenção sobre Genocídio, que confere ao Tribunal jurisdição sobre disputas entre as Partes Contratantes relativas à interpretação, aplicação ou cumprimento da Convenção”³⁹. Em consonância, o Tribunal rejeita esta causa de inadmissibilidade invocada por Mianmar⁴⁰.

³⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Preliminary objections, *cit.*, par. 35.

³⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment on Preliminary objections, 22 July 2022, par. 47.

³⁸ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 48.

³⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 49.

⁴⁰ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 50.

5.2. Da não existência de um diferendo entre a Gâmbia e o Myanmar

Como referimos, foi esta uma outra objeção formulada pelo Myanmar.

A este propósito, o Tribunal socorre-se da sua jurisprudência anterior, desde logo para referir a já clássica noção de diferendo apurada pelo seu antecessor – o Tribunal Permanente de Justiça Internacional – em 1924, no caso que ficou conhecido como *Mavrommatis*, segundo a qual um diferendo é “um desacordo sobre uma questão de direito ou de facto, uma oposição de teses ou de interesses” entre as partes⁴¹; e também para sustentar que a data relevante para determinar a existência do diferendo é, regra geral, a data em que o processo foi submetido ao Tribunal, embora a conduta subsequente das partes possa ser relevantes para diferentes fins, nomeadamente para confirmar a existência do diferendo, sublinhado que, para apurar estes aspetos, deverá atender a quaisquer declarações ou documentos trocados entre as partes, assim como emitidos em contextos multilaterais, devendo prestar particular atenção ao autor da declaração ou documento, ao seu destinatário real ou pretendido e ao seu conteúdo⁴².

E a verdade é que a Gâmbia tinha invocado vários documentos para sustentar a existência do diferendo com Myanmar, mas este Estado recusava-os como prova da existência de um diferendo entre as Partes. De todos os documentos referidos pela Gâmbia, o Tribunal considerou que “há quatro declarações relevantes feitas pelos representantes das Partes perante a Assembleia Geral das Nações Unidas, em setembro de 2018 e em setembro de 2019. Estas declarações foram feitas no decurso dos debates gerais de 2018 e 2019 da Assembleia, que tiveram lugar nas semanas que se seguiram à publicação de dois relatórios pela Missão de Apuramentos de Factos [Fact-Finding Mission] em Myanmar estabelecida pelo Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas, a 12 de setembro de 2018 e a 8 de agosto de 2019, respetivamente. Também relevante para a determinação da existência de um diferendo é a

⁴¹ *Affaires des Concessions Mavrommatis en Palestine*, Arrêt du 30 août 1924 (Exception d'incompétence), C.P.J.I., *Série A*, No. 2, p. 11.

⁴² Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 50.

Note Verbale que a Gâmbia enviou à Missão Permanente de Mianmar nas Nações Unidas a 11 de outubro de 2019⁴³.

A contestação, por parte de Mianmar, da existência de diferendo com a Gâmbia baseava-se no facto de que, segundo argumentava, para que um diferendo existisse era necessário que a reclamação feita pelo Estado demandante contivesse um grau mínimo de particularidades que permitisse ao Estado demandado conhecer os factos que alegadamente constituíam violações do direito internacional, bem como a referência das normas internacionais que cria terem sido violadas, uma vez que “a reclamação deve ser jurídica e não política”; além disso, sustenta que a existência de um diferendo no momento da apresentação do pedido exige “mútuo conhecimento” dos pontos de vista opostos das partes⁴⁴. E eram estes os requisitos que Mianmar considerava não estarem preenchidos, alegando que as declarações proferidas na AG, assim como a *Note Verbale* enviada pela Gâmbia não eram suficientemente concretizadas, no sentido de que nelas não eram especificamente articuladas as reivindicações jurídicas da Gâmbia.

Ao apreciar a argumentação de Mianmar, o Tribunal explica que o requisito do “mútuo conhecimento” (“*mutual awareness*”) das posições das partes não exige que o demandado se oponha expressamente às pretensões do demandante. Se assim fosse, pelo silêncio do demandado, este poderia impedir a existência de um diferendo, pelo que “o Tribunal considera que, caso o demandado não tenha respondido aos pedidos do demandante, pode deduzir-se deste silêncio, em determinadas circunstâncias, que rejeita esses pedidos e que, portanto, existe um litígio no momento da submissão”⁴⁵ do caso.

Em relação à alegada falta de especificação das declarações da Gâmbia perante a AG, e nomeadamente à não invocação da Convenção sobre o Genocídio, o Tribunal invoca a sua jurisprudência anterior, recordando que, tal como afirmara no caso que opôs a Geórgia à Federação Russa, “embora não seja necessário que um Estado se referira expressamente a um tratado

⁴³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 65.

⁴⁴ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 52.

⁴⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 71.

específico nas suas trocas de informações com o outro Estado para poder invocar posteriormente esse instrumento perante o Tribunal [as] trocas devem referir-se ao objeto do tratado com clareza suficiente para permitir que o Estado contra o qual a reclamação é feita identificar que existe, ou pode haver, uma controvérsia em relação a esse objeto⁴⁶.

E o Tribunal refere que as declarações da Gâmbia dos meses de setembro de 2018 e de 2019 foram feitas após a publicação dos relatórios da Missão de *Fact-Finding*, sendo certo que, no primeiro, se falava de crimes cuja natureza, gravidade e alcance eram similares a outros verificados que tinham permitido estabelecer intenção genocida noutros contextos; e que o segundo referia especificamente a responsabilidade de Mianmar nos termos da Convenção sobre o Genocídio, além de que nele se saúda a Gâmbia (e também o Bangladesh) pelo seu empenho em instaurar um processo contra Mianmar perante o Tribunal ao abrigo da Convenção⁴⁷, pelo que o Tribunal conclui que Mianmar não podia ignorar o que se invocava, além de que, ao rejeitar as conclusões dos referidos Relatórios, este Estado demonstrou opor-se “a quaisquer alegações de genocídio cometidas por suas forças de segurança contra as comunidades rohingyas em Mianmar, bem como às alegações da sua responsabilidade à luz da Convenção sobre o Genocídio pela prática de atos de genocídio, atendendo a que essas alegações constavam nos dois relatórios e foram publicamente aceitas pela Gâmbia⁴⁸. E analisando em termos idênticos os demais documentos em causa, o Tribunal “conclui que existia uma disputa relacionada com a interpretação, aplicação e cumprimento da

⁴⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 72, remetendo para *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 85, para. 30).

⁴⁷ Efetivamente, no par. 107 desse Relatório pode ler-se: “A missão felicita as iniciativas adotadas por alguns Estados, em particular Bangladesh e Gâmbia, e a Organização de Cooperaç *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 7ão Islâmica para encorajar e iniciar os processos contra Mianmar no Tribunal Internacional de Justiça, em virtude da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio” (*Report of the independent international fact-finding mission on Myanmar*, A/HRC/42/50, 8 August 2019, par. 107). Recorde-se que as perseguições aos rohingyas geraram enormes vagas de refugiados, estando no Bangladesh mais de um milhão, como decorre do par. 91 deste Relatório.

⁴⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 72.

Convenção sobre o Genocídio entre as Partes no momento da apresentação da petição pela Gâmbia, a 11 de novembro de 2019⁴⁹.

5.3. A reserva ao artigo 8º da Convenção sobre o Genocídio

Como referimos, a terceira objeção preliminar formulada por Mianmar, que deveria, em seu entender, levar a que o Tribunal considerasse o caso inadmissível decorria da reserva aposta por esse Estado ao artigo 8º da Convenção sobre o Genocídio. A disposição em causa reza assim: “As Partes Contratantes podem recorrer aos órgãos competentes da Organização das Nações Unidas (ONU) para que estes, de acordo com a Carta das Nações Unidas (CNU), tomem as medidas que julguem apropriadas para a prevenção e repressão dos atos de genocídio ou dos outros atos enumerados no artigo 3º”.

Segundo a interpretação feita por Mianmar, a referência “aos órgãos competentes da Organização das Nações Unidas” incluía o Tribunal Internacional de Justiça, uma vez que os órgãos eram referidos sem qualquer limitação. Aliás, segundo argumenta, a inclusão do recurso ao TIJ nesta disposição faz todo o sentido, uma vez que a Carta das Nações Unidas já permite a submissão de uma matéria aos órgãos políticos, ou seja, AG e Conselho de Segurança. No seu entender, o artigo 8º destina-se a reger a ação judicial do Tribunal, enquanto o artigo 9º rege apenas a jurisdição do Tribunal. Assim, se formulou uma reserva ao artigo 8º, o Tribunal não poderia ter sido validamente chamado a pronunciar-se, considerando que qualquer interpretação diferente deixaria a sua reserva sem conteúdo jurídico⁵⁰.

A Gâmbia contesta este entendimento, considerando que o artigo 8º não se aplica à atuação do Tribunal, uma vez que se refere a órgãos competentes da ONU com capacidade para atuarem de acordo com o que entenderem adequado, o que apela a uma discricionariedade mais adequada aos órgãos políticos. São três os argumentos invocados pelo Estado demandante para recusar a interpretação do artigo 8º sustentada por Mianmar: 1) desta disposição resulta que o envolvimento dos órgãos políticos da ONU não é travado

⁴⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Judgment...*, *cit.*, par. 77.

⁵⁰ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Judgment...*, *cit.*, pars. 80-82.

pela ideia de domínio reservados dos Estados, afirmada no artigo 2º, nº 7, da CNU; 2) o artigo 8º permite que as Partes Contratantes que não são Estados Membros das Nações Unidas convoquem os órgãos políticos da Organização para que tomem medidas, mesmo contra Estados que não são Partes Contratantes; 3) ao contrário do artigo 9º, o artigo 8º permite às Partes Contratantes solicitar aos órgãos competentes que tomem medidas mesmo sem que uma disputa tenha se cristalizado nos termos do direito internacional ou contra atores não estatais⁵¹.

Também esta objeção é rejeitada pelo Tribunal. Para tanto, socorre-se das regras de interpretação dos tratados plasmadas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados, de 1969. Nesse sentido, considera que, atendendo ao “sentido comum a atribuir aos termos” (como se lê no nº 1 do artigo 31º desta Convenção), a referência aos órgãos competentes da ONU poderia incluir o TIJ; todavia, esses termos devem ser interpretados no conjunto da disposição, e o facto de a mesma se referir à possibilidade de esses órgãos decidirem discricionariamente as ações que consideram adequadas para a “prevenção e repressão dos atos de genocídio ou de qualquer dos demais atos enumerados no art. 3º” remete para órgãos com funções diferentes das do Tribunal a quem cabe “decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe são submetidas”, como afirmado no artigo 38º, nº 1, do seu Estatuto (para além de poder emitir pareceres jurídicos, nos termos do artigo 96º da CNU e artigos 65º e seguintes daquele documento). Assim, cita uma sua decisão anterior em que afirmara que “o art. 8º pode ser visto como abordando a prevenção e repressão do genocídio “ao nível político e não como uma questão de responsabilidade jurídica”⁵².

Ainda tendo em conta as regras de interpretação, os termos do artigo 8º devem ser interpretados “no seu contexto”, onde se inclui o “texto, preâmbulo e anexos” que a convenção em causa possa comportar⁵³. Nessa interpretação sistemática, o Tribunal entende particularmente relevante anteder à articulação

⁵¹ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 85.

⁵² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 88, citando *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I), p. 109, para. 159).

⁵³ Veja-se artigo 31º, nº 1, e corpo do nº 2 da referida Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados.

entre os artigos 8º e 9º da Convenção sobre o Genocídio, que considera terem áreas de aplicação distintas, definindo o artigo 9º as condições para o recurso ao TIJ no âmbito de uma controvérsia entre as Partes Contratantes; e permitindo o artigo 8º a qualquer Parte Contratante apelar a outros órgãos competentes das Nações Unidas, mesmo na ausência de um diferendo com outra Parte Contratante⁵⁴.

5.4. A falta de legitimidade da Gâmbia para levar o caso ao Tribunal

Apesar de esta ter sido a segunda causa de inadmissibilidade invocada por Mianmar, o Tribunal optou por abordá-la em último lugar.

Segundo sustentado pelo Estado demandado, a falta de legitimidade da Gâmbia para litigar perante o Tribunal decorria do seu entendimento de só os “Estados lesados”, ou seja, os Estados “afetados adversamente por um ato internacionalmente ilícito” têm legitimidade para demandar o Tribunal. Ora, não sendo a Gâmbia um Estado especialmente afetado pelos alegados ilícitos imputáveis a Mianmar nem tendo demonstrado um interesse jurídico individual, não teria legitimidade para levar o caso ao Tribunal, nos termos do artigo 9º da Convenção sobre o Genocídio. No seu entender, deve distinguir-se entre o direito de invocar a responsabilidade à luz do direito internacional geral e o direito de invocar essa responsabilidade perante o Tribunal; isto porque, segundo alega, é diferente o interesse comum na realização dos objetivos da Convenção sobre o Genocídio e um bem jurídico individual do Estado. Só quando este último está em causa poderia haver lugar à submissão do diferendo ao Tribunal por um Estado “especialmente afetados” por um ato internacionalmente ilícito⁵⁵.

Além disso, à luz do artigo 6º da Convenção, só é afirmada uma obrigação de exercer jurisdição territorial, não prevendo qualquer forma de

⁵⁴ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 86.

⁵⁵ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 94.

imposição por outros Estados partes⁵⁶. E considera que esta interpretação é a mais compatível com o texto do artigo 9º, que refere “os diferendos” e não *quaisquer* diferendos; e esses diferendos são “entre as partes contratantes” (divergindo da redação do artigo anterior, na versão inglesa, que se refere a “[a]ny Contracting Party”), devendo ser submetidos ao TIJ “a pedido de uma das partes do diferendo”, o que, segundo sustenta, implicava uma referência aos Estados especialmente afetados pelas alegadas violações da Convenção⁵⁷.

Argumenta depois com base na regra da nacionalidade das queixas, prevista no artigo 44º, *a*), dos Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Factos Internacionalmente Ilícitos, da autoria da Comissão de Direito Internacional, que, no seu entender “se aplica à invocação de responsabilidade por ambos os Estados “lesados” e “não lesados” e independentemente de a obrigação violada ser uma obrigação *erga omnes partes* ou *erga omnes*”. Não sendo os membros do grupo rohingya nacionais da Gâmbia, este Estado não tinha legitimidade para invocar a responsabilidade de Mianmar. Aliás, este raciocínio conduz a que considere que o Bangladesh seria mais adequado a apresentar o caso ao Tribunal por ser um estado especialmente afetado pelos alegados ilícitos imputáveis a Mianmar, uma vez que um elevado número de rohingyas tinha fugido para o seu território, embora não tenha base para o fazer pois apresentou reserva ao artigo 9º⁵⁸.

Todos estes argumentos são, obviamente, rejeitados pormenorizadamente pela Gâmbia. E o Tribunal, ao decidir, afirma não necessitar explicitar o sentido dos diferentes termos usados pelas partes, e apela à sua pronúncia no Parecer relativo às Reservas à Convenção sobre o Genocídio, que considera suficiente para esclarecer as relações entre os Estados partes na Convenção. Então afirmara: “Nessa convenção, os Estados contratantes não têm interesses próprios; eles têm apenas, todos e cada um, um interesse comum, a saber,

⁵⁶ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 95. Recorde-se que a disposição em causa prevê: “As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo 3º serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território o ato foi cometido ou pelo tribunal criminal internacional que tiver competência quanto às Partes Contratantes que tenham reconhecido a sua jurisdição”.

⁵⁷ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, pars. 96-97.

⁵⁸ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, pars. 98-99.

a realização daqueles altos propósitos que são a razão de ser da convenção. Consequentemente, numa convenção deste tipo não se pode falar de vantagens ou desvantagens individuais para os Estados, ou da manutenção de um perfeito equilíbrio contratual entre direitos e deveres. Os altos ideais que inspiraram a Convenção fornecem, em virtude da vontade comum das partes, o fundamento e a medida de todas as suas disposições”⁵⁹.

Rejeitando claramente a distinção proposta por Mianmar entre Estados espacialmente lesados e os demais Estados partes, o Tribunal afirma: “O interesse comum no cumprimento das obrigações pertinentes nos termos da Convenção sobre o Genocídio implica que qualquer Estado Parte, indistintamente, tem o direito de invocar a responsabilidade de outro Estado Parte por uma alegada violação de suas obrigações *erga omnes partes*. A responsabilidade por uma alegada violação das obrigações *erga omnes partes* da Convenção sobre o Genocídio pode ser invocada através da instauração de um processo perante o Tribunal, independentemente da demonstração de interesse especial. Se um interesse especial fosse exigido para esse fim, em muitas situações nenhum Estado estaria em condições de fazer uma reclamação. Por essas razões, a suposta distinção, feita por Mianmar entre o direito de invocar a responsabilidade nos termos da Convenção do Genocídio e a legitimidade para apresentar uma reclamação para esse fim perante o Tribunal não tem base jurídica”⁶⁰. E, a propósito, sublinha a diferença entre a legitimidade para exercer a proteção diplomática e para submeter um caso ao TIJ, sendo que, no primeiro caso, é o Estado da nacionalidade da pessoa que sofreu os danos que pode agir, enquanto no segundo, e em relação à Convenção sobre o Genocídio, essa legitimidade decorre do interesse de todos os Estados Partes no cumprimento dessas obrigações nela palmadas⁶¹.

O Tribunal esclarece ainda o sentido da expressão que afirma que um caso pode ser levado ao Tribunal “a pedido de uma das partes do diferendo”, afastando a interpretação torpe proposta por Mianmar, sustentando que

⁵⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Judgment..., *cit.*, par. 100, citando *Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, I.C.J. Reports 1951*, p. 23.

⁶⁰ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Judgment..., *cit.*, par. 108.

⁶¹ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Judgment..., *cit.*, par. 109.

apenas esclarece que o Estado que submete o caso tem de ser parte no diferendo em causa, sendo abusivo retirar dessa expressão que o mesmo tem de ter sido “especialmente afetado” pela violação alegada⁶². Portanto, também esta alegação de inadmissibilidade do caso foi rejeitada.

Em consequência, o Tribunal declarou o caso admissível por 15 votos a favor e um único voto contra, do juiz Xue⁶³.

6. O entendimento do TIJ quanto à possibilidade de um Estado cometer genocídio ainda que nenhum indivíduo tenha sido julgado por esse crime

Recorde-se que, no caso relativo à aplicação da Convenção sobre o Genocídio, opôs a Bósnia-Herzegovina à Sérvia e Montenegro, tinha sido suscitada a questão de saber se um Estado poderia ser condenado pela prática de genocídio sem ter havido ainda a condenação de qualquer indivíduo por esse crime, ao que o Tribunal respondera que se algum dos atos proibidos pelo artigo 3º da Convenção sobre o Genocídio fosse cometido por um órgão ou uma pessoa em termos de ser imputável ao Estado, este seria responsável⁶⁴. No caso em análise, e apesar ainda não estarmos perante a sentença sobre o fundo da questão, o Tribunal parece orientar-se – e bem, a nosso ver – no mesmo sentido.

Esta questão decorre de, a nível internacional, a jurisdição criminal estar afirmada em relação aos indivíduos, embora possa recordar-se que o Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado por Factos Internacionalmente Ilícitos chegou a conter uma disposição em que a ilicitude era graduada levando à distinção entre crimes (entendido como “um facto internacionalmente ilícito

⁶² Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Judgment..., *cit.*, par. 112.

⁶³ Este número de 16 juízes decorre do falecimento, verificado a 29 de maio de 2022, do juiz brasileiro Cançado Trindade. Sendo o Tribunal constituído por 15 juízes, de acordo com o artigo 3º, nº 1, do seu Estatuto e tendo cada uma das Partes designado um juiz *ad hoc* (a Gâmbia indicou Navanethem Pillay e o Mianmar indicou Claus Kress), como é permitido nos termos do artigo 31º do mesmo documento, o número de juízes seria de 17, como aliás aconteceu nem relação ao despacho que determinou as medidas provisórias, pelo que apenas o infortúnio referido explica que só 16 juízes tenham intervindo na sentença.

⁶⁴ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, par. 179.

que resulte da violação, por um Estado, de uma obrigação internacional tão essencial para a proteção de interesses fundamentais da comunidade internacional no seu conjunto que a sua violação seja reconhecida como crime por esse comunidade internacional no seu conjunto” e delitos, enunciando-se, como exemplo dos primeiros, o genocídio⁶⁵. Só a feroz oposição dos Estados impediu a sua consagração.

De todo o modo, se, nos termos do artigo 1º da Convenção sobre o Genocídio, os Estados se comprometem a prevenir e a punir esse crime, não parece haver dúvidas acerca da sua responsabilidade por esse crime se não cumprem essa obrigação. Aliás, como bem explicou o Tribunal naquele outro caso referido, um entendimento diferente poderia conduzir à não existência de recurso jurídico disponível por violação da Convenção em circunstâncias facilmente concebíveis, como aconteceria se o genocídio fosse cometido num Estado pelos seus líderes, que não foram levados julgamento porque controlavam os poderes nesse Estado, incluindo a polícia, o Ministério Público e os tribunais, não havendo qualquer tribunal internacional penal em condições de exercer jurisdição sobre os alegados criminosos⁶⁶.

Creemos, portanto, que o TIJ se orienta no bom sentido a este propósito, havendo, todavia, que aguardar pelo julgamento sobre o mérito.

⁶⁵ Acerca desta questão, veja-se Joaquim da Silva CUNHA e Maria de Assunção do Vale PEREIRA, *Manual de Direito Internacional Público*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2004, pp 732-738.

⁶⁶ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, *cit.*, par. 182.