

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Mônica Aparecida Canato**

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE  
NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL**

**Porto Alegre**

**2009**

Mônica Aparecida Canato

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE  
NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do título de doutor em direito, Programa de Pós-Graduação em Direito – Área de Concentração: Direito do Estado e Teoria do Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Martha Lucía  
Olivar Jimenez

Porto Alegre

2009

C213p Canato, Mônica Aparecida.

O princípio da legalidade no direito penal internacional / Mônica Aparecida Canato. – Porto Alegre: UFRGS, 2009.  
401f.

Tese (doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2009.

1. Direito penal internacional. 2. Direito internacional público. 3. Tribunais internacionais penais. 4. Princípios penais. I. Título. II. Olivar Jimenez, Martha L., orientadora.

CDU 341.4

## DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, a Coordenação do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e a Orientadora, de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Porto Alegre, setembro de 2009.

**Mônica Aparecida Canato**  
**Doutoranda em Direito**

## RESUMO

CANATO, M. A. **O Princípio da Legalidade no Direito Penal Internacional**. 2009. 270f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

O princípio da legalidade penal surge nos sistemas penais nacionais, em especial nos sistemas de *common* e *civil law*, histórica e doutrinariamente de formas bastante diferenciadas, consubstanciando-se em inúmeras garantias de que vão ganhando o *status* de princípios gerais de direito penal. O princípio e as demais garantias se internacionalizam e surgem como padrão nos direitos humanos internacionais e no direito humanitário internacional. Aparecem na prática internacional nos tribunais militares internacionais de Nuremberg e Tóquio, nos tribunais internacionais de direitos humanos, nos tribunais penais internacionais *ad hoc*, para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, sendo finalmente consagrados no Tratado de Roma, constitutivo do Tribunal Penal Internacional. Através dos parâmetros estabelecidos histórica e doutrinariamente, conforme a origem e fundamentação do princípio nos sistemas nacionais, passamos a examinar a migração do princípio da legalidade e conseqüências ao direito penal internacional: o nascimento do *ius puniendi* e as limitações impostas à jurisdição penal, bem como à prática dos tribunais penais internacionais. Os tribunais são analisados quanto à sua constituição, jurisdição e poderes, fontes, princípios de direito penal e casos exemplificando os fatores de instabilidade dos princípios e sua evolução. Concluímos que o princípio da legalidade e os princípios correlatos se comportam diferentemente nas jurisdições penais internacionais porque inseridos na lógica própria do direito internacional público e sujeitos a fatores peculiares a este sistema jurídico.

Palavras-chave: Direito penal internacional. Direito internacional público. Tribunais penais internacionais. Princípios penais.

## ABSTRACT

CANATO, M. A. **The Principle of Legality in International Criminal Law.** 2009. 270p. Thesis (Doctoral) – Law School, Federal University of Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

The principle of criminal legality arises in national criminal law systems, especially common law and civil law systems, which are historically and doctrinally quite different, consolidating countless guarantees that evolve into general criminal law principles. Such principle and other guarantees become international and emerge as standards in international human rights and international humanitarian rights. They appear in the international practice in international military courts, in Nuremberg and Tokyo, in international human rights courts, in ad hoc international criminal courts, for the former Yugoslavia and Rwanda, being finally consolidated in the Treaty of Rome, which belongs to the International Criminal Court. By means of historically and doctrinally established parameters, according to the origin and substantiation of the principle on national systems, we begin to examine the migration of the legality principle and consequences thereof to international criminal law: the emergence of the punitive claim and the constraints imposed on criminal jurisdiction, as well as the practice of international criminal laws. The courts are analyzed in terms of their constitution, jurisdiction and powers, sources, principles and cases of criminal law, providing examples of the principles' unstableness factors and their evolution. We conclude that the principle of legality and associated principles behave differently in international criminal jurisdictions because they are inserted in public international law's own logic and therefore subject to factors peculiar to this legal system.

Keywords: International criminal law. Public international law. International criminal courts. Criminal law principles.

## RÉSUMÉ

CANATO, M. A. **Le principe de la légalité en droit pénal international**. 2009. 270f. Thèse (doctorat) – Faculté de Droit, Université Fédérale de l'état du Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brésil, 2009.

Le principe de la légalité pénale surgit dans les systèmes pénaux nationaux, plus particulièrement dans les systèmes de *common* et *civil law*, de manière historique et doctrinaire, mais de façons assez différentes, puisqu'il consiste en d'innombrables garanties qui acquièrent le statut de principes généraux de droit pénal. En s'internationalisant, ce principe et ces garanties surgissent comme des normes dans les droits de l'homme internationaux et dans le droit international humanitaire. Ils se retrouvent dans la pratique internationale des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, dans les cours internationales des droits de l'homme, dans les tribunaux pénaux internationaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, avant d'être finalement consacrés par le Traité de Rome, qui crée la Cour pénale internationale. Au travers de paramètres établis de manière historique et doctrinaire, selon l'origine et le fondement de ce principe dans des systèmes nationaux, nous examinons cette migration du principe de la légalité et ses conséquences sur le droit pénal international : la naissance du *ius puniendi* et les limitations imposées à la juridiction pénale ainsi qu'à la pratique des tribunaux pénaux internationaux. Pour illustrer les facteurs d'instabilité de ces principes et leur évolution, toutes ces cours sont analysées en fonction de leur constitution et juridiction, de leurs pouvoirs, sources et principes de droit pénal ainsi que des cas qui leur sont soumis. Nous en concluons que le principe de la légalité et les principes corrélatifs se comportent différemment dans les juridictions pénales internationales parce qu'ils sont insérés dans la logique propre du droit international public et sujets à des facteurs particuliers à ce système juridique.

Mots-clefs : Droit pénal international. Droit international public. Tribunaux pénaux internationaux. Principes pénaux.

*Dedico este estudo:  
ao meu esposo (in memoriam)  
e aos filhos amados  
que contribuíram com inestimáveis  
momentos de suas infâncias.*

**Agradeço a DEUS.**

*“Porque até ao regime da lei havia pecado  
no mundo, mas o pecado não é levado  
em conta quando não há lei.”  
(Romanos 5:13, ARA)*

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2 FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....</b>	<b>16</b>
2.1 ORIGEM NOS DIREITOS NACIONAIS.....	17
<b>2.1.1 Origem Histórica.....</b>	<b>18</b>
<b>2.1.2 Doutrina.....</b>	<b>24</b>
<b>2.1.3 Sistemas Penais Nacionais.....</b>	<b>35</b>
<b>2.1.4 Legalidade Totalitária.....</b>	<b>48</b>
<b>3 CONSAGRAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL.....</b>	<b>56</b>
3.1 DIREITO PENAL INTERNACIONAL.....	57
3.2 FONTES DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL.....	61
<b>3.2.1 Direito Costumeiro.....</b>	<b>63</b>
<b>3.2.2 Jus Cogens.....</b>	<b>71</b>
<b>3.2.3 Tratados.....</b>	<b>78</b>
3.2.3.1 Direitos Humanos.....	79
3.2.3.2 Direito Humanitário.....	96
<b>3.2.4 Princípios Gerais.....</b>	<b>102</b>
<b>3.2.5 Decisões Judiciais.....</b>	<b>110</b>
3.3 CRIMES INTERNACIONAIS.....	114
<b>4 MANIFESTAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL. TRIBUNAIS MILITARES</b>	<b>118</b>
4.1 TRIBUNAL DE NUREMBERG.....	120
<b>4.1.1 Constituição.....</b>	<b>120</b>
<b>4.1.2 Jurisdição e Poderes.....</b>	<b>123</b>
<b>4.1.3 Princípios de Direito Penal.....</b>	<b>125</b>
<b>4.1.4 Princípio do <i>Nullum Crimen Sine Lege</i>.....</b>	<b>127</b>
4.1.4.1 Crimes Contra a Paz.....	132
4.1.4.2 Crimes de Guerra.....	134
4.1.4.3 Crimes Contra a Humanidade.....	137
<b>4.1.5 Princípio da <i>Nulla Poena Sine Lege</i> .....</b>	<b>138</b>

4.2 TRIBUNAL DE TÓQUIO.....	141
<b>4.2.1 Constituição.....</b>	<b>142</b>
<b>4.2.2 Jurisdição e Poderes.....</b>	<b>147</b>
<b>4.2.3 Princípios de Direito Penal.....</b>	<b>155</b>
<b>4.2.4 Princípio do <i>Nullum Crimen Sine Lege</i>.....</b>	<b>157</b>
<b>4.2.5 Princípio da <i>Nulla Poena Sine Lege</i>.....</b>	<b>163</b>
<b>5 MANIFESTAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL. TRIBUNAIS <i>AD HOC</i>.....</b>	<b>168</b>
5.1 TRIBUNAL PARA EX-IUGOSLÁVIA.....	169
<b>5.1.1 Constituição.....</b>	<b>170</b>
<b>5.1.2 Jurisdição e Poderes.....</b>	<b>180</b>
5.1.2.1 Poderes Implícitos.....	182
5.1.2.2 Regras de Procedimento e Prova.....	185
<b>5.1.3 Fontes.....</b>	<b>191</b>
5.1.3.1 Direito Penal Costumeiro.....	194
5.1.3.2 Precedentes.....	198
5.1.3.3 Referência aos Direitos Nacionais.....	201
<b>5.1.4 Princípios de Direito Penal.....</b>	<b>204</b>
5.1.4.1 Princípio do <i>Nullum Crimen Sine Lege</i> .....	207
5.1.4.1.1 Princípio da construção estrita, interpretação literal e teleológica.....	213
5.1.4.1.2 Interpretação de tratados multilíngües.....	221
5.1.4.2 Princípio do <i>Nulla Poena Sine Lege</i> .....	221
5.2 TRIBUNAL PARA RUANDA.....	228
<b>5.2.1 Constituição.....</b>	<b>229</b>
<b>5.2.2 Jurisdição e Poderes.....</b>	<b>233</b>
5.2.2.1 Princípio do <i>Ne Bis in Idem</i> .....	238
5.2.2.2 Regras de Procedimento e Prova.....	239
<b>5.2.3 Fontes.....</b>	<b>240</b>
5.2.3.1 Direito Penal Costumeiro.....	241
5.2.3.2 Precedentes.....	243
5.2.3.3 Referência aos Direitos Nacionais.....	244
<b>5.2.4 Princípio do <i>Nullum Crimen Sine Lege</i>.....</b>	<b>246</b>
5.2.4.1 Princípio da Construção Estrita, Interpretação Literal e Teleológica.....	248
5.2.4.2 Interpretação de Tratados Multilíngües.....	252
5.2.4.3 Princípio do <i>Nulla Poena Sine Lege</i> .....	255

5.3 DESCUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO NOS TRIBUNAIS <i>AD HOC</i> .....	259
<b>6 CONSAGRAÇÃO NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....</b>	<b>267</b>
6.1 CONSTITUIÇÃO.....	269
<b>6.1.1 Legalidade e Legitimidade.....</b>	<b>269</b>
6.2 JURISDIÇÃO E PODERES.....	271
<b>6.2.1 Princípio do <i>Ne Bis in Idem</i>.....</b>	<b>277</b>
6.3 FONTES.....	278
<b>6.3.1 Direito Penal Costumeiro.....</b>	<b>287</b>
<b>6.3.2 Precedentes.....</b>	<b>293</b>
<b>6.3.3 Referência aos Direitos Nacionais.....</b>	<b>297</b>
6.4 PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL.....	299
<b>6.4.1 Princípio do <i>Nullum Crimen Sine Lege</i>.....</b>	<b>307</b>
6.4.1.1 <i>Lex Scripta</i> .....	313
6.4.1.2 <i>Lex Certa</i> .....	315
6.4.1.2.1 <i>Lex certa</i> e linguagem.....	318
6.4.1.2.2 Definição dos crimes de guerra.....	322
6.4.1.2.3 <i>Lex certa</i> e determinação da sentença.....	326
6.4.1.3 <i>Lex Stricta</i> .....	326
6.4.1.4 <i>Lex Praevia</i> .....	332
<b>6.4.2 Princípio do <i>Nulla Poena Sine Lege</i>.....</b>	<b>340</b>
<b>6.4.3 Descumprimento do Princípio .....</b>	<b>346</b>
<b>7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>350</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>357</b>
<b>INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS.....</b>	<b>387</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca conhecer o conteúdo e a aplicação do princípio da legalidade e dos princípios penais correlatos no direito penal internacional. Foram estabelecidos alguns pressupostos para a condução da pesquisa, a seguir enumerados em ordem de generalidade decrescente: a) as normas internacionais constituem um *verdadeiro corpo de direito* e não, uma mera moralidade positiva; b) o direito penal internacional, bem como os tribunais internacionais, estão contidos dentro do sistema de direito do direito internacional público e, portanto, sujeitos às peculiaridades deste sistema; c) no contexto histórico atual, vivemos um direito internacional de soberanias estatais limitadas, com ênfase e valorização dos direitos humanos internacionais, cujo princípio fundamental consiste no respeito à dignidade da pessoa humana: decorrem como ilegais, portanto, a criação de tipos penais ou a imposição e execução de penas que afrontem a dignidade da pessoa humana, bem como são ilegais a tipificação de condutas não importantes e não lesivas, a imposição de ideologias políticas, culturais, morais ou religiosas, ou a punição de atitudes internas; d) o princípio da legalidade apresenta um caráter dúplice: autoriza o nascimento, exercício e execução do *ius puniendi*, mas, por outro lado, representa garantia para o acusado contra o uso arbitrário do poder; e, e) a efetividade do princípio da legalidade depende do respeito aos princípios basilares correlatos de direito penal em todas as etapas da persecução penal democrática (devido processo penal).

O tema é de atualidade e importância. Não são poucos os fracassos da justiça internacional: nenhum órgão internacional jamais se pronunciou sobre a legalidade do bombardeio atômico sobre Hiroshima e Nagasaki. Inúmeros conflitos armados têm ocorrido após a IIª Guerra Mundial, deixando um rastro de violência e impunidade pelas vidas de milhões de seres humanos assassinados. Nem as Nações Unidas, nem seus diversos órgãos, nem outras organizações internacionais mais especializadas têm obtido sucesso necessário para prevenir e conter as ameaças e quebras da paz internacional. Os Estados tendem a reagir apenas se diretamente afetados ou se ocorrer quebra de obrigações recíprocas, envolvendo seus interesses diretos. Permanecem, via de regra, indiferentes quando valores mais

abstratos como a paz, ou valores humanitários como a dignidade humana sofrem violentas agressões.

Em resposta aos desafios, no âmbito dos direitos nacionais, ocorreu o alargamento das competências jurisdicionais (jurisdição universal) e a ratificação e internalização de inúmeras convenções penais internacionais. Historicamente, os tribunais nacionais têm falhado na sua missão de processar os crimes internacionais. Falta legitimidade aos tribunais nacionais em representar a comunidade internacional, em persecuções penais de crimes internacionais que envolvem a humanidade como um todo, compreendida enquanto *gênero humano*. Vários Estados não têm conseguido exercer a jurisdição universal, apesar de seus esforços. A aplicação de tratados que impõem aos Estados o exercício de jurisdição universal ocorre esporadicamente; as comissões de reconciliação e verdade têm sido incapazes de realizar a verdadeira composição do conflito, na medida em que, após serem apurados os fatos, normalmente, seguem-se leis de anistia, prevalecendo a impunidade. Um outro tipo de reação da comunidade internacional tem sido a consideração de que os Estados estão obrigados a respeitar os direitos humanos, não apenas quando seus oficiais agem em seu próprio território, mas também quando agem no exterior.<sup>1</sup>

Como resposta, no plano internacional surgiram os tribunais militares de Nuremberg e Tóquio, os tribunais *ad hoc*, para a ex-Iugoslávia e Ruanda e, em 1998, o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional, com caráter permanente. Neste contexto, os princípios penais exercem papel estruturante, através da organização do sistema penal internacional. Destacam os pontos de convergência entre os diversos sistemas de direito do mundo, funcionam como auxiliares na interpretação das normas penais, no preenchimento de lacunas e na elucidação de ambigüidades e imprecisões, normalmente ínsitas ao direito internacional. O princípio da legalidade e o princípio da dignidade humana nos seus aspectos formais e substanciais constituem-se na pedra de toque de um sistema mais centralizado da aplicação da sanção penal, bem como das reconhecidas vantagens desta centralização (generalidade, impessoalidade e imparcialidade).

A pesquisa baseou-se em ampla busca bibliográfica. Nos direitos nacionais, a literatura está voltada principalmente para as garantias penais previstas no direito

---

<sup>1</sup> CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, USA: Oxford University Press, 2003. (a)

constitucional e para princípios penais de interesse local, fazendo breves comentários sobre as convenções internacionais de direitos humanos ou aos julgamentos internacionais. Na literatura internacional, há pouquíssimas obras completas que se dedicam especificamente ao estudo do princípio da legalidade no direito comparado ou no direito internacional e aquelas que o fazem exprimem enfoques bastante diferenciados entre si. O volume de informação é imenso e a linguagem jurídica nem sempre é uniforme nas diversas línguas. As informações necessárias constavam das mais variadas fontes de referência que, na esmagadora maioria *prima facie*, não teriam pertinência direta ao tema, exigindo grande esforço no levantamento de livros e artigos, praticamente indisponíveis no Brasil.

Analizamos os documentos históricos legais onde o princípio da legalidade e princípios correlatos se originaram nos respectivos Estados nacionais, fazendo uma breve revisão dos autores clássicos e da doutrina penal. Os clássicos devem ser retomados e enriquecidos pela experiência histórica para iluminar novas soluções. Estabelecemos as diferenças e semelhanças entre os sistemas jurídicos de *common law* e *civil law*, onde as origens dos princípios se assentam. Finalmente consideramos a experiência histórica da legalidade totalitária, tentando compreender suas limitações.

Passamos ao estudo do direito penal internacional, buscando sempre informações e embasamento doutrinário quanto: à origem do princípio da legalidade e demais garantias afins; ao nascimento do *ius puniendi* internacional; às limitações impostas à jurisdição penal internacional e quais seriam os fatores de instabilidade deste princípio no direito penal internacional. Finalmente verificamos a aplicação prática do princípio pelos tribunais penais internacionais, que foram analisados segundo sua constituição, jurisdição e poderes, fontes e princípios de direito penal e sua própria concepção de legalidade, ilustrando com exemplos de jurisprudência e ressaltando, em cada situação, os fatores de instabilidade dos princípios penais, os riscos de arbitrariedades e as possíveis conseqüências, caso haja desrespeito aos princípios.

Através da análise da pesquisa, pretendemos responder aos seguintes questionamentos: a) os tribunais internacionais podem ser considerados como tribunais regularmente constituídos ou são tribunais de exceção?; b) como surgiu o princípio da legalidade e princípios penais correlatos (princípios penais) no direito internacional?; c) os princípios penais nos sistemas domésticos e no sistema de

direito penal internacional têm a mesma finalidade e se aplicam da mesma forma?; d) como ocorre o processo de tipificação dos crimes internacionais?; e) quais os valores subjacentes ao sistema penal internacional que lhe conferem conteúdo material?; f) é possível afirmar que o sistema de direito penal internacional está caminhando da justiça substantiva para a estrita legalidade?; g) quais são os fatores de instabilidade da aplicação dos princípios penais nos tribunais penais internacionais?; h) pode-se falar de um princípio da legalidade internacional e princípios correlatos com pressupostos e requisitos próprios, independentes de suas origens? ; i) aos princípios da legalidade internacional podemos aplicar a mesma lógica que embasa os princípios da legalidade do direito nacional? ; j) quais as consequências do descumprimento do devido processo penal no âmbito internacional?

Cumpra à doutrina organizar o conhecimento, proporcionando sínteses de coerência e estabelecendo modelos para administrar o sistema jurídico penal. Devem os aplicadores do direito fundamentar-se em conceitos normativos úteis para o raciocínio jurídico, gerando precisão técnica e segurança para decidir com justiça. O acesso à informação é amplo, irrestrito, em tempo real e em qualquer parte do mundo. O problema reside na seleção, na consistência e na organização desses dados em massa, transformando-os em informação útil à administração da justiça penal. Cabe à doutrina interpretar a informação disponível, sugerir novos caminhos, novos paradigmas e lançar luzes sobre os problemas do presente.

## 2 FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Direito representa a grande obra civilizadora da humanidade. A lei foi dada para resgatar o estado de perdição e de guerra, institucionalizando e monopolizando a aplicação do poder. A violência ora surge como autorizada pela lei, ora surge em desrespeito à lei. Bouzon narra que a fixação de normas jurídicas por escrito já gozava de longa tradição entre os escribas babilônicos. Observa, no entanto, que o famoso Código de Hamurabi, na verdade, uma coletânea do direito vigente, não é o corpo legal mais antigo da humanidade, embora seja o mais extenso (o corpo de leis mais antigo até hoje conhecido é atribuído ao fundador da terceira dinastia Ur, Ur-Nammu (2111-2094 AC)). O material legal de Hamurabi espelha em parte a atividade do rei como Juiz. Há interessantes dispositivos de normas de direito penal, em especial quanto à imposição de penas: §§1-5 determinam as penas a serem impostas em alguns delitos praticados durante um processo judicial; §§196-214 determinam as penas para lesões corporais.<sup>2</sup> Lloyd admite que instituição de normas jurídicas é inevitável à condição humana e ao desenvolvimento da civilização. “Uma única lei, reforçada pela imposição de severas penalidades, vale mais para a manutenção da ordem do que todas as palavras de todos os sábios”, conforme aduz uma máxima chinesa antiga do século III a.C.”.<sup>3</sup>

Ante a necessidade de normatização das relações sociais conforme exposto, passaremos a examinar com mais detalhe o fenômeno da legalidade, enfim a gênese do princípio da legalidade, sua construção histórica e doutrinária, sua aplicação nos sistemas penais nacionais mais importantes do mundo, extraíndo-se a evolução do princípio, seu conteúdo e dimensões. No segundo bloco, observamos como surge o princípio no direito internacional, suas peculiaridades, similitudes e dessemelhanças com os princípios correlatos nos sistemas penais nacionais, para então verificar a prática internacional de aplicação do princípio nos diversos tribunais penais internacionais.

---

<sup>2</sup> BOUZON, Emanuel. **O Código de Hamurabi**. 4ª ed. Petrópolis RJ: Vozes, 1987, p. 21-29.

<sup>3</sup> LLOYD, Dennis. **A Idéia de Lei**. Tradução de Álvaro Cabral. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Ensino Superior), p. 6-10.

## 2.1 ORIGEM NOS DIREITOS NACIONAIS

A sociedade humana não pode existir sem lei, governo e coerção. As normas jurídicas surgem de modo costumeiro nos grupamentos sociais humanos. A lei é uma necessidade natural para o homem, no pensamento de Hume. Santo Tomás de Aquino sustentou que o Estado não era um mal necessário, mas um alicerce natural ao desenvolvimento do bem-estar humano, fornecendo importante base para a concepção secular ulterior da lei como força benéfica, segundo Lloyd.<sup>4</sup> A *lei escrita* alcançou entre os judeus uma posição sagrada. Moisés o grande legislador recebeu os mandamentos gravados em pedra diretamente de Deus. A lei foi escrita em vários detalhes e pormenores, consolidada em rolos normalmente lidos ao povo. A lei deveria ser ensinada. Houve época chamada de “governo dos Juízes”, entre os quais Sansão e Débora. Samuel era profeta, sacerdote e Juiz. Saulo de Tarso, posteriormente chamado Paulo, era doutor da lei. Comparato descreve, na Grécia, em Atenas, a preeminência da lei tornou-se, pela primeira vez, o fundamento da sociedade política. Ao lado da *lei escrita*, também havia outra noção de igual importância, a *lei não escrita*, inicialmente de caráter divino, regras muito gerais e absolutas, que não necessitavam promulgação. O caráter religioso das *leis não escritas* foi gradualmente eliminado, falando, Aristóteles, nas chamadas *leis comuns*, reconhecidas pelo consenso universal, por oposição às *leis particulares*, próprias de cada povo. Com a eliminação do fundamento religioso para as leis universais, foi necessário encontrar outra justificativa.<sup>5</sup>

Bobbio indica que, desde a Antigüidade o problema da relação entre direito e poder foi apresentado pela pergunta: “É melhor o governo das leis ou o governo dos homens?”. Aristóteles foi quem colocou primeiramente esta questão. A lei apresenta vantagens porque a sua supremacia genérica e constante não está submetida à mudança das paixões humanas. O contraste entre as paixões dos homens e a frieza das leis conduzirá à identificação da lei com a razão. Na Idade Média a política fundou-se igualmente na subordinação do príncipe à lei. Na tradição jurídica inglesa, o princípio da subordinação do rei à lei deu origem à doutrina do *rule of law*. O

---

<sup>4</sup> LLOYD, 1998, p. 6-10.

<sup>5</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p.12-80.

conceito de lei sofre alterações conforme o contexto histórico. Desde a Antigüidade constata-se a existência de outras leis que não dependiam da vontade dos governantes, sejam com fundamento em Deus, na natureza, na razão ou com fundamento na tradição.<sup>6</sup>

### 2.1.1 Origem Histórica

O direito representa a garantia do mais fraco contra a violência e onipotência dos mais fortes. O elemento de garantia é intrínseco e imanente ao próprio direito enquanto inseparável de sua essência. Com base em Reale Júnior afirmamos que o direito é fruto da história, da situação de valores predominantes no presente e das opções políticas e culturais que condicionam sua função e aplicação. “O direito institucionaliza, envia comandos normativos, o proibido e o permitido, que inconscientemente em latência já atuavam de certo modo no seio social.”<sup>7</sup> O autor exprime com propriedade que os direitos fundamentais residem não em alguma ética ontológica ou em uma racionalidade abstrata, senão em valores e necessidades vitais que se têm afirmado historicamente através das lutas e revoluções promovidas pelas diversas gerações de sujeitos excluídos ou oprimidos. Fala-se da história de uma progressiva expansão das *leis do mais débil*, da história de uma larga luta contra o absolutismo, contra a liberdade selvagem, fonte de guerra, desigualdade e onipotência do mais forte.<sup>8</sup>

Luisi assinala que a criação e o desenvolvimento do Estado democrático moderno estão intimamente atrelados à importância dada às leis durante este processo, sua ascensão e papel na centralização do poder, o seu papel na contenção do poder do soberano.<sup>9</sup> Bobbio vislumbra, na história dos Estados europeus, um contínuo processo de decomposição e recomposição, de vinculações

---

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 95-97.

<sup>7</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. 2ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. (RT Didáticos), p.19.

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**: nascimento e crise do Estado Nacional. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Justiça e direito), p. 372-374.

<sup>9</sup> LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª ed. revista e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 320-327.

e desvinculações de limites jurídicos.<sup>10</sup> Souza Júnior infere que existe uma relação biunívoca entre o poder e o direito. “O Estado (a unidade política mais evoluída) nasce quando o Poder é institucionalizado (pelo direito)” e o direito é indispensável para a fundação ou institucionalização do poder estatal. É o direito que tece a ordem política estatal e atribui ao Estado sua personalidade jurídica. O direito é o instrumento básico para limitar o poder e, na modernidade, funciona como um meio de legitimação da ordem política.<sup>11</sup>

O princípio da legalidade nada mais é que a aplicação da norma a um fato considerado relevante pelo direito, vigente em determinado momento histórico: estão presentes os fatos juridicamente relevantes, as normas jurídicas entendidas como aplicáveis e o contexto valorativo subjacente fornecendo as opções ideológicas adequadas ao caso sob análise. O princípio da legalidade não se circunscreve apenas ao direito penal. Todos os institutos jurídicos são fruto de um processo de tipificação. Para Reale Júnior, assim, a teoria da tipicidade, ainda que venha a ser a elaboração científica e técnica do princípio da legalidade, não é um privilégio do direito penal. De fato, o processo de tipificação é inseparável da esquematização própria a todos os conceitos jurídicos.<sup>12</sup> Brandão conceitua a tipicidade como a relação de adequação entre a ação ou omissão e o modelo abstrato de conduta proibido e previsto na lei. Assim, fora do âmbito da lei, não se pode falar em tipicidade. “Em síntese: a tipicidade é o cumprimento do próprio princípio da legalidade porque ela tem uma função de garantia.”<sup>13</sup>

Fazemos uma retomada histórica do *princípio da legalidade penal*. Os romanos não conheceram o princípio legalidade como atualmente concebido. Giordani descreve o direito romano como expresso na definição de Celso: “o direito é a arte do bom e do eqüitativo”. O pretor, a cada caso, deveria construir a decisão que realizasse a justiça na situação concreta. O direito romano foi, portanto, sobretudo, costumeiro. O autor nota que um dos aspectos mais curiosos do direito penal romano foi a aceitação da retroatividade da lei penal. O princípio que dominava a aplicação penal era a proporcionalidade da pena ao crime, não

---

<sup>10</sup> BOBBIO, 1987, p.103 e 104.

<sup>11</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: 2002. (Tese para concurso de professor titular apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), p. 46-50.

<sup>12</sup> REALE JÚNIOR, 2000, p. 171-173.

<sup>13</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 93-99.

importando se tratava da pena do tempo do crime ou apenas da pena prevista na lei. De regra, havia a irretroatividade da lei penal quanto à definição do crime, porém a regra poderia ser afastada excepcionalmente quando a própria lei continha cláusula retroativa. Já na repressão extraordinária existia, por parte do funcionário, amplo arbítrio, tanto na incriminação do fato como na aplicação da pena. Ressalte-se, finalmente, que o direito romano admitia a aplicação analógica em matéria penal.<sup>14</sup>

As instituições penais durante a Idade Média muito se distanciaram do princípio da legalidade, durante a Baixa Idade Média, quando se promulga a Magna Carta, no ano de 1215, um instrumento limitador do poder real. Brandão menciona, com respeito às origens do princípio da legalidade, a obra de Tiberius Decianus, datada do século XVI. Mas tem-se como consensual o nascimento do princípio da legalidade propriamente dito na Idade Moderna, em 1764, através da obra de Beccaria. Na Idade Contemporânea, o princípio foi acolhido na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).<sup>15</sup> A sistematização dogmática do princípio da legalidade, no entanto, somente ocorreu em 1801, com a obra de Anselm von Feuerbach que formulou o adágio *nullun crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*.<sup>16</sup>

Vários foram os documentos históricos nos sistemas nacionais que refletiram a gênese das garantias do direito penal e do processo penal atuais. Nem todas as garantias e direitos visavam exclusivamente ao direito penal, mas tiveram reflexos direta ou indiretamente no desenvolvimento conceitual do princípio. Na *Magna Carta* (1215), ressaltamos alguns excertos. As cláusulas 20 e 21 lançam as bases da proporcionalidade entre delitos e penas, penas graves reservadas para delitos graves, impedindo penas criminais arbitrárias ou desproporcionais. A cláusula 39 estabelece o *princípio do devido processo legal*, impedindo a privação de liberdade somente mediante um juízo legal. Na *Declaração de Direitos inglesa* (1689), há a menção à proibição de cauções e multas excessivas, além de penas inusitadas ou

---

<sup>14</sup> GIORDANI, Mário Curtis. **Direito Penal Romano**. 3ª ed. revista e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 61-63.

<sup>15</sup> BRANDÃO, 2002, p.18-41. Como relação ao desenvolvimento histórico dos direitos humanos SOARES, faz um interessante resumo (SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002. v.1, p. 338-343.).

<sup>16</sup> BRANDÃO, 2002, p. 35-36. Ver também: BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 66 e 67.

cruéis; também, a referida declaração menciona a proibição da aplicação ou cominação de multas e penas sem culpa, tornando-as ilegais e nulas.<sup>17</sup>

A *Declaração de Independência Americana* (1776), com o objetivo de assegurar vários direitos, institui governos e Juízes independentes. Na *Declaração de Direitos de Virginia* (1787) destacam-se os dispositivos: item 7, o *princípio da continuidade de vigência das leis*; item 8, o *devido processo legal*; item 9, a proibição de fianças e multas excessivas, bem como penas cruéis ou aberrantes e no item 10, prevê-se a impossibilidade de buscas sem prova do fato cometido, proibindo-se a prisão quando o delito não estiver especificamente descrito e provado. No *Bill of Rights norte-americano* (1791) merecem destaque vários artigos: o artigo primeiro prevê o *direito de petição* para correção de injustiças; no artigo quarto, proíbem-se buscas e apreensões arbitrárias; o artigo quinto garante a instituição do *júri de acusação*, excetuando fatos das Forças Armadas, da milícia, em serviço efetivo em tempo de guerra ou perigo público, prevendo, também, o *princípio do ne bis in idem*, a garantia da integridade física do acusado, a garantia de não testemunhar contra si próprio e a garantia do *devido processo legal*; no artigo sexto, garante-se em todo processo criminal um julgamento célebre e público, por um júri imparcial cuja competência territorial deve ter sido previamente fixada pela lei, o *princípio do Juiz natural*, além do direito de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação, ao lado de outras garantias processuais; o artigo oitavo repete a garantia de não exigência de fianças ou multas excessivas e a proibição de penas cruéis ou aberrantes.<sup>18</sup>

A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, francesa* (1789), na *área penal*, fixou claramente o princípio fundamental de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena que não seja fixada em lei, no artigo 8. No artigo 5, está previsto o *princípio da reserva legal lato sensu*; o artigo 7, proíbe a execução de ordens penais arbitrárias; no artigo 9, está esculpido o *princípio da presunção de inocência*. A *Constituição Francesa* (1791) contém vários preceitos fundamentais. Destaca-se, no *item terceiro*, que os mesmos crimes devem ser punidos com as mesmas penas, proibida a distinção de pessoas. Como direitos naturais e civis estão previstas a liberdade de ir e vir e o direito de petição às autoridades constituídas. Ao Poder Legislativo vedou-se a produção de leis que prejudicassem ou impedissem o

---

<sup>17</sup> Os textos históricos foram extraídos da obra de COMPARATO, 2003.

<sup>18</sup> COMPARATO, 2003.

exercício dos direitos naturais e civis consignados na Constituição, porém a lei poderia estabelecer penas contra os atos que atacassem a segurança pública e os direitos alheios, ou que fossem nocivos à sociedade. A *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição Francesa* (1793) também traz dispositivos interessantes. No artigo 10, são proibidas acusação e prisões arbitrárias; o artigo 11 proíbe a execução de atos de vingança, salvo em legítima defesa; no artigo 13, está estabelecido o *princípio da presunção de inocência*, bem como se proíbem os rigores desnecessários para efetuar detenções, admitidas somente as detenções se indispensáveis; no artigo 14, há previsão de garantias processuais ao lado do *princípio da legalidade penal* e do seu consectário da irretroatividade; o artigo 15 permite que a lei estabeleça penas evidentemente necessárias, proporcionais ao delito e úteis à sociedade. Na *Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão da Constituição Francesa* (1795) destacam-se os seguintes artigos: artigo 7º (ninguém pode ser constrangido a fazer o que a lei não ordena); artigo 8º (princípio da legalidade); artigo 11 (princípio do devido processo legal); artigo 12 (penas necessárias ou proporcionais); artigo 13 e o artigo 14 (irretroatividade da lei).<sup>19</sup>

Castilho constata que o princípio da legalidade foi pela primeira vez, expresso em *texto legal* nas Constituições Americanas de Filadélfia, Virgínia e Maryland, com especial ênfase à proibição de retroatividade. Em 1798, foi reconhecido que a proibição de leis *ex post facto* do artigo 1.9.3 da Constituição Americana (1783), que em sua literalidade restringia o Poder Legislativo, referia-se a leis penais, estendendo-se ao sistema judicial, através da incorporação da regra *ex post facto*, à cláusula do devido processo. Saliente-se que o princípio da legalidade apareceu pela primeira vez em texto legal nos Estados Unidos, país pertencente ao sistema

---

<sup>19</sup> COMPARATO, 2003. Ambos cita outros antecedentes históricos, com ênfase no princípio da legalidade das penas, no continente europeu: AMBOS, Kai. **Princípios e Imputación en el Derecho Penal Internacional**. Barcelona: Atelier Libros Juridicos, 2008. (b), p. 35-45: “[...] La famosa *Constitutio Criminalis Carolina* de Carlos V (1532) contenía una regla general para penas imprecisas y, mientras el artículo 126 de la *Bambergische Halsgerichtordnung* (1507) limitaba la discreción del juez o – Schöppen – obligándole a recurrir a consultores legales en caso de penas imprecisas, el artículo 105 CCC dejaba la determinación de la pena a la total discreción del juez. [...] Por su parte, el académico italiano *Cesare Beccaria* [...] (1764) defendió que la certeza, la previsibilidad y la seguridad jurídica estuvieran garantizadas por la estricta letra de la ley frente a la interpretación arbitraria e ilimitada de los jueces. La revolución francesa recogió estas ideas en la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* (1789) [...] Mientras el *Allgemeine Landrecht für die PreuBischen Staaten* (Derecho general de la tierra para los Estados Prusianos, 1794) aún dejaba a los jueces discreción en la determinación de la pena sometiéndoles solo a un límite máximo”.

jurídico do *common law*, oriundo da Grã Bretanha, onde a lei escrita não constitui a fonte de direito por excelência.<sup>20</sup>

Para Boot, as diferentes origens históricas do princípio da legalidade nos Estados Unidos e na Europa continental se justificam primeiramente porque a criação dos crimes na Alemanha nazista e na URSS através do uso da analogia teria chocado a comunidade legal americana. Em segundo lugar, houve a crescente identificação do princípio da legalidade como uma necessidade lógica para o uso vigoroso da *modern constitutional vagueness doctrine*, como um meio de proteger as liberdades civis. Não há uma previsão específica na Constituição americana, porém há várias previsões relevantes. Primeiramente, a Constituição proíbe *bills of attainders* e *ex post facto clauses*. Em segundo lugar, a Constituição incluiu o devido processo (*due process*) na 5ª e na 14ª emendas respectivamente.<sup>21</sup>

Ambos observou que as fontes históricas não distinguem entre *nullum crimen* e *nulla poena*, embora, doutrinariamente haja a distinção entre *crimen* e *poena*, o primeiro referindo-se à punibilidade de uma determinada conduta e o segundo a seu castigo concreto. Em segundo lugar, a regra original referia quase exclusivamente à proibição de leis penais retroativas, ou *ex post facto law*, assim, além do elemento *lex praevia* não se vislumbrava os demais elementos que hoje se atribuem usualmente ao princípio (*lex certa, lex stricta e lex scripta*). Na Declaração Francesa (1789), referências ao princípio da *lex scripta* podem ser inferidas dos artigos 7 e 8: *qu'elle a préscrites* (artigo 7) e *loi établi et promulguée* (artigo 8). O autor observa que este requisito não está reconhecido nos sistemas de *common law*, oriundos do sistema do Reino Unido: um *ato mala in se* é reconhecido por todo mundo, em todo momento e de acordo com o puro sentido comum, resultando desnecessária sua codificação explícita como infração penal, enquanto um *ato malum prohibitum* deve ser proibido pela lei para ser considerado como crime, na medida em que não reúne *per se* esta condição.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da Legalidade na Execução Penal** (reflexões em torno da jurisdicalização). Porto Alegre: Fabris, 1988, p.16-18. Ver também outros resumos históricos quanto à origem do princípio da legalidade: JAPIASSÚ, Carlos E. A.. **O Tribunal Penal Internacional: A Internacionalização do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2004, p. 144-150; e SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 136-144.

<sup>21</sup> BOOT, Machteld. **Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes: nullum crimen sine lege and the subject matter jurisdiction of the International Criminal Court**. Belgium: Intersentia Publishers, 2002. (School of Human Rights Research Series, Volume 12), p. 118.

<sup>22</sup> AMBOS, 2008b, p. 35-45.

O princípio da legalidade tem raízes imemoriais. Sua origem está ligada à institucionalização do poder, portanto, contém em sua essência o *garantir* contra arbitrariedades. Vários documentos legais e históricos de sistemas jurídicos diferentes fizeram alusão ao princípio e seus consectários. Os documentos e a História revelam a preocupação em deter arbitrariedades na administração da jurisdição penal como um todo. As garantias, no entanto, não foram todas reconhecidas num único documento ou época, nem de uma forma sistemática ou organizada, nem com todos os possíveis elementos que seriam desejáveis e muitas não se referiam exclusivamente ao direito penal. Algumas se referem ao procedimento, outras ao direito material, mas apenas o conjunto completo conseguiria oferecer alguma efetividade contra o exercício do poder arbitrário; a ausência ou desrespeito de uma única garantia coloca todo o sistema penal em risco. Assim, compreendemos que sob o princípio da legalidade penal devem constar todas as garantias indispensáveis à persecução penal democrática, sejam de direito material ou processual. Podemos classificar as garantias históricas, de um modo geral, nas seguintes categorias: proibição de leis penais retroativas (*ex post facto law*); proibição de penas cruéis ou desproporcionais; devido processo legal célere e público; princípio do *ne bis in idem*; Juízes competentes e independentes; e direitos do acusado.

### **2.1.2 Doutrina**

Direito e poder se relacionam dentro de um contexto histórico permeado por ideologias e valores que se alternam com o passar do tempo. O direito enquanto institucionalizador do poder transforma-se em instrumento de organização da vida social. Dentro de um contexto totalitário, a manipulação política do direito frustra o ideal de justiça, torna-se instrumento de controle e dominação. Valores democráticos favorecem a concepção de proteção do poder arbitrário, procurando amparar os desfavorecidos contra os fortes. Resumindo o pensamento de Brandão, o princípio da legalidade tem como missão proteger a pessoa do uso arbitrário do direito penal

pelos detentores do poder político: a pena deve ser impedida de ser utilizada na luta política contra os adversários, porquanto este objetivo é estranho à sua finalidade.<sup>23</sup>

Bobbio, ao discorrer sobre o pensamento de Hobbes, o Estado e suas leis e a passagem do estado da natureza para o estado civil, observou que o poder não cede diante da qualidade de *lei natural* e não existe qualquer garantia ao seu respeito.<sup>24</sup> Schmidt demonstra que, no século XVII, diante do modelo de Estado absolutista, Hobbes admitia que um dano infligido por um ato, antes da existência de uma lei que o proibisse, não se caracterizava como um castigo, mas como uma hostilidade.<sup>25</sup>

Na Europa continental, desde o século XVII, o exercício arbitrário do poder soberano do antigo regime encontrou resistência na obra célebre de Montesquieu, *O Espírito das Leis* (1748), ao passo que Beccaria, na obra *Dos Delitos e Das Penas* (1764), fazia aplicação das idéias iluministas ao direito penal. Beccaria além de enunciar o princípio da estrita legalidade do direito penal: somente as leis podem decretar penas sobre os delitos e esta autoridade só pode residir junto ao legislador, discorre sobre outros inúmeros problemas da persecução penal, sendo de especial interesse os parágrafos: §III (o princípio da legalidade penal); §IV (interpretação das leis); §V (obscuridade das leis); § XII (da tortura); § XV (a moderação das penas); § XVI (da pena de morte) e o §XXIII (proporcionalidade das penas).<sup>26</sup> Rousseau, no *Contrato Social* (1762) também considera as excelências da lei. Nas palavras de Chevalier:

---

<sup>23</sup> BRANDÃO, 2002, p. 68 e 69.

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra, tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 32-37.

<sup>25</sup> SCHMIDT, 2001, p. 207.

<sup>26</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus Editora, 1983, p. 15 e 16: "A primeira conseqüência que se tira desses princípios é que apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social. Ora, o magistrado, que é parte dessa sociedade, não pode com justiça aplicar ao outro partícipe dessa sociedade uma pena que não esteja estabelecida em lei; e, a partir do momento em que o Juiz se faz mais severo do que a lei, ele se torna injusto, pois aumenta um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, ainda sob pretexto do bem público, acrescer a pena pronunciada contra o crime de um cidadão. A segunda conseqüência é a de que o soberano, representando a sociedade mesma, apenas pode fazer leis gerais, às quais todos devem obediência; não é de sua competência, contudo, julgar se alguém violou tais leis. Efetivamente, em caso de delito, existem duas partes: o soberano, que diz ter sido violado o contrato social; e o acusado, que nega essa violação. É necessário, portanto, que exista entre ambos um terceiro que venha a decidir a contestação. Essa terceira pessoa é o magistrado, cujas decisões são sem apelo e que deve, apenasmente, esclarecer se há delito ou não." Ver também: BOBBIO, 1995, p. 37-41.

É na lei, expressão da vontade geral, que termina enfim essa construção maravilhosa, ou desesperadamente sábia. A lei: que elevado, que emocionante conceito dela não faz ROUSSEAU? A seus olhos, participa verdadeiramente do caráter sagrado; tem por ele religioso respeito. Sabe-se que nela, na sua generalidade e impessoalidade, vê o seu coração ferido o único remédio ao capricho, à arbitrariedade dos homens particulares, detentores do poder. Só à lei se devem a justiça e a liberdade. Só a ela permitiu subjugar os indivíduos para torná-los livres, encandear-lhes a vontade com a sua própria autorização, fazer valer o seu consentimento contra a sua recusa. Graças a ela, servem e não “tem senhor”. Ela é a mais sublime de todas as instituições humanas.<sup>27</sup>

Neste contexto, o princípio da legalidade significou proteger os cidadãos das arbitrariedades do Estado soberano. Nas palavras de Montesquieu:

[...] Nos Estados despóticos, não há lei: o Juiz é ele mesmo sua própria regra. Nos Estados monárquicos, existe uma lei: e onde a lei é precisa o Juiz segue-a; onde ela não o é, ele procura seu espírito. No governo republicano é da natureza da constituição que os Juizes sigam a letra da lei. [...].<sup>28</sup>

Bobbio comentando o pensamento de Bentham, na sua obra *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1798), recomenda que a punição de um mal é justificável apenas se for capaz de prevenir um mal maior, ou seja, o dano causado pelo crime. Pela natureza das coisas, uma punição criada após o cometimento de um ato, seja com base em lei retroativa ou através de lei feita pelo próprio Juiz, não pode prevenir o dano oriundo do crime. Montesquieu igualmente considera o problema das penas quanto ao aspecto da proporcionalidade do dano social relativamente ao dano causado pelo crime: “é essencial que as penas se harmonizem, porque é essencial que se evite um grande crime do que um crime menor, aquilo que agride mais a sociedade do que aquilo que a fere menos.”.<sup>29</sup>

Ambos considera que o princípio da legalidade tal qual formulado pelo penalista alemão *Johann Paul Anselm von Feuerbach*, no seu *Tratado de Direito Penal* (1801), segundo o qual nenhuma conduta deve ser penalizada se não constituir crime no momento de sua comissão, empregando a expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, não pensava tão efetivamente na pena, mas na punibilidade de certa conduta, pois a *lex poena indeterminata* não

---

<sup>27</sup> CHEVALIER, Jean-Jacques. **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias**. Prefácio de André Siegfried, tradução de Lydia Christina. 4ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1989, p. 171.

<sup>28</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro, tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 87.

<sup>29</sup> MONTESQUIEU, 1996, p. 100 e 101.

entrava em contradição com o princípio do *nullum crimen*. Embora *Feuerbach* tenha nomeado o princípio *nullum crimen, nulla poena*, o conteúdo do princípio não foi obra sua. Sob a perspectiva do direito inglês, o princípio tem raízes na *Magna Carta* (1215), no artigo 39. Em 1628, *Edward Coke* traduziu o princípio, em suas famosas *Institutes*, por *due process of law*, conceito mais amplo que a mera proteção contra a retroatividade das leis penais. John Locke desempenhou um significativo papel na disseminação do princípio *nullum crimen*, em seu *Treatises of Government* (1689).<sup>30</sup>

A discussão filosófica direito natural e direito positivo exerce influência sobre o conceito e conteúdo do princípio da legalidade com a conseqüente valorização do direito legislado. Historicamente, as relações entre o direito natural e direito positivo como bem resume Bobbio, ocorreram de forma complementar e não propriamente antagônica entre si. Estas duas espécies de direito não se distinguiam quanto à sua qualidade ou qualificação, mas diferenciavam-se apenas quanto ao seu grau, no sentido de que uma espécie de direito podia ser considerada superior à outra. Na época clássica, o direito natural não era considerado superior ao direito positivo; na Idade Média, a relação entre as duas espécies de direito se inverte, reconhecendo-se a superioridade do direito natural, como uma norma fundada pela vontade de Deus e participada à razão humana. Da concepção de que o direito natural é aquele contido na Lei Mosaica e no Evangelho, derivou a tendência permanente do pensamento *jus naturalista* de considerar tal direito como superior. A diferença de grau, no entanto, não significava uma diferença de qualificação. Diferentemente, o positivismo jurídico nasce quando o direito positivo e o direito natural não são mais considerados direito no mesmo sentido, isto é, todo o direito é reduzido ao direito positivo e o direito natural é excluído da categoria de direito. Quanto às fontes, o Positivismo afirmou a teoria da legislação como a fonte por eminência do direito e quanto à interpretação, sustentou a teoria da interpretação mecanicista fazendo que, na atividade do jurista, prevaleça o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo

---

<sup>30</sup> AMBOS, 2008b, p. 35-45: “[...] *Feuerbach* sólo aplicaba la regla *nulla poena* a la ley penal en sentido estricto, como si, por su parte, la ley penal en sentido amplio no necesitara penas precisas. Como consecuencia de ello, el juez era libre para fijar la pena en el caso de las llamadas *absolut unbestimmte Strafen* (penas absolutamente indeterminadas) y sólo estaba vinculado por algunos principios generales. Por regla general, el juez podía imponer cualquier pena en estos casos, incluso la pena de muerte. Estas penas indeterminadas no violaban el principio *nulla poena* siempre y cuando la infracción penal previera la imposición de algún castigo. Por otro lado, en el caso de las penas previstas por la ley (las llamadas *absolut bestimme Strafen* - penas absolutamente determinadas) el juez tenía que imponer la pena de acuerdo con dicha ley. De forma similar, la posición dominante en la doctrina (alemana) de la primera mitad del siglo XIX no advertía ningún conflicto entre el principio *nulla poena* y las penas absolutamente indeterminadas.”

do direito. Se ao direito natural não for atribuído o *status* de *direito*, os crimes e penas somente poderiam estar estabelecidos pelo direito positivo e os julgadores não poderiam fazer mais do que declarar a vontade expressa na lei.<sup>31</sup>

Embora o positivismo jurídico venha a valorizar a legalidade formal, despojando do direito todo conteúdo valorativo, ocorre inevitável correlação entre o princípio da legalidade e os ideais de justiça e a subsequente valorização do direito natural. A legalidade desvinculada dos ideais de justiça constitui-se mero *legalismo*, do ponto de vista formal, ou *legalidade totalitária*, do ponto de vista material. Hart leciona que para que o controle social funcione, as normas devem satisfazer certas condições tais como serem inteligíveis, estarem ao alcance da capacidade de obediência da maior parte das pessoas e, em geral não deverem ser retroativas, embora, excepcionalmente possam sê-lo. Oferece-se, portanto, àqueles que vierem a ser punidos pela violação das normas, a capacidade e a oportunidade de obedecê-las.<sup>32</sup>

Cassese trata das doutrinas da justiça substantiva e da estrita legalidade. Para a doutrina da *justiça substantiva*, a ordem legal pode objetivar proibir e punir qualquer conduta que seja socialmente danosa ou que possa causar perigo à sociedade, tenha ou não tenha aquela conduta sido criminalizada num momento em que tenha sido efetuada. O interesse é defender a sociedade dos comportamentos desviados que possam causar prejuízo ou ameaçar o sistema social e legal. Esta doutrina favorece a sociedade sobre o indivíduo. Houve aplicações repreensíveis desta doutrina no direito soviético e no direito criminal nazista, mas podemos encontrar variações desta doutrina na Alemanha democrática moderna, onde os *princípios de justiça objetiva* foram colocados como reação a governos que tentavam burlar os direitos humanos, sendo que os tribunais recorreram à célebre fórmula de Radbruch. Para a doutrina da estrita legalidade, uma pessoa deve apenas ser criminalmente processada e punida se no momento em que praticou determinado ato, este era considerado como um crime pela ordem legal, ou seja, pela lei aplicável.<sup>33</sup> A aplicação pura e simples da doutrina da estrita legalidade torna-se impraticável pela própria necessidade de interpretação da lei penal, bem como pelas

---

<sup>31</sup> BOBBIO, 1995, p. 22-23 e 131-134.

<sup>32</sup> Para Hart os princípios da legalidade estão estreitamente relacionados com as exigências de justiça: HART, Herbert L.A.. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 226 e 227.

<sup>33</sup> CASSESE, 2003a, p. 141.

limitações naturais da linguagem através das quais as normas se expressam. Igualmente inviável a aplicação pura da doutrina da justiça substantiva pela ausência de parâmetros seguros de criminalização da conduta e o possível abuso do poder decorrente.

A doutrina indica inúmeras dimensões, funções e características do princípio da legalidade, utilizando diferentes nomenclaturas para significar nos mais das vezes, os mesmos conteúdos. Gomes destaca o desdobramento do princípio em princípio da legalidade criminal; princípio da legalidade penal; princípio da legalidade jurisdicional ou processual e princípio da legalidade executiva.<sup>34</sup> Franco considera o princípio da legalidade como fonte de garantias: garantia criminal, garantia penal, garantia processual e garantia de execução penal.<sup>35</sup> Batista vislumbra como a principal função do princípio da legalidade a criação do crime e constituição da pena legal.<sup>36</sup> Brandão entende que o princípio da legalidade alcança a interpretação da lei penal, consistindo na fundamentação das teorias do crime e da pena.<sup>37</sup> Schmidt enxerga a existência de atribuições substanciais do princípio da legalidade, quais sejam: a integração do ordenamento jurídico, a interpretação do ordenamento jurídico, a limitação da intervenção penal e a da fundamentação da ordem jurídico-penal.<sup>38</sup> Ou ainda, segundo Wessels, com relação à função de garantia da lei penal, apresenta as seguintes conclusões resumidamente: as leis penais devem acusar, tendo em vista seus tipos penais e conseqüências jurídicas, um mínimo em determinação (os elementos do crime devem ser descritos concretamente na lei, de tal forma que seu conteúdo possa ser averiguado através de interpretação); às leis fundamentadoras e agravadoras de pena não deve ser atribuída força retroativa, nem pelo legislador nem pelo Juiz penal, porém, a alteração de jurisprudência pacífica, em conseqüência de uma mudança na concepção jurídica ou com

---

<sup>34</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. v.1, p.127-128.

<sup>35</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/ 90**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 53 e 54: “O princípio da legalidade, além de interferir sobre as fontes e a interpretação da lei penal (a reserva absoluta de lei, a proibição da analogia *in malam partem*, a proibição da retroatividade da lei penal incriminadora) e sobre a definição adequada do tipo (técnica legislativa de formulação típica) dá ainda fundamento a quatro garantias do cidadão: garantia criminal, garantia penal, garantia processual e garantia de execução penal. [...] Conectado, direta e imediatamente, com os princípios da legalidade e da tipicidade encontra-se o princípio do *ne bis in idem* que obsta a aplicação de mais de uma pena a um mesmo fato ou a aplicação de uma agravante já considerada no tipo básico. [...]”.

<sup>36</sup> BATISTA, 2002, p. 68 e 69.

<sup>37</sup> BRANDÃO, 2002, p. 72.

<sup>38</sup> SCHMIDT, 2001, p. 361-364.

fundamento em um outro conhecimento, não se submete, de acordo com opinião dominante, a qualquer proibição de retroatividade e, através do *direito costumeiro* ou da *analogia*, não devem ser formados novos tipos penais nem agravados ou alargados os tipos existentes em prejuízo do interessado, mas a analogia em favor do autor ou partícipe é admissível.<sup>39</sup> Schmidt considera que uma lei penal indeterminada, imprecisa, não protege o cidadão do uso arbitrário do poder porque não tem a capacidade de limitar o *ius puniendi* nem exerce a prevenção geral negativa, já que o indivíduo não pode avaliar, *a priori*, o seu próprio comportamento.<sup>40</sup>

O princípio da legalidade, encarado do ponto de vista do direito do acusado apenas, não é capaz de garantir a invasão arbitrária na esfera de liberdade da pessoa. Compreendemos que, sob a égide do princípio da legalidade penal e submetidos ao seu regime jurídico, devem constar todas as garantias indispensáveis à persecução penal democrática, sejam de direito material ou processual. A legalidade da persecução penal deve ser aferida amplamente, na constituição dos tribunais, no estabelecimento de suas jurisdições e poderes, nas garantias do devido processo legal, nas fontes do direito aplicável, na incidência do princípio do *ne bis in idem*, na aplicação do princípio *nullun crimen sine lege* (e conseqüências *lex certa, lex scripta, lex stricta, lex praevia*), na aplicação do princípio da *nulla poena sine lege* (e conseqüências *lex certa, lex scripta, lex stricta, lex praevia*), nos métodos de interpretação das normas penais e demais princípios basilares do direito penal sob a rubrica de direitos do acusado. A legalidade deve ser aferida em todas as fases processuais, incluindo-se a fase de execução da pena. Em caso de violação da legalidade penal, deverá ocorrer compensação pelo *error*. Os valores atuais subjacentes do contexto histórico no qual o princípio está inserido contemplam como norma fundamental o respeito à dignidade da pessoa humana.

O princípio da legalidade não representa, no entanto, um sistema fechado e hermético, como explica Schmidt, estando sujeito a incursões do direito costumeiro e das normas penais em branco como elementos de adaptação às novas realidades histórico-culturais. O direito consuetudinário nasce através de uma prática duradoura, conduzida por um convencimento jurídico geral de parte dos

---

<sup>39</sup> WESSELS, Johannes. **Direito Penal** (aspectos fundamentais). Tradução do original alemão e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 11-13.

<sup>40</sup> SCHMIDT, 2001, p. 237 e 238.

destinatários das normas da obrigatoriedade desta prática, prática esta compatível com o ordenamento jurídico vigente. Nos países de *civil law*, o costume poderá desencadear argumentos de política criminal para a legislação penal futura (nos países de *common law*, o costume pode servir de base para a incriminação). Há grande repercussão do direito consuetudinário (*praeter legem*) na estrutura da ilicitude e da culpabilidade penal. O direito consuetudinário pode atuar como causa de supressão da lesividade, ou da reprovabilidade jurídica, ou ainda como causa de justificação: “as leis só se derogam definitivamente por outras posteriores; mas a eficácia atual, momentânea, de suas sanções, delitos e penas, se perde pelo não-uso”.<sup>41</sup>

Para Toledo é um equívoco supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal porque tem grande importância para elucidação do conteúdo e significação lingüística dos tipos. Quando opera como causa supralegal de exclusão da ilicitude, de atenuação da pena ou da culpa, constitui verdadeira fonte do direito penal. Observa-se que a simples omissão da autoridade em reprimir determinados crimes não basta para revogar por desuso a norma incriminadora penal.<sup>42</sup> O direito consuetudinário *secundum legem* tem importante função interpretativa tal como a função interpretativa desempenhada pelos hábitos sociais, na opinião de Schmidt.<sup>43</sup> Brandão atribui grande importância ao costume no direito penal, pois determina o sentido e o alcance dos elementos normativos do tipo penal, bem como a função derogatória, pois o costume derroga tipos penais anacrônicos, que não condizem com uma época cultural determinada. O costume só não pode ser usado para aplicar um malefício fora da lei.<sup>44</sup>

Mesmo no âmbito do direito penal nacional, nos sistemas democráticos, onde o princípio da legalidade penal encontra-se mais desenvolvido e estruturado, Batista

---

<sup>41</sup> SCHMIDT, 2001, p. 196-204.

<sup>42</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11/7/1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.25.

<sup>43</sup> SCHMIDT, 2001, p. 205.

<sup>44</sup> BRANDÃO, 2002, p. 165: “O Direito Costumeiro desempenha uma importante função no Direito Penal, jamais se justificando a assertiva que ele se encontra abolido no ordenamento punitivo moderno. Em primeiro lugar o Direito Costumeiro é utilizado para determinar o sentido e alcance dos elementos normativos do tipo penal. Os elementos normativos, compreendidos sempre à luz de um juízo de valor, dependem da norma consuetudinária, pois essa surge a partir da sucessão reiterada de atos aliados à convicção de obrigatoriedade da prática dos mesmos. [...] Outra importante função do costume é a derogatória: e o costume no Direito Penal tem o condão de derogar tipos penais anacrônicos, que não condizem com uma época cultural determinada. De outro lado, o costume não pode ser utilizado em nenhuma hipótese para aplicar um malefício fora da lei, visto que, neste caso, não operaria *pro libertatis* e contrariaria o Princípio da Legalidade.”

admite que os costumes desempenhem função integrativa na elucidação de elementos dos tipos penais. O costume também exerce influência no conceito central de *dever objetivo de cuidado*, dos tipos culposos, sempre que a atividade dentro da qual ocorreu o fato não esteja positivamente regulamentada de modo exaustivo, como também nas *justificativas* e nas *justificativas extralegais*. Nega-se, geralmente, uma função derogatória aos costumes, à *dessuetude penal*, mas existem hipóteses em que se reconhece a *adequação social da ação*. Essas hipóteses podem ser encaradas como justificativas de caráter consuetudinário, ou como princípios de interpretação que inserem os tipos penais numa sociedade historicamente determinada, indissoluvelmente ligada aos costumes. A intervenção dos costumes no direito penal doméstico apenas não ocorre, incondicional e totalmente, nos sistemas de *civil law*, no que se refere à criação e definição ou agravamento de crimes e penas.<sup>45</sup>

O conceito de lei penal em branco, de acordo com Schmidt tem por fundamento uma constante mutação legislativa, com influência sobre o princípio da *lex praevia*, de maneira que acaba o legislador proporcionando a outros agentes públicos a incumbência de preencher o conteúdo da norma conforme as circunstâncias histórico-sociais ou concretas. A lei penal não pode evitar o uso de conceitos gerais ou normas em branco, sob pena de não abarcar a riqueza de detalhes da realidade social no tipo penal, tendo por conseqüência a necessidade de interpretação pelo aplicador do direito.<sup>46</sup>

Silva expõe que a idéia de uma tipificação de máxima determinação é preconizada pelo direito penal clássico e pela matriz garantista, enquanto fundamento para o impedimento de uma criminalização superficial e genérica, como no direito penal do risco, que o torna "flexível e abrangente para poder responder de maneira adequada às crescentes perturbações". A flexibilidade conduz ao emprego de tipos penais vagos e ambíguos e de cláusulas gerais como as leis penais em branco. O autor salienta que o legislador deve manter as suas normas abertas, de modo que elas se adaptem aos casos futuros e, ao mesmo tempo, deve formulá-las definitivamente, de tal maneira que se tornem impenetráveis aos casos não imaginados, sob pena de que as leis se tornassem rígidas e casuísticas, excluindo do âmbito de aplicação da lei, casos que ela certamente não deveria excluir. O

---

<sup>45</sup> BATISTA, 2002, p. 70 e 71.

<sup>46</sup> SCHMIDT, 2001, p. 156 e 157.

princípio de estrita legalidade prescreve, na visão do autor, que os termos usados pelas leis para tipificar os crimes sejam dotados de extensão determinada; em segundo lugar, que, para tal fim, a intenção não seja indicada nem com palavras vagas, nem valorativas, mas do modo mais claro e preciso possível, e, em terceiro lugar, que através da linguagem impeçam-se as antinomias semânticas, ou pelo menos, disponham-se através dela normas para a sua solução.<sup>47</sup> Para Silva Sánchez: “Mais relevante é, a meu juízo, o manifesto abandono do *mandato de determinação* nos tipos que, com toda probabilidade, passarão a configurar o Direito Penal da criminalidade transnacional.”<sup>48</sup>

Batista indica que há algumas modalidades mais freqüentes de violação ao princípio da legalidade, ilustrando, com a criação de ações vagas e indeterminadas: ocultação do núcleo do tipo; o emprego de elementos do tipo sem precisão semântica; e tipificações abertas e exemplificativas.<sup>49</sup> Franco não admite que haja crime sem a produção objetiva de um resultado lesivo para bens jurídicos sem dolo ou culpa, nas suas palavras:

Castigar a causação objetiva de resultados imprevisíveis e inevitáveis seria inútil, desnecessário e ineficaz. Um direito penal que pretendesse exigir responsabilidade por fatos que independem em absoluto da vontade do indivíduo merece ser qualificado de arbitrário e disfuncional, por que, então, a pena carece de poder motivador e o castigo perderia toda justificação.<sup>50</sup>

Outro exemplo da aplicação de normas penais vagas e indeterminadas surge no direito penal do risco: nas palavras de Silva, ocorre uma mudança de perspectiva do direito penal clássico. Para o direito penal do risco:

Este Direito Penal do risco caracteriza-se, aliás, pelo fato de que o comportamento que vai ser tipificado não se considera previamente como socialmente inadequado, ao contrário, criminaliza-se para que seja considerado como socialmente desvalorado, de acordo com o Direito Penal clássico, as condutas não eram criminalizadas somente *mala per se*, mas

---

<sup>47</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco**: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. (a), p. 118-129.

<sup>48</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **A Expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. (Série ciências criminais no século 21, v. 11), p. 94.

<sup>49</sup> BATISTA, 2002, p. 81 e 82.

<sup>50</sup> FRANCO, 2000, p. 60.

eram criminalizadas porque se apresentavam como socialmente inadequadas, enquanto, ao contrário, no Direito Penal do risco proibem-se condutas para que com isso elas se tornem socialmente inadequadas. Isso decorre do fato de que o Estado, de garantidor da segurança jurídica, torna-se garantidor da segurança dos bens jurídicos. Conquanto a motivação ética desta nova criminalização raras vezes tem a ver com comportamentos violentos, pois se trata de comportamentos cujas conseqüências transcendem a criminalidade clássica violenta e cuja “perigosidade” (*Gefährlichkeit*), aliás, não é algo evidente. [...] Isto porque o Direito Penal do risco orienta-se por uma Política criminal que toma por base bens jurídicos universais (ou bens jurídicos coletivos), de maior amplitude e complexidade, que levam a uma menor determinação legal do injusto, isto é, levam a uma formulação muito vaga e trivial destes bens jurídicos por parte do legislador, de modo a aumentar e flexibilizar as possibilidades de aplicação da lei.<sup>51</sup>

Finalmente cumpre ressaltar a vedação da analogia para a criação de tipos penais, especialmente nos sistemas de *civil law*, nas palavras precisas de Wessels:

Toda *norma jurídica necessita de interpretação*. Os limites entre a interpretação admissível e a analogia proibida são [...] freqüentemente difíceis de determinar. Enquanto a interpretação busca somente esclarecer o respectivo conteúdo de significação da norma jurídica ou conceitos jurídicos e se limita à sua clareza de sentido, a analogia abandona o âmbito direto de aplicação da figura jurídica. O fim de interpretação é o esclarecimento do sentido da lei, em dadas condições, a adaptação da lei às novas necessidades e concepções da atualidade. O *fim da analogia* é, ao contrário, o *preenchimento de lacunas legais* através do alargamento e posterior desenvolvimento de uma disposição jurídica (= nova criação do Direito).

2. Toda interpretação começa no *texto* da lei com o auxílio da linguagem natural e especialmente jurídica [...] Quando o texto apresenta equívocidade, consideram-se, como meios auxiliares da interpretação, a *história da formação da lei sistemática da totalidade da lei* [...] e a *conexão sistemática da totalidade da lei* [...] O verdadeiro núcleo da interpretação situa-se, contudo, no problema acerca da *função protetiva especial e do sentido objetivo e finalidade da lei* [...]

Em situações já alteradas não interessa como o legislador histórico originariamente entendeu o conceito carecedor de interpretação [...] pois obrigatório para o Juiz não é a “vontade do legislador”, mas a “*vontade objetiva da lei*” [...]

Se, conforme o sentido e finalidade da lei é exigível uma interpretação *extensiva ou restritiva*, só o caso concreto é que poderá [...] Sobre o *sentido literal possível*, como o limite mais extremo do significado da palavra, não deve se importar a interpretação extensiva [...]<sup>52</sup>

Não se pode perder de vista que, no centro do sistema jurídico do direito penal, encontra-se a pessoa humana e o direito penal não somente serve como *limite à liberdade*, mas, também, como *instrumento de liberdade individual contra a*

<sup>51</sup> SILVA, P., 2004a, p. 93-100.

<sup>52</sup> WESSELS, 1976, p. 13 e 14.

*arbitrariedade*. Trata-se do caráter dúplice do princípio: ao mesmo tempo em que autoriza a invasão da esfera de liberdade, restringe e limita esta invasão. O fundamento ético do princípio assenta no respeito e valorização da dignidade humana, quer autorizando a invasão lícita na esfera de liberdade, quer limitando esta invasão para preservar a liberdade. A intervenção não poderá ser arbitrária ou excessiva, pois o princípio da legalidade e os princípios correlatos situam-se entre os limites formais e materiais ao direito de punir.

Diante da revisão da doutrina, o direito penal encontra-se assentado em diversos fundamentos, sendo que o princípio da legalidade não se concretiza sem que outros princípios penais sejam concomitantemente aplicados. Para Lloyd, a supremacia do direito deve reunir as necessárias garantias para assegurar o devido processo legal.<sup>53</sup> O devido processo legal e os vários princípios penais basilares em conjunto é que vão permitir e garantir a aplicação efetiva do princípio da legalidade na persecução penal como um todo. A ausência de algumas garantias cria fatores de instabilidade do princípio, podendo causar inclusive a sua supressão, transformando-o em mero legalismo.

### 2.1.3 Sistemas Penais Nacionais

A noção do princípio da legalidade e seus padrões originalmente derivaram dos sistemas penais nacionais histórica e doutrinariamente, em especial nos sistemas de *common* e *civil law*.<sup>54</sup> A supremacia do direito<sup>55</sup> se encontra presente em ambos os sistemas legais<sup>56</sup>, sendo possível o estudo de outras tradições legais do mundo, para aferir-se em que extensão o princípio da legalidade é acolhido.

---

<sup>53</sup> LLOYD, 1998, p. 196-198.

<sup>54</sup> BOOT, 2002, p. 77.

<sup>55</sup> Sobre os limites da supremacia do direito, ver: FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Estudio preliminar Cristóbal Orrego S.. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000, p. 301-304: "Una investigación sobre los límites del imperio del derecho es una investigación no solamente sobre la metodología judicial desarrollada para dar cuerpo y reforzar el imperio del derecho, sino también sobre la "teoría general del derecho" que, aun cuando evite todo interés por "ideologías y valores, refleja fielmente esa metodología y por tanto, quiéralo o no, el interés por los valores que informa esa metodología. Un juez que no sea consciente de los límites de una metodología que es suficiente para tiempos normales responderá inadecuadamente a problemas que se salen de lo normal. [...]"

<sup>56</sup> SOUZA JÚNIOR, 2002.

Histórica e doutrinariamente, no entanto, o princípio da legalidade originou-se dos sistemas de *common* e *civil law*. Reconhece-se a existência de quatro tradições jurídicas no mundo, segundo Reichel: *common tradition*, *civil tradition*, *socialist tradition* e *islamic tradition*. Quanto às fontes do direito material e a autoridade de onde emanam, respectivamente, predominam em cada uma das tradições citadas: costume e interpretação judicial; lei escrita e legislador; princípios da revolução socialista e várias agências governamentais; e a revelação divina e Deus. Os procedimentos em processos criminais se assemelham aos processos acusatórios ou inquisitórios em todas as tradições.<sup>57</sup>

Hodiernamente, o princípio da legalidade está inscrito nas Constituições de todos os regimes democráticos e liberais do mundo. Também, pode ser encontrado em regimes totalitários de forma incompleta ou deformada quanto à previsão legal, ou ainda, quanto à sua interpretação.<sup>58</sup> Gallant demonstra que o princípio da legalidade desenvolveu-se consideravelmente após a IIª Guerra, em especial quanto ao reconhecimento da *irretroatividade dos crimes e das penas*, através de legislação interna ou mediante a adesão aos tratados internacionais de direitos humanos. O reconhecimento teve bastante impacto nos sistemas de *common law*, nos Estados descolonizados e naqueles que obtiveram sua independência no pós-guerra. O princípio do *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* é uma norma universal de direitos humanos aceita pela esmagadora maioria da comunidade das nações.<sup>59</sup>

Nos direitos nacionais, Palazzo observa nas Constituições o reforço do vínculo entre política e direito penal. Há um temor de que o poder utilize o direito penal através da sanção criminal, com finalidades outras que não a realização de justiça, com proteção da dignidade humana, havendo numerosos limites constitucionais garantidores tanto no plano formal como no substancial. Várias são também as afirmações constitucionais a propósito da intangibilidade da dignidade humana.<sup>60</sup>

Podemos traçar um quadro comparativo entre os dois principais sistemas. Nos sistemas de *common law*, as fontes do direito são múltiplas: incluem

---

<sup>57</sup> REICHEL, Philip L.. **Comparative Criminal Justice Systems**. Fourth edition. USA: Pearson Education, 2005, p. 104-188.

<sup>58</sup> AMBOS, 2008b, p. 35

<sup>59</sup> GALLANT, Kenneth S. **The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law**. Cambridge University Press, 2009, p. 301 e 302.

<sup>60</sup> PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p.17 e 18.

jurisprudência, leis escritas, direito natural, eqüidade e doutrina jurídica revestida de autoridade. O direito é entendido como um remédio para a solução de controvérsias. Os instrumentos de controle de legalidade e legitimidade estão centrados no procedimento, no devido processo legal. Quanto aos princípios gerais de direito, destaca-se o princípio da razoabilidade sopesando os dados fáticos do conflito e da experiência do justo em concreto. Existe uma relação entre política e direito de solução pragmática de autolimitação: o governo dita a última palavra em política e as altas Cortes, a última palavra em termos de direito. O *rule of law* consiste em uma cultura política de ver os assuntos públicos. A submissão do poder ao direito pode ser classificada como judicialista. Os direitos são concebidos como direitos naturais e históricos. O direito é percebido como um processo inacabado em franca evolução, cuja origem decorre de experiências sociais concretas. Existe um estímulo para o desenvolvimento do direito a partir da pré-concebida insuficiência do direito existente.<sup>61</sup>

Pomorski salienta que o modo de raciocinar juridicamente nos sistemas de *common law* traz sérias implicações sobre a amplitude da aceitação do princípio da legalidade nestes sistemas. As construções judiciais de um *statute*, incorporadas em um precedente tornam-se parte integrante do *statute*, tão vinculantes quanto o próprio *statute*. O *common law*, no que se refere ao direito penal, tem tripla função: constitui uma base independente para impor a responsabilidade criminal por uma conduta; exerce influência em determinar a responsabilidade prevista em um *statute* penal e é fonte da parte geral do direito penal. Outro aspecto importante a ser considerado é que as garantias processuais no *common law* são dominantes, enquanto que as garantias de direito material têm menor peso.<sup>62</sup>

Nos sistemas de *civil law*, a fonte do direito por excelência é a lei escrita, codificada e submetida ao princípio da legalidade. As leis têm por finalidade mais prevenir situações futuras de que remediar casos concretos. O direito é preexistente às situações fáticas que procura normatizar, contendo princípios e regras para orientar o comportamento das pessoas. Os instrumentos de controle da legalidade e legitimidade estão centrados no direito material e no valor de justiça da legalidade

---

<sup>61</sup> MENAUT, Antonio Carlos Pereira. **Rule of Law o Estado de Derecho**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2003.

<sup>62</sup> POMORSKI, Stanislaw. **American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege**. Second revised and enlarged edition. The Hague: Polish Scientific Publishers Warszawa, 1975, p. 3-9.

vigente. Dá-se maior relevância ao princípio da proporcionalidade através da ponderação de valores em abstrato. Não há clareza na divisão das funções política e jurídica, concentradas, em princípio, nos poderes legislativo e executivo. A relação política-direito é resolvida pelos tribunais constitucionais. O direito é concebido como instrumento técnico de organização da vida social. O direito é proveniente da legislação e do Estado, com vocação universal e atemporal: fala-se em estado de direito. O direito se formula através de premissas extraíndo-se as conseqüências através de um processo de derivação: parte-se do direito em direção ao fato. A concepção de direito tem como ponto de partida o ideal de justiça considerado abstratamente.<sup>63</sup>

O que basicamente diferencia os sistemas de *common law* e *civil law* no que se refere à lei penal substantiva assenta-se nos métodos de raciocínio legal e nas fontes do direito penal. Diferentes sistemas podem resultar em formas diferentes de se encarar o princípio da legalidade, sem prejuízo, no entanto, da efetividade das garantias penais para o indivíduo. A persecução penal democrática ocorre em ambos os sistemas jurídicos sejam de *common* ou de *civil law*, nas palavras de Safferling:

With increasing democratization another factor came into play: the notion that government or executive powers cannot arbitrarily interfere with human beings. As the state was no longer conceived of as an absolutist monarchy in which citizens were subjects of the ruler, but shifted to being perceived as a democratic republic, where free and equal individuals decided over their common fate themselves, criminal trials had to be restructured according to this. On the one hand, criminal law from this time onwards could only serve as a tool for protecting the common and individual legal goods (Rechtsgüter), that is, the very basis of the secular society. On the other hand, all through investigation and trial state authorities had to pay respect to the inviolability of the individual suspect. This notion prevailed in states which emerged from the Enlightenment and were based on written constitutions encompassing a Bill of Rights. Therefore the *emphasis* on the respect of the individual's inviolability is more commonly observed in the United States and on the Continent than in the legal system in England. As the United Kingdom never had a written constitution or a Bill of Rights, and indeed has only recently made efforts to make the ECHR applicable in English courts, civil liberties do not seem to play a major role there in the rhetoric of discussions on criminal justice reforms. [...]

Although above we found a major difference in how the path to the aim of finding the truth is pursued, we are here confronted with an important

---

<sup>63</sup> MENAUT, 2003.

similarity. The respect for the human being must be at the centre of any criminal procedure. <sup>64</sup> [grifo nosso]

A codificação do direito penal em leis é uma consequência da filosofia iluminista no direito continental: o princípio da legalidade requer legislação escrita, anteriormente criada e promulgada pelo legislador. A legislação deve ser clara aos indivíduos e não deve ter efeito retroativo ou ser aplicada retroativamente pelos Juízes. Os esforços em codificar o *common law* inglês não obtiveram sucesso, aparentemente em virtude da convicção enraizada na sociedade de que o Judiciário, mais que o Legislativo, era confiável para conservar a ordem legal existente. Os modelos penais de *common law* apresentam uma sistematização menor, mais recente e de maior pragmatismo que os modelos penais de *civil law*. Ambos exemplifica com o Código Penal Modelo, contendo a sistematização da Parte Geral no sistema americano, cuja publicação ocorreu somente em 1962, ao passo que o primeiro trabalho doutrinário sobre uma perspectiva sistemática e comparatista de George Fletcher, foi publicado apenas em 1978. <sup>65</sup> Para Cameron, nos países de *common law*, o direito penal internacional apenas foi reconhecido como disciplina autônoma recentemente. Reputa-se a sua criação e domínio por juristas dos países de *civil law*. Há problemas terminológicos na disciplina, faltam consistência, harmonia e uma teoria geral para evolução futura e desenvolvimento dogmático. <sup>66</sup>

Hart adverte que é uma ilusão considerar que o princípio da legalidade previsto em uma lei tenha menor *incerteza que o princípio da legalidade extraído de precedentes*. A distinção entre as incertezas da *comunicação por exemplos dotados de autoridade*, os precedentes e as certezas de *comunicação através da linguagem geral dotada de autoridade*, legislação é *menos firme do que sugere este contraste ingênuo*. Seja qual for o sistema escolhido, de precedentes ou legislação, para comunicação de padrões de comportamento, estes, revelar-se-ão indeterminados em algum momento em que a sua aplicação necessite de interpretação. Os

---

<sup>64</sup> SAFFERLING, Christoph. **Towards an International Criminal Procedure**. Oxford University Press, 2001, p. 19 e 20.

<sup>65</sup> AMBOS, 2008b, p. 15: “El Código Penal Modelo, por ejemplo, fue el primer acercamiento sistemático a la Parte General en el mundo angloamericano, y fue solamente publicado por el American Law Institute en 1962. En lo que a la doctrina se refiere, “*Rethinking Criminal Law*” de George Fletcher, el primero trabajo norteamericano sobre Derecho penal basado en una perspectiva sistemática y comparativa, no fue publicado hasta 1978.”

<sup>66</sup> CAMERON, Iain. **The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction**. Brookfield, USA: Dartmouth, 1994, p. 10.

legisladores humanos não podem ter conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer e esta *incapacidade de antecipar acarreta uma relativa indeterminação de finalidade*. A textura aberta significa que há áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam de caso para caso. “Num sistema em que o *stare decisis* é firmemente reconhecido, esta função dos tribunais é muito semelhante ao exercício de poderes delegados de elaboração de regulamentos por um organismo administrativo”.<sup>67</sup>

Enquanto no direito continental assume-se por pressuposto a completude do sistema jurídico, Pomorski salienta que, na base dos sistemas de *common law*, assume-se, pelo contrário, a incompletude do sistema jurídico. As normas nascem das controvérsias legais, sendo ricas em conteúdo e estreitas quanto ao âmbito de aplicação. Como estes sistemas são por definição incompletos, as lacunas inevitáveis são preenchidas pelos Juízes.<sup>68</sup> Boot observa que, enquanto nos sistemas de *civil law*, a aplicação analógica de uma lei é uma ferramenta para preencher uma lacuna legal, nos sistemas de *common law* o raciocínio analógico é a técnica aplicada para obter a *ratio decidendi* de um precedente para um novo caso.<sup>69</sup> A regra da *strict construction* e a doutrina do *void for vagueness* dão realidade ao princípio da legalidade nestes sistemas.<sup>70</sup> Para Ambos, no direito inglês, a *lex stricta* pode ser considerada como equivalente à regra de construção ou interpretação estritas, isto é, os Juízes estão obrigados a interpretar a lei penal estritamente, favorecendo o acusado em caso de dúvida. *Lex stricta* como proibição de analogia *in malam partem* é de difícil aplicação nos sistemas tradicionais de *common law*, pois o recurso à analogia não está proibido e é visto como parte do processo de descobrimento intrínseco à criação judicial do direito.<sup>71</sup>

Cassese expõe que, enquanto os países de *civil law* tendem à doutrina da estrita legalidade, nos países de *common law*, o *judge-made law* prevalece, ainda que haja uma tendência à codificação e à doutrina da legalidade estrita. No direito inglês, o papel do judiciário em determinar condutas como criminosas sem que haja

---

<sup>67</sup> HART, 2001, p. 139-143 e 148-149.

<sup>68</sup> POMORSKI, 1975, p. 201 e 202.

<sup>69</sup> BOOT, 2002, p. 113.

<sup>70</sup> POMORSKI, 1975, p. 78-89.

<sup>71</sup> AMBOS, 2008b, p. 28-31.

lei escrita, não pode ser totalmente excluída, tendo em vista a existência de crimes de *common law*, ao lado dos crimes previstos legislativamente. As chamadas *common law offences*, resultam dos precedentes jurisprudenciais, e, portanto, podem prescindir daqueles requisitos da rígida previsão e certeza próprias da legislação escrita. Estes crimes não estão estritamente sujeitos ao princípio da não-retroatividade. A Corte Europeia de Direitos Humanos não considera estes casos como questionáveis ou de qualquer forma contrários aos direitos fundamentais da convenção.<sup>72</sup>

Boot expõe que a doutrina da *void for vagueness* e a regra da *strict construction*, hoje em dia são reconhecidas como corolários do princípio da legalidade no sistema americano. Considera este desenvolvimento como provavelmente motivado pelas violações destes princípios durante o regime nazista na II<sup>a</sup> Guerra. As idéias principais da *void for vagueness doctrine* objetivam promover um *fair warning* e evitar decisões oficiais arbitrárias, o que corresponde à idéia ou noção de *lex certa*. As idéias da regra da *strict construction* correspondem com a *lex stricta*: significam a garantia da primazia da legislação sobre a jurisprudência. O autor, comparando dois sistemas de tradições diversas como o direito alemão e o direito americano, observa que as idéias subjacentes ao princípio da legalidade são bastante similares. O princípio tem como objetivo prevenir a arbitrariedade e a discricionariedade na aplicação da lei penal. Em ambos os sistemas reconhece-se que o legislador tem primazia sobre a determinação da conduta como criminal. O judiciário está subordinado ao legislador. Em ambos os sistemas, a legislação é relevante para a determinação do conteúdo da lei penal. O outro fator de semelhança se refere à noção germânica de *previsibilidade* e à noção americana de *notice ou fair warning*: em ambos os sistemas, o princípio da legalidade pretende que o indivíduo possa escolher entre engajar-se ou não em determinada conduta, tendo como base a lei.<sup>73</sup> A estrutura do tipo do injusto penal difere nos sistemas considerados: no *civil law*, o injusto está ligado aos conceitos de tipicidade e ilicitude e a pena ao princípio da culpabilidade; no *common law* o injusto compõe-se do *actus reus* e *mens rea* e a punibilidade está ligada a *defences*.

---

<sup>72</sup> CASSESE, 2003a, p. 141 e 142.

<sup>73</sup> Para um estudo pormenorizado do princípio da legalidade nos sistemas alemão e americano, consultar: BOOT, 2002.

Pouca atenção tem sido dada, nas doutrinas nacionais, quanto à criação de tribunais novos ou especiais para julgar crimes (tribunais *ad hoc*), como uma violação do princípio da legalidade, independentemente da existência prévia de tribunais que pudessem julgar estes crimes. Gallant salienta que este princípio é originariamente derivado das Constituições dos sistemas de *civil law*. O princípio também é defendido pela doutrina de direitos humanos porque tribunais especialmente constituídos sempre foram utilizados como instrumentos de repressão, almejando atingir determinadas pessoas, geralmente por questões políticas, com a criação e aplicação retroativa do direito penal. Cita entre os Estados que não admitem a criação de tribunais criminais *ad hoc*, em suas Constituições: Argentina, Bolívia, Chile, El Salvador, Itália, Peru e Suécia, bem como os signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 8).<sup>74</sup>

Outro princípio que tem merecido pouca atenção da doutrina é o princípio do *ne bis in idem*, que tem princípio correlato na tradição de *common law*, nas palavras de Archbold: “In *common law* jurisdictions this *maxim* is referred to as double jeopardy. It seeks to ensure that an accused person is not tried twice for the same crime and forms a part of most national legal systems.”.<sup>75</sup>

Não apenas as fontes legítimas de incriminação diferem entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, mas também o procedimento no processo penal tem características peculiares, porém a finalidade da persecução penal coincide. Nas palavras de Safferling:

Consequently, states have tried to establish a procedure they consider best at establishing the truth. On the Continent they inclined towards having an inquisitor who would question the suspect, whereas the English form developed as a more discursive process. In countries where torture was applied, there was a strong belief that this method would reveal the true conduct of the crime. From our viewpoint today we know that the opposite is true: truth is distorted by questioning under torture.

On the Continent the belief was and is still held that the material truth is there and just needs to be detected. Common law systems were rather established according to the view that the truth would come out in a discussion between adversarial parties. The underlying aim of criminal prosecution however is the same in any system: to discover the truth. Criminal process is understood as “[t]he complex set of rules and practices which have as their aim the application of the rules of the substantive criminal law and of criminal responsibility, mainly by means of making the appropriate determinations of fact, so as to bring into play the rules of

---

<sup>74</sup> GALLANT, 2009, p. 40 e 290.

<sup>75</sup> ARCHBOLD, John Frederick. **Archbold: international criminal courts: practice, procedure and evidence.** Contributors Rodney Dixon, Karim A. A. Kahn, Richard LL.B. May. London: Sweet & Maxwell, 2003, parágrafos 17-25 e 17-26.

criminal punishment'. The system of criminal courts could be called diagnostic as it serves '[t]o identify and determine the disposal of those who should, because they have broken the law, be liable to special coercive measures'.<sup>76</sup>

O sistema inglês pode ser considerado como o mais puro sistema de *common law*, tanto que resistiu até muito recentemente à incorporação ao direito interno da Convenção Européia de Direitos Humanos. Neste sistema, ainda há exemplos da aplicação do *common law* atualizando conceitos de crimes. A *conspiração com o fim de corromper a moral pública* e a *extensão do crime de estupro para o marido* são exemplos de ampliação das leis penais pelos Juízes ingleses, porém, de maneira geral, existe grande respeito pela irretroatividade da lei.<sup>77</sup> Dificilmente poderemos encontrar um sistema puro. Os sistemas de *common law* têm demonstrado tendência à codificação (por exemplo, o Código Penal Modelo americano), enquanto que precedentes jurisprudenciais passam comumente a embasar pretensões jurídicas nos sistemas de *civil law*. Parece haver convergência para um sistema misto, colhendo-se o que cada um tem de melhor.

O direito penal internacional tem uma semelhança forte com o direito penal de países de tradição *common law*, como a Inglaterra, onde paralelamente aos crimes previstos em *lei*, existem crimes de *common law*, desenvolvidos através de precedentes judiciais. A existência de uma enorme e rica jurisprudência desenvolvida por séculos e a subordinação da estrutura do judiciário à doutrina do precedente judicial, bem como a extração de princípios gerais deste material tendem a suprir as exigências de certeza e previsibilidade, próprias a qualquer sistema de direito penal. No direito internacional, o papel construtor dos tribunais nacionais, ou internacionais, são cruciais, pois cabem aos tribunais lançar luz e dar precisão legal às regras de natureza costumeira. Os tribunais desempenham um papel indispensável para certificar a existência e conteúdo das normas costumeiras, a interpretação de previsões de tratados e a elaboração baseada em princípios gerais, de categorias indispensáveis para a aplicação das normas penais internacionais. Principalmente devido às decisões judiciais é que o direito penal internacional está progredindo tão rapidamente. As mudanças legais ocorrem lado a lado com a

---

<sup>76</sup> SAFFERLING, 2001, p. 18.

<sup>77</sup> MATUTE, Javier Dondé. **Princípio de Legalidad Penal**: perspectivas del derecho nacional e internacional. Ed. México Universitario [...], 2007, p. 133 e 134.

crescente sofisticação do sistema legal, passando gradualmente da doutrina da justiça substantiva para a doutrina da estrita legalidade.

Cassese considera relevante a compreensão dos diversos sistemas de Juízes treinados nos sistemas jurídicos de *common law* ou de *civil law*, que têm uma postura diferente nos julgamentos internacionais no que se refere aos precedentes.<sup>78</sup> O autor destaca a necessidade de uma abordagem que permita introduzir na confluência do direito internacional e do balanço comparativo dos sistemas existentes uma certa objetividade. Demonstrou que os Juízes do Tribunal Penal Internacional estabeleceram com facilidade que o objeto fundamental da interpretação é descobrir o objetivo e a intenção verdadeira do texto, qualquer que seja o sistema, utilizando-se dos meios de interpretação admitidos em todos os sistemas jurídicos e separando aqueles que só surgem em determinados sistemas.<sup>79</sup>

Observa-se uma vocação dos direitos penais nacionais em se harmonizarem e se internacionalizarem: uma espécie de movimento dos direitos nacionais em direção ao direito internacional, provavelmente motivado por necessidades de maior cooperação entre os Estados. Dentro deste espírito podem ser citadas iniciativas de cunho doutrinário, iniciativas intergovernamentais, comunitárias ou supranacionais. Estas iniciativas são interessantes, na medida em que indicam a percepção do direito penal enquanto consenso obtido por vários representantes de diversos sistemas de direitos penais. Exemplo de iniciativa doutrinária é o *Código Penal Tipo para a América Latina*, projeto dogmático que visa à unificação legislativa na América Latina, do Instituto de Ciências Penais do Chile (1962-1971), com pouquíssima repercussão prática.<sup>80</sup> De caráter intergovernamental, o *Tratado de Assunção*, criador do Mercosul (1991), prevê protocolos de cooperação entre os

---

<sup>78</sup> CASSESE, 2003a, p. 20-22 e 28-30.

<sup>79</sup> CASSESE, Antonio. **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. Org. Antonio Cassese, Mirelle Delmas Marty. Tradução de Silvio Antunha. Barueri, SP: Manole, 2004. (b), p. 66-69 e 110-112.

<sup>80</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **O Direito Penal Comparado na América Latina**. Disponível em: <[http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno\\_artigos/arquivo30.pdf](http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo30.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2009. ver também: GRINOVER, Ada Pelegrini. **Influência do Código de Processo Penal Modelo para a Ibero-América na Legislação Latino Americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro**. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/592/31.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2009.

Estados membros, inclusive em matéria penal.<sup>81</sup> O *Corpus Juris*, de natureza comunitária (1997), no âmbito da União Européia, objetiva a unificação da proteção penal dos interesses financeiros comunitários.<sup>82</sup> A nível supranacional, o *Tratado de Roma*, criador do Tribunal Penal Internacional, organismo de caráter supranacional, aberto à adesão de todos os Estados da comunidade internacional, objetiva o julgamento dos mais graves crimes internacionais. Por outro lado, há também um movimento inverso de recepção do direito penal internacional, em especial do direito dos tribunais penais internacionais, aos direitos internos, ilustrativamente: a França procedeu a internalização dos instrumentos constitutivos do Tribunal para Ruanda em seu direito interno (Lei nº 96-432 (1996), adaptou o direito francês à resolução 955 do Conselho de Segurança das Nações Unidas). Quanto ao Tribunal Penal Internacional, por exemplo, na Alemanha, o *VStGB* (2002)<sup>83</sup> e no Brasil, o Decreto nº 4.388 (2002)<sup>84</sup>.

O direito comparado oferece uma imagem heterogênea do princípio da legalidade e dos princípios correlatos. As diferentes concepções decorrem dos diferentes métodos de raciocínio entre os sistemas considerados, a hierarquia legal conferida aos princípios (constitucional ou legislação ordinária) e na extensão e detalhamento com o qual o princípio é acolhido pelo direito vigente, isto é, incluem-se, além do princípio da legalidade, outros princípios basilares correlatos ao devido processo legal. Uma síntese de direito comparado é possível apenas em linhas muito gerais, porém existe o traço comum da preocupação de se proteger a pessoa contra o exercício de arbitrariedades por parte dos Estados e, por outro lado, autorizar legalmente a invasão desta esfera quando necessária. É através da doutrina penal que ocorre uma síntese e a concepção do princípio do ponto de vista do ideal de justiça, com todos os atributos que lhe seriam desejáveis. Assim, de

---

<sup>81</sup> MERCOSUL. **Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais.** MERCOSUL/CMC/DEC. N° 2/96. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/msweb/Normas/Tratado%20e%20Protocolos/Dec\\_002\\_096\\_Prot%20Assist%20Jur%20M%C3%BAtua%20Assunt%20Penais\\_At%201\\_96.pdf](http://www.mercosur.int/msweb/Normas/Tratado%20e%20Protocolos/Dec_002_096_Prot%20Assist%20Jur%20M%C3%BAtua%20Assunt%20Penais_At%201_96.pdf)>. Acesso em 25 set. 2009.

<sup>82</sup> Sobre o tema: VERVAELE, John. **A União Européia e a Harmonização da Aplicação das Políticas Penais.** Um Cessio Bonorum ao Terceiro Pilar? Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Disponível em: <[http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira\\_edicao/artigo\\_John\\_Vervaele\\_a\\_uniao.pdf](http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_John_Vervaele_a_uniao.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2009.

<sup>83</sup> KREß, Claus. **Tribunal Penal Internacional:** aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional Alemão. Org. Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

<sup>84</sup> BRASIL. **DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002.** Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em: 23 set. 2009.

extrema valia considerar os trabalhos doutrinários clássicos de direito penal, processo penal e direito constitucional de cada sistema jurídico estudado porque exprimem o ideal do princípio naquele sistema em particular.<sup>85</sup>

No direito comparado, como exemplifica Ambos, França, Bélgica e Suíça distinguem entre *nulla poena* e *nullum crimen* e aplicam a *lex certa*. Algumas Constituições contêm o princípio da legalidade, como a Lei Fundamental Alemã, artigo 103.2., outras apenas prevêm a proibição de retroatividade, como a Constituição dos EUA (com o princípio do *nullum crimen sine lege* contido na cláusula *ex post facto* da Constituição Americana). O princípio também está reconhecido constitucionalmente no direito árabe-islâmico que é, segundo o autor, fortemente influenciado pela tradição continental.<sup>86</sup> Cassese ressalta que os sistemas nacionais contribuem como fonte para o direito internacional com o sistema normativo doméstico (direito positivo), mas muitas normas costumeiras tiveram origem na jurisprudência dos tribunais nacionais, em casos relacionados aos crimes internacionais, em especial quanto aos crimes de guerra. O direito penal internacional paulatinamente recepcionou a gradual transposição de normas e construções que eram próprias aos direitos penais nacionais e aos processos penais nacionais. Essa transposição não foi pacífica, tendo em vista que os direitos nacionais não apresentam uma regulação uniforme do direito penal. O autor vislumbra que os direitos nacionais penais são bastante diferenciados, conforme expõe:

National legal orders do not contain a uniform regulation of criminal law. On the contrary, they are split into many different systems, from among which two principal ones emerge: that prevailing in common law countries (the UK, the USA, Australia, Canada, many African and Asian countries), and that obtaining in civil law countries, chiefly based on a legal system of Roman-German origin, (they include States of continental Europe, such as France, Germany, Italy, Belgium, the countries of Northern Europe such as Norway, Sweden, Denmark, as well as Latin American countries, and many African and Asian States including for instance China). The heterogeneous and composite origin of many international rules and institutions of both substantive and procedural criminal law, a *real patchwork of normative standards* [...].<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> Livros interessantíssimos de direito comparado em matéria penal: MATUTE, 2007; GALLANT, 2009 e REICHEL, 2005.

<sup>86</sup> AMBOS, 2008b, p. 35-45.

<sup>87</sup> CASSESE, 2003a, p. 18.

Para Bogdan, os princípios penais e sua gênese nos sistemas nacionais são de vital importância para a compreensão do fenômeno penal internacional, na medida em que funcionam como fonte do direito internacional.<sup>88</sup> A diferença entre os sistemas penais nacionais e as normas penais internacionais reside no desenvolvimento rudimentar do direito internacional, implicando que os princípios do direito penal ainda não sejam aplicáveis, no âmbito internacional em todas as suas dimensões.<sup>89</sup> Ambos adverte quanto aos cuidados necessários para que se possa extrair um princípio geral de direito derivado dos sistemas jurídicos do mundo, enquanto fonte do direito internacional público, conforme explica:

Se sobreentiende que la comparación jurídica para la obtención de un principio general del derecho, en el sentido del artículo 38.1.c del ECIJ, no puede agotarse en la reunión descriptiva de diversas normas de derecho nacional. Más bien, estas normas constituyen solamente la base para la elaboración del *principio* que se encuentra *detrás* de ellas (*common principle behind*), de la cuestión valorativa esencial y válida para todos los ordenamientos jurídicos y de su solución generalmente aceptable. Lo decisivo es, por tanto, el *nivel de los principios*, no el de la regulación. En nuestro contexto, la importancia de esto no se debe subestimar, pues en la elaboración por medio del derecho comparado de principios generales del derecho penal o de una parte general –en el sentido continental europeo – existen, en el nivel de los principios, más similitudes entre el *civil law* y el *common law* de lo que por lo común se acepta. Resumiendo, se trata de una *comparación jurídica valorativa orientada a principios*, que sirve al desarrollo de principios generales de derecho penal sobre la base del ECPI.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> BOGDAN, Michael. General principles of law and the problem of *lacunae* in the law of nations. **Nordisk tidsskrift for international ret**, v. 46, 1977, p. 37-53, p. 42-44: “[...] Some writers, especially from the socialist states, assert that the general principles of law recognized by civilized nations as referred to in article 38 do not comprise principles of municipal legal systems of the various nations, but only principles of *international law*. There are also Western writers who are of the same view. If this assertion were true, the special reference to general principles of law in article 38 would be quite without meaning, since principles of international law can obviously be invoked already within the framework of conventional or customary international law. [...] There is no doubt that the authors of article 38 intended by general principles of law the principles of domestic law. [...] It must be stressed that the general principles of law must be found in the *positive* legal system of the civilized world, since they must be “recognized by civilized nations”. [...] the general principles of law were included into article 38 mainly in order to fill conceivable gaps left by treaties and custom. As long as there is a valid international agreement or an established international custom, there is hardly any need to resort to the general principles of law. [...] the general principles of law are only a subsidiary source of international law, to be used only when treaties and legal custom provide no answers and when the outcome cannot be that the parties may behave as they find fit. But the general principles of law are an independent source and their standing must not be confused with the standing of the subsidiary means for the determination of rules of international law, like the judicial decisions and the teachings of publicists defined in article 38(1)(d) of the Statute of the International Court of Justice.”

<sup>89</sup> CASSESE, 2003a, p. 135-136.

<sup>90</sup> AMBOS, Kai. **Temas Actuales del Derecho Penal Internacional**: contribuciones de América Latina, Alemania y España. Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jan Woischnik. Uruguay: Mastergraf, 2005. (b), p.17.

História, doutrina e sistemas penais nacionais demonstram os traços principais do princípio da legalidade: o crime deve estar previsto no direito, no tempo da conduta (*nullum crimen sine praevia lege*, que, na verdade, é a especialização penal do adágio geral *tempus regit actum*); a pena deve estar prevista no direito, no tempo da conduta (*nulla poena sine praevia lege*); os tribunais devem estar estabelecidos anteriormente à prática da conduta; o direito penal deve ser claro e inteligível; a interpretação e aplicação do direito penal deve obedecer a princípios razoáveis e lógicos; a punição tem caráter pessoal, admitindo-se, por vezes, a pena de morte e em geral o que não está proibido pelo direito é lícito.

#### 2.1.4 Legalidade Totalitária

Lafer assinala que as experiências históricas concretas do direito soviético e direito nazista sinalizam os limites dentro dos quais a reserva legal tornou-se inócua. A ruptura totalitária mostrou a inadequação dos conceitos elaborados pela tradição do positivismo jurídico ao identificar o direito com a lei, não pelo fato de reduzir a riqueza da experiência jurídica à lei, mas pelo fato de que, num regime totalitário, a redução do direito à lei é uma redução do direito ao ditador. Paradoxalmente, não pode haver também uma total separação entre direito e lei, de maneira que um possa agir independentemente do outro.<sup>91</sup> O direito, enquanto desprovido de referência ao primado do ser humano, não foi capaz de evitar as aberrações do século XX. Schmidt demonstra a existência de uma íntima relação entre o princípio da legalidade e o Estado democrático de direito, bem como uma relação entre justiça e legalidade, há circunstâncias políticas *sine qua non* o princípio da legalidade não prospera em sua finalidade:

Não se deve esperar que a reserva legal detenha um poder garantidor absoluto do cidadão contra o abuso estatal, [...] A lei, em sentido formal e

---

<sup>91</sup> LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 178 e 179.

material, tem um grau bastante elevado de variação lingüística que embebeda o intérprete com um poder argumentativo acentuado. [...] a primordial função do princípio da legalidade é vincular o método e a ideologia do e no direito penal.<sup>92</sup>

Batista admite a construção de um direito penal subjetivo antes do momento legislativo apenas através do contrato social, ou do direito natural, como fundamentos.<sup>93</sup> No direito interno, segundo Schmidt, o sistema constitucional é o responsável pela eleição dos bens jurídicos tuteláveis mediante as proibições penais, não somente através dos direitos fundamentais, mas também através dos princípios decorrentes do regime democrático e da própria Constituição, sem excluir os tratados internacionais, constituindo o que denomina *sistema constitucional-penal*, conceituando-o como “o conjunto de princípios, positivados ou não que guardam consonância com o ordenamento constitucional e que, como tais, vinculam toda a atividade de nosso Estado em matéria penal”.<sup>94</sup>

Como derrogação do princípio de legalidade nos Estados totalitários, Luisi cita como exemplos o artigo 16 do Código Penal Russo de 1926 e também o artigo 20 do Código Penal Alemão em 1935.<sup>95</sup> Segundo Reale Júnior, no direito penal soviético até 1960, apresentavam-se características totalitárias tais como a admissibilidade da analogia, o critério da periculosidade social da ação e do seu autor. Na Alemanha nazista havia uma distinção entre lei e direito, reconhecido o direito como atuante independentemente da lei positiva. Em um caso concreto poderia ser aplicada uma solução não normativa, mas jurídica, derivada do ordenamento concreto. As fontes materiais do direito ditavam as diretrizes para a realização da justiça concreta. Toda a certeza jurídica desaparece quando se procura realizar a justiça material fundada apenas no sentido jurídico efetivo ou factual da comunidade. O conceito de reserva legal é substituído por uma concepção material contingente, segundo a qual, a configuração do delito depende do espírito da lei ou do seu sentimento do povo. A analogia é adotada segundo a idéia de que deve ser punível toda a ação de acordo com o pensamento fundamental de uma lei penal, por ser esta uma expressão do querer comunitário.<sup>96</sup>

---

<sup>92</sup> SCHMIDT, 2001, p. 361 e seguintes.

<sup>93</sup> BATISTA, 2002, p.107.

<sup>94</sup> SCHMIDT, 2001, p. 312.

<sup>95</sup> LUISI, 2003, p. 20 e 21.

<sup>96</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 23-30.

Segundo Batista, na China, mesmo após o Código de 1979, as portas ainda estão abertas ao indiscriminado emprego da analogia.<sup>97</sup> Na Alemanha Oriental, enquanto foi exercida a ditadura comunista, o direito penal foi utilizado como um meio de imposição da sua ideologia ou como um meio de assegurar a sua vigência. Brandão expõe que o princípio da legalidade socialista deita suas raízes no comunismo soviético de guerra nos anos de 1917 a 1921, que apregoava em não estar o direito penal restrito às leis, mas vinculado à consciência revolucionária.<sup>98</sup> Outros sistemas, como a doutrina islâmica, têm a preocupação de vincular os crimes de seu sistema ao princípio da legalidade, porém é discutível que haja vinculação, pelo menos na mesma amplitude que se reconhece ao princípio nos Estados democráticos de direito.<sup>99</sup>

Os dois maiores Estados comunistas, como noticia Gallant, a União Soviética e China, rejeitam o princípio da legalidade, especialmente no direito penal: “legality impaired the ability of the ruling class (specifically in their cases the proletariat) to use law as an instrument of class struggle”. A não-retroatividade do direito penal tornou-se parte da constituição da Rússia e do direito legislado da República Popular da China.<sup>100</sup>

O sistema de direito penal desconstituído de valores subjacentes, ou sem contexto histórico que o respalde, torna-se letra morta de lei. Neste sentido, Finnis adverte, porém, que uma Constituição não pode proteger-se a si mesma.<sup>101</sup> Além dos aspectos formais do princípio da legalidade, Franco adverte que se deve dar conteúdo aos aspectos substanciais deste princípio. A objetividade equivale à exclusão da arbitrariedade e do subjetivismo. No plano formal, o princípio da legalidade é subordinado a leis gerais e abstratas que disciplinam as formas de seu exercício e, no plano material, subordina-se à garantia dos direitos fundamentais do homem. Não basta a validade da lei sem nenhum limite substancial à primazia da lei. Esta é a diferença que marca a distinção entre o garantismo e o autoritarismo penal, entre formalismo e substancialismo jurídico. A lei é exigida em qualquer caso para a configuração do delito, em virtude do princípio da legalidade formal, mas deve haver

---

<sup>97</sup> BATISTA, 2002, p. 75 e 76.

<sup>98</sup> BRANDÃO, 2002, p. 59-61. Sobre a aplicação da analogia no direito penal soviético: STAROSOLSKYJ, Jurij. **The Principle of Analogy in Criminal Law: an aspect of Soviet legal thinking**. 1954.

<sup>99</sup> BRANDÃO, 2002, p. 47-55.

<sup>100</sup> GALLANT, 2009, p. 44.

<sup>101</sup> FINNIS, 2000.

uma técnica legislativa específica para a validade da configuração legal dos elementos constitutivos do delito, em face do princípio da legalidade material.<sup>102</sup>

Schmidt reconhece que o direito penal tem por missão refrear as aberrações da autoridade social nas proibições, nas repreensões e nos juízos, a fim de que essa autoridade se mantenha nas vias de justiça e não degenerem em totalitarismo. As garantias penais, portanto, dirigem-se às limitações das proibições, das penas e do processo. Não só as normas materiais, mas também as normas processuais e de execução, lesam os direitos de liberdade, devendo-se garanti-los contra o arbítrio estatal.<sup>103</sup> Para Batista, a ciência do direito penal tem por objeto o ordenamento jurídico-penal positivo e tem por finalidade permitir uma aplicação equitativa e justa da lei penal, subtraindo a irracionalidade, a arbitrariedade e a improvisação.<sup>104</sup> De acordo com Franco, ocorre a perversão do direito penal se as incriminações pretendem mera proteção de ideologias, valores éticos e morais, ou a sanção de condutas socialmente inócuas. A intervenção punitiva somente se legitima para salvaguardar interesses da maioria da sociedade e bens essenciais para o homem e vitais para a sociedade. Nos direitos internos é na ordem constitucional onde o bem penalmente relevante tem referência. A Constituição é um ponto de partida, não basta a dignidade formal do bem jurídico é também necessária uma dignidade material que deve ser um valor assumido socialmente, suscetível de ataque e destruição, de ser lesionado ou posto em perigo gravemente e necessitando a tutela.<sup>105</sup>

Schmidt explicita que não se pode reprovar o modo de ser da pessoa, mas o seu modo de agir, em virtude da característica de *secularização do direito penal*. Existe uma espécie de *tolerância da lei*. A reprovação penal não deve incidir sobre a condução da vida: “as leis são postas para regular ações, produto de nossa vontade e não as opiniões e nem a fé, que estão fora do nosso alcance”. O objeto da reprovação penal é a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico materializado no fato cometido. Combinando-se o caráter secular do direito penal e a tolerância legal, resulta, dentre outros efeitos, o *princípio da lesividade*, a lei penal não pode ter por objetivo a modificação moral do cidadão, mas deve evitar uma

---

<sup>102</sup> FRANCO, 2000, p. 47 e 48.

<sup>103</sup> SCHMIDT, 2001, p. 210.

<sup>104</sup> BATISTA, 2002, p. 116-118.

<sup>105</sup> FRANCO, 2000, p. 63 e 64.

lesão de direito: “ninguém deve ser inquietado pelas suas opiniões, mesmo religiosas, desde que a sua manifestação não cause problemas de ordem pública estabelecida pela lei”. Podemos citar três correntes de pensamento sobre a *missão do direito penal*: proteção dos valores elementares da consciência; proteção da firmeza das expectativas normativas essenciais; e a proteção de bens jurídicos e lesões de exposição a perigo.<sup>106</sup>

Várias características sociológicas foram identificadas por Arendt, no advento dos regimes totalitários, a saber: a existência de pessoas supérfluas, a sensação de superfluidade das massas numa terra superpovoada, o mundo dos agonizantes no qual os homens aprendem que são supérfluos através de um modo de vida em que o castigo nada tem a ver com o crime, em que a exploração é praticada sem lucro e em que o trabalho é realizado sem proveito, um lugar onde a insensatez é diariamente renovada. Para Lafer, a guerra e a miséria são dois problemas centrais do nosso tempo e, se estes dois problemas têm como núcleo o absurdo e paradoxal contraste entre um excesso de poder e um excesso de impotência, a reflexão de Arendt sobre o totalitarismo e os riscos que ele contém, tem impressionante atualidade. O *primado do ser humano* como fim último do direito é substituído pelo *primado do movimento*. Identifica-se a própria gestão totalitária como o *primado do movimento*, para que o mundo, no dia-a-dia, não adquira a normalidade que advém da estabilização que as leis e as instituições oferecem. A estabilização pode criar um modo de vida regular, o que contribuiria para impedir uma dominação total dos indivíduos. No plano do direito, uma das maneiras de assegurar o primado do movimento, foi o *amorfismo jurídico* da gestão totalitária, refletido, tanto em matéria constitucional, como em todos os desdobramentos normativos. As instituições deixam de ser disciplinadas por normas, destaca-se a confusão quanto à definição de hierarquia de autoridades, não se sabe ao certo, a quem se reportar e quem se deve ignorar. No Estado totalitário não há hierarquia de poder ou competências definidas com base na lei e este *amorfismo* é um mecanismo para instrumentalizar a realização do princípio de liderança. A insegurança e o isolamento dos indivíduos ocorrem em toda a escala social como também no topo da estrutura do poder, tudo com a cumplicidade da população. “Direito é o que é bom para o movimento”. A relação jurídica é substituída pela fidelidade pessoal cuja função não é

---

<sup>106</sup> SCHMIDT, 2001, p. 286-307.

institucionalizada, precisamente para impedir a estabilidade. A norma no Estado totalitário não é uma diretriz objetiva de conduta e organização, razão pela qual não pode ser interpretada de maneira razoável, objetivamente desvinculada da vontade do legislador. O totalitarismo não cria uma nova fórmula de legalidade, apenas aniquila a legalidade anterior. O direito e seus instrumentos perdem significado num contexto totalitário. Não ajudam a pensar o significado do totalitarismo, e, por conseqüência, não levam a seu conhecimento, uma vez que não permitem discernir quais perguntas devem ser formuladas. O regime totalitário representa uma maciça invasão da criminalidade na esfera política, que se traduz num colapso geral da moral tal como concebida tradicionalmente. “É a reversão do Decálogo”.<sup>107</sup> Para Lloyd, o irracionalismo domina a legalidade totalitária.<sup>108</sup>

Os direitos penais nacionais desenvolvem-se historicamente ao sabor das ideologias políticas democráticas ou totalitárias. No direito internacional, não há uma convenção multilateral universal aplicável que estipule e regule os limites dos Estados nas suas jurisdições penais.<sup>109</sup> A legislação doméstica, ao dispor da jurisdição penal espacial dos vários Estados é compreendida como evidência do direito costumeiro internacional e, portanto, que o direito costumeiro internacional estaria a regular a jurisdição penal interna dos Estados, bem como as restrições à jurisdição penal dos Estados sob o ponto de vista do direito internacional.<sup>110</sup>

Visando o aperfeiçoamento dos direitos penais nacionais, a Organização das Nações Unidas tem um programa intitulado *Creation of an Effective United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Program* de importância vital para a harmonização e desenvolvimento do direito penal nos Estados do mundo. Dentro do Programa Para a Prevenção Criminal e Justiça Criminal (Res. 46/158, 18/12/1991), de ressaltar a importância dos instrumentos *standard-setting*, dentre os quais: *The*

---

<sup>107</sup> LAFER, 1988, p. 94-98 e 108-113.

<sup>108</sup> LLOYD, 1998, p. 135.

<sup>109</sup> CAMERON, 1994, p. 13.

<sup>110</sup> CAMERON, 1994, p. 308 e 309: “[...] Different authors derive the legal basis of the ultimate control exerted by international law in this area from, firstly, the prescriptive nature of the principles of jurisdiction or the theory of the “meaningful contact”, as encapsulating the principles, secondly, a customary duty to “balance” interests before asserting jurisdiction, thirdly, the principle of the abuse of rights and fourthly, the principle of non-intervention. Different authors have employed different bases to make the same general argument that restrictions exist under international law, or have combined one or more of the above bases, or derived one base from another. [...] It is, however, fair to say that the international law theory in this area is deficient, and that few concrete restrictions can be derived from the principles relied upon. There is agreement amongst all authorities that states have a large, or even very large, discretion when it comes to making assertions of jurisdiction.”

*Standard Minimum Rules for Treatment of Prisoners; 1975 Declaration on Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Res. 3452 (XXX) UN); The Code of Conduct for Law Enforcement Officials; The Caracas Declaration; The Capital Punishment Safeguards; The Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (Beijing Rules); Basic Principles of Justice for Victims; Domestic Violence Resolution; Milan Plan of Action; Basic Principles on the Independence of the Judiciary; The Principles on the Effective Prevention and Investigation of extra-legal Arbitrary and Summary Executions; The 1990 Havana Congress, etc.*<sup>111</sup> Em segundo lugar, estes instrumentos refletem a codificação internacional dos princípios gerais penais aceitos pelas nações civilizadas, contribuindo para a integração e interpretação das normas penais nos direitos internos. Observa-se que não há uma preocupação puntiforme com o princípio da legalidade, mas com uma série de garantias de que são necessárias para o bom funcionamento da justiça penal como um todo e sem as quais o próprio princípio da legalidade ficaria comprometido em atingir suas finalidades substanciais.

As experiências históricas, a doutrina, a experiência dos sistemas nacionais e a ruptura da legalidade totalitária oferecem os contornos fundamentais do princípio da legalidade e suas dimensões. No século XXI, assistimos a uma crise generalizada das instituições jurídicas em cumprir o seu papel, bem como o do direito em desempenhar as suas clássicas funções na sociedade, de organização, controle da vida social e da coerção das atividades ilícitas. Existe uma desconstrução, uma fragmentação e porque não falar, uma quase destruição do sistema jurídico. No entanto, observando-se a história da humanidade desde os seus primórdios e o papel do direito como a grande força civilizadora, busca-se a reconstrução do sistema jurídico com base na consciência universal, na dignidade

---

<sup>111</sup> CLARK, Roger S. **The United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Program: formulation of standards and efforts at their implementation.** Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994, p. 03: "On December, 18, 1991 the United Nations General Assembly adopted Resolution 46/152, entitled "Creation of an Effective United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Program". That resolution resulted from recommendations made by an Intergovernmental Working Group that met in Vienna in the previous August and a ministerial meeting that met in Paris in November, just a month before the General Assembly resolution was adopted. These series of events focused attention on a long-existing program that has been a largely unknown part of the United Nations system, yet one I believe to be of considerable significance. In particular, the program has engaged in significant "legislative" work, reflected in the Secretariat's recently-published COMPENDIUM OF UNITED NATIONS STANDARDS AND NORMS IN CRIME PREVENTION AND CRIMINAL JUSTICE and in efforts to "implement" those standards."

da pessoa humana e nos direitos humanos.<sup>112</sup> São fenômenos atuais a expansão da legalidade internacional<sup>113</sup> e a globalização da justiça<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> LLOYD, 1998, p .79.

<sup>113</sup> GOLDSTEIN, Judith. **Legalization and World Politics**. Edited by Judith L. Goldstein, Miles Khaler, Robert O. Keohane, and Anne Marie Slaughter. The MIT Press, 2001, p. 1: “In many issue-areas, the world is witnessing a move to law. As the century turned, governments and individuals faced the following international legal actions. [...]”

<sup>114</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. Princeton University Press, 2004, p. 69: “This chapter sets forth five different categories of judicial interaction: constitutional cross-fertilization, the construction of a global community of human rights law, relations between national courts and the ECJ, private transnational litigation, and face-to-face meetings among judges around the world. [...]Taken together, however, these categories reveal a larger whole; a world in which courts interact quasi-autonomously with other courts-national and international. They create information networks, enforcement networks, and at least nascent harmonization networks. Their interactions fulfill specific needs and reflect the predilections of specific judges, yet at the same time reveal larger patterns and principles. The result is a growing and overlapping set of vertical and horizontal networks that together establish at least the beginnings of a global legal system.”

### 3 CONSAGRAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL

O princípio da legalidade comporta-se de maneira diferente, dependendo do sistema jurídico no qual esteja inserido. Nos direitos internos, sua origem histórica e filosófica decorreu da necessidade de proteger os indivíduos do poder e arbitrariedades exercidos pelos Estados nacionais. Os sistemas de direito nacionais também apresentam peculiaridades quanto à aplicação do princípio da legalidade, nos Estados democráticos, em tese, o princípio cumpra a mesma finalidade de proteção, sendo operacionalizado diversamente. O direito internacional apresenta outro contexto.<sup>115</sup> Quanto à estrutura normativa, encontra-se em estágio rudimentar de desenvolvimento de suas instituições comparativamente aos direitos nacionais e, quanto aos objetivos almejados, a persecução penal internacional apresenta outros desafios. Papa considera que, ao lado da característica de garantia do princípio, há a necessidade de que as atrocidades internacionais não permaneçam impunes, o que confere aos tribunais penais internacionais nítida característica *pro societate*, oferecendo ao princípio contornos diferentes daqueles previstos nos direitos nacionais.<sup>116</sup> As atrocidades internacionais são tão chocantes que chegam a apresentar um caráter de imprevisibilidade, a ponto de justificar a aplicação de *ex post facto law*.<sup>117</sup> Em um sistema de justiça penal internacional em construção, a aplicação do princípio da legalidade ganha independência e se liberta do sistema onde se originou e vai ceder diante das exigências de justiça. No entanto, o sistema de justiça penal internacional está evoluindo na direção de maior segurança jurídica e institucionalização, como consagrado no Tratado de Roma (1998).

---

<sup>115</sup> Resumindo a concepção de Cassese, as relações entre o direito internacional público e o direito penal internacional são de mútua subsidiariedade e suporte. Os dois ramos do direito têm, no entanto, filosofias conflitantes. O direito penal internacional visa à proteção da sociedade contra as transgressões mais graves dos padrões legais, objetivando a punição dos indivíduos, autores, destas transgressões, ao mesmo tempo garantindo os direitos das pessoas acusadas contra julgamentos e punições arbitrárias; ocorre a imposição coativa do julgamento e da pena. O direito internacional público, por outro lado, em essência, tem o propósito de reconciliar os conflitos de interesses de Estados soberanos, para facilitar o mínimo de paz internacional, que reprimir os Estados pelas suas transgressões; trata-se de um direito de negociação. (CASSESE, 2003a, p.19 e 20).

<sup>116</sup> PAPA, Michele. Harmonization of General Principles of Criminal Law: A Critical Report on the Debate. In: **International Criminal Law: Quo Vadis?** [...]. Èrès, 2004, p. 356.

<sup>117</sup> AMBOS, 2005a, p. 85 e 86: “[...] guerra de agresión, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra – ya eran punibles en el momento del hecho según la costumbre internacional. De esto se sigue también que el autor que ha cometido tales hechos no podía invocar su confianza protegida, esto es, que él confiaba en que los hechos no eran punibles. Antes bien, él hubiera debido saber que su conducta era punible. Una violación de la prohibición de retroactividad no existe, por tanto, si ésta es entendida como un mera norma de protección de la confianza. [...]”.

### 3.1 DIREITO PENAL INTERNACIONAL

A indeterminação própria do direito penal internacional <sup>118</sup> e a necessidade de estabelecer seus fundamentos recomendam uma maior atenção da doutrina para o campo dos princípios gerais e fundamentais, principalmente para o princípio da legalidade que é um princípio basilar e estruturante do direito penal moderno, atendendo-se às peculiaridades deste ramo do direito frente aos direitos penais internos, sendo tarefa da mais alta importância, a sua elaboração no direito penal internacional.

O direito penal internacional refere-se às manifestações penais no direito internacional e a amplitude do termo *penal* está a abranger tanto os aspectos substanciais, quanto os aspectos procedimentais e garantias do direito penal. Envolve direito penal prescrito e autorizado internacionalmente, por normas de direito costumeiro e direito dos tratados. Acompanhamos o conceito de Ambos:

Se entiende por *derecho penal internacional (Völkerstrafrecht)*, tradicionalmente, *el conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales*. Se trata de una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional. La idea central de la responsabilidad individual y de la reprochabilidad de una determinada conducta (macrocriminal) proviene del *derecho penal*, mientras que las clásicas figuras penales (de Núremberg), en su calidad de normas internacionales, se deben clasificar formalmente como derecho internacional, sometiendo de este modo la conducta en cuestión a una punibilidad autónoma de derecho internacional (principio de la responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional). Nos encontramos no solo frente a un ordenamiento jurídico-penal internacional nuevo y autónomo, sino también frente a uno amplio, del cual la parte general constituye solamente un pequeño fragmento, si bien desde el punto de vista dogmático probablemente el más importante. <sup>119</sup> [grifo no original]

---

<sup>118</sup> Embora no direito internacional, tem-se preferido a expressão direito criminal, ao invés de direito penal, preferimos a expressão direito penal porque a pena constitui-se na condição de existência jurídica do crime (BATISTA, 2002, p.48). Direito penal internacional ou direito internacional penal? Preferimos a terminologia direito penal internacional porquanto a substância deste ramo do direito internacional consiste nas suas normas incriminadoras e sancionadoras que se estabelecem num âmbito geográfico de aplicação internacional.

<sup>119</sup> AMBOS, 2005b, p.13 e 14.

A principal questão é como obter no direito internacional, onde não há uma pluralidade de fontes, normas escritas e costumeiras, com diferentes graus de cogência, com âmbito de aplicações territoriais variados, a garantia de aplicação do princípio da legalidade, combinado com um mínimo de justiça substancial, em um cenário eminentemente político. Observamos que a pura aplicação da teoria da justiça substantiva pode levar a arbitrariedades. Igualmente, a pura aplicação do princípio da legalidade sob o ponto de vista formal, não realiza os objetivos de garantia e de justiça material a que se propõe, pois a legitimidade do direito no direito penal internacional está ligada a dois conceitos: a legitimidade procedimental e a legitimidade material.<sup>120</sup> As dificuldades residem tanto na descoberta das normas aplicáveis ao caso concreto, como na interpretação destas normas conforme o princípio da legalidade. Somadas a estas dificuldades, ressalte-se que o objetivo principal da criação de tribunais internacionais é dar um basta à impunidade de crimes e atrocidades que chocam a consciência universal. Os tribunais têm *ab initio* tendência de serem *pro societate*, tribunais mais vulneráveis à influência política, tornando frágil a posição do indivíduo, se comparada à realidade de um processo penal perante um Tribunal nacional, em um país democrático. Requer-se o estabelecimento de um contexto de aplicação da norma minimamente estável, com base no *jus cogens*, no direito humanitário e no direito internacional dos direitos humanos.

No direito internacional distinguem-se dois tipos de valores fundamentais: os valores protegidos pela tipificação dos crimes internacionais, que são valores subjacentes ao direito internacional humanitário e os valores fundamentais ligados ao processo penal internacional, que são valores protegidos pelas convenções internacionais de proteção aos direitos humanos. O ponto comum destes valores é a dignidade de todo ser humano.<sup>121</sup>

As peculiaridades políticas do direito internacional jamais podem ser esquecidas na aplicação dos princípios de direito penal, assim, como a mera transposição de institutos de direito interno ao direito internacional, sem as necessárias ressalvas, apresenta-se totalmente inviável. Os princípios gerais podem

---

<sup>120</sup> NOLLKAEMPER, André. the legitimacy of international law in the case law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. In: **Ambiguity in the Rule of Law**: the interface between national and international legal systems. Edited by Thomas A.J.A. Vandamme and Jan-Herman Reestman. Groningen: Europa Law Publishing, 2001, p.14 e 15.

<sup>121</sup> CASSESE, 2004b, p. 74-80.

apenas ser aplicados no âmbito internacional se forem compatíveis com as características essenciais e as instituições legais da comunidade internacional <sup>122</sup>, sendo impróprio importar-se mecanicamente à ordem internacional construções legais que não são adequadas às relações internacionais e que não se ajustam ao corpo de direito internacional. <sup>123</sup>

Em sendo o direito penal internacional um ramo do direito internacional público, suas fontes são as fontes próprias ao direito internacional público e devem ser consideradas na mesma ordem de importância ditada pela ordem internacional. O direito penal internacional pode originar-se através da celebração de tratados e convenções multilaterais ou através do direito consuetudinário e princípios gerais do direito. <sup>124</sup> Isto não exclui, de forma alguma, a influência dos direitos nacionais, mas esta influência ocorre na medida exata da influência que os direitos nacionais normalmente exerceriam sobre as normas internacionais. Para Cassese, há fontes primárias: os tratados e costumes e fontes secundárias, as regras produzidas pelas fontes costumeiras ou pelas previsões dos tratados, princípios gerais do direito penal internacional e princípios gerais de direito penal, reconhecidos nos maiores sistemas jurídicos do mundo. <sup>125</sup> Além do direito costumeiro, como fontes convencionais do direito penal internacional, de forma geral, temos os instrumentos de direito humanitário, os instrumentos de direitos humanos e, mais especificamente, as convenções de direito penal internacional. <sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> Sobre a comprovação da existência da comunidade internacional como uma realidade sócio-político-legal, ver: DANILENKO, G.M. **Law-making in the International Community**. Nijhoff, 1993, p. 11-13.

<sup>123</sup> CASSESE, Antonio. **International Law**. New York, USA: Oxford University Press, 2001, p. 158-161.

<sup>124</sup> BASSIOUNI, 1999a, p. 9-11: “[...] (a) The basis for international criminal accountability and *ratione personae* is established by international law; (b) The special part of ICL, the *ratione materiae*, is established by international law, although frequently the elements of these crimes are not always sufficiently established to satisfy the principles of legality a recognized in the world's major criminal justice systems; (c) The general part of ICL, the elements of criminal responsibility, are established by international law whenever internationally created judicial body adjudicates criminal responsibility. [...] (d) The procedural part of ICL, [...] With respect to internationally established adjudicating bodies, they are those rules developed by the legislative authority that established that international adjudicating body. [...]; (e) The sanctions part of ICL will also depend on whether the proceedings are conducted by an internationally, created adjudicating body or by national criminal proceedings. [...] (f) Enforcement of sanctions is subject to the national laws of the enforcing state, even when the sanction has been established by an internationally established adjudicating body. [...] (g) Enforcement modalities of ICL, irrespective of whether prosecution and adjudication is by an internationally created body or by a national legal system, derive from the mixed sources of international law and national laws. [...]”

<sup>125</sup> CASSESE, 2003a, p. 26.

<sup>126</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. **International Criminal Law Conventions and their Penal Provisions**. Transnational, 1997.

Resumindo as idéias de Bassiouni, o direito penal internacional tem algumas características que o tornam marcadamente diferente dos sistemas nacionais <sup>127</sup>, entre as quais podemos citar a ausência de codificação, a influência do direito dos tratados e do direito costumeiro, a vagueza e generalidade na definição dos crimes, deixando a desejar em termos de especificidade e a ausência de uma parte geral ou especial estruturadas, além do aspecto multidisciplinar. O direito penal internacional não satisfaz os mais rígidos requisitos do princípio da legalidade. <sup>128</sup>

Maison observa que, na órbita internacional, não se trata de proteger o indivíduo isoladamente considerado contra o arbítrio da persecução estatal, mas submeter os agentes principais de um Estado que desenvolvem uma política criminosa segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas, a uma forma de responsabilidade internacional justificada pela gravidade de seus atos. <sup>129</sup>

Quanto à estrutura e desenvolvimento, o direito penal internacional apresenta grande semelhança com o direito penal dos sistemas *common law*. Ratner explica que, ao lado dos crimes previstos em instrumentos escritos, também existem crimes desenvolvidos através dos precedentes judiciais. O contraste entre a relativa indeterminação e maleabilidade das normas penais internacionais em virtude de sua natureza costumeira e o requisito imperioso que as normas penais sejam claras e específicas, coloca grande responsabilidade sobre os tribunais internacionais: dar a

---

<sup>127</sup> Os direitos penais nacionais têm características diferenciais em relação ao direito penal internacional: BASSIOUNI, 1999a, p. 13: “[...] the two legal systems differ in, inter alia, the following aspects: (i) each system has different higher sources of law to which the actual sources of law of that system are subject [...]; (ii) each system has a different hierarchy in its sources of law [...]; (iii) in each system, the applicability and binding nature of the actual sources of law differ [...]; (iv) in each system the identification and determination of the content of the law differ [...]; (v) in each system the nature and binding legal effect of judicial decisions differs [...]; (vi) in each system the interaction between actual sources of law and their binding legal effect and content differs; (vii) each system is distinguished by the subjects of the actual sources of law; (viii) in each system the reach and extent of their respective sources of law differs as to its subjects and temporal and spatial applications; (ix) in each system different mechanisms exist for the resolution of conflicts between the applicable sources of law; (x) each system has different exemptions and immunities provided by their respective sources of law that are applicable to certain acts or to certain actors [...]; (xi) in each system a difference exists as to the degree of specificity of the legal norms which emanate from their respective sources of law [...]; and (xii) each system maintains different methods, enforcement, and techniques arising out of their respective sources of law. [...]”

<sup>128</sup> BASSIOUNI, 1999a, p. 124 e 125.

<sup>129</sup> MAISON, Rafaëlle. Le droit international des droits de l'homme et les juridictions internationales pénales. In: **Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales**: actes de la table ronde du 10 juillet 2003 organisée par l'Institut international des droits de l'homme. Dir. Gérard Cohen-Jonathan et Jean-François Flauss. 2004, p. 132.

precisão legal e diminuir a incerteza, estabelecendo a existência e conteúdo das normas costumeiras, a interpretação de tratados e a elaboração, baseada em princípios gerais, de categorias legais e construções indispensáveis para a aplicação do direito penal internacional.<sup>130</sup>

### 3.2 FONTES DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

As fontes do direito penal internacional estão contidas nas fontes próprias do direito internacional público. As fontes de direito internacional, de modo geral, são diversas, esparsas e de valor desigual. Há um enorme número de fontes (aspecto quantitativo), fontes de várias naturezas (aspecto qualitativo), proliferação de órgãos produtores de normas, ausência de hierarquia clara entre as fontes obrigatórias, existência de fontes não obrigatórias, além do aspecto da universalidade, ou não universalidade das fontes assim, consideradas (aspecto territorial).

Este cenário ocorre em virtude da própria natureza da comunidade internacional como um todo: não há instituições centralizadoras e nem a clássica divisão de poderes que se encontram presentes nos Estados. Há organizações produtoras de normas, porém, sem qualquer coordenação ou hierarquia entre elas. Também há a presença de tribunais, sem que se possa falar em poder judiciário. Em geral, aos tribunais internacionais são conferidos poderes legislativos, pelos seus instrumentos constitutivos. O mesmo fenômeno ocorre em geral com todas as organizações internacionais. Não há um sistema que garanta a execução, efetividade ou cogência das decisões no nível internacional.

Reconhece-se amplamente que as fontes de direito listadas no artigo 38, Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ)<sup>131</sup>, refletem as fontes do direito internacional público em geral. Para Bogdan, o artigo 38 expressa mais que uma

---

<sup>130</sup> CASSESE, 2003a, p. 20 e 21.

<sup>131</sup> Para compreender a história do artigo 38, Estatuto CIJ, consultar: BOGDAN, 1977, p. 37.

simples lista de fontes a serem aplicadas pela CIJ, mas a posição dos Estados-partes do Estatuto, praticamente todos os Estados do mundo.<sup>132</sup>

Modernamente compreende-se que nem todas as fontes de direito internacional estão contidas no referido artigo. Uma lista não taxativa de fontes não poderia proporcionar a estabilidade e certeza na criação do direito como objetiva a teoria das fontes e, na opinião de Danilenko, há forte presunção de que o artigo devesse conter uma lista exaustiva.<sup>133</sup> Trindade assinala que a maioria da doutrina, no entanto, compreende que o artigo 38, Estatuto CIJ, não pretende ser uma fórmula taxativa, peremptória e exaustiva das fontes do direito internacional. O artigo 38 representaria, ao invés, um catálogo descritivo com razoável grau de exatidão histórica, devendo-se considerar a constante e dinâmica interação dos meios de manifestação do direito internacional em determinado momento histórico.<sup>134</sup>

Quanto à existência de uma ordem hierárquica entre as fontes enumeradas no artigo 38, Estatuto CIJ, não há um entendimento pacífico.<sup>135</sup> Trindade,

---

<sup>132</sup> BOGDAN, 1977, p. 41 e 42: “[...] Article 38 expresses more than just a list of sources to be applied by the International Court of Justice. It also expresses the view of the states parties to the Statute, i.e. practically of all the countries of the world, that the general principles of law are a source of international law. This follows from the formulation used in the introductory phrase of article 38, where it is said that the function of the International Court of Justice is to decide disputes “in accordance with international law”. True, “in accordance with” (“conformément”) is not the same as “according to”. But there is no evidence that the states parties to the Statute intended to give the Court the right to apply more than what the states considered to be the sources of international law.”

<sup>133</sup> DANILENKO, 1993, p.35-37 e 40-41: “[...] Examples of state practice indicating a wide acceptance of artigo 38 as an authoritative enumeration of sources of international law are numerous. Thus, during negotiations at the Vienna Conference on the Law of Treaties a number of delegates stated that artigo 38 of the Statute of the I.C.J. specified the sources of international law. [...] On the doctrinal level, the view that artigo 38 does not contain an exhaustive list of sources enjoys fairly broad support. [...] The presumption of the completeness of the list of sources mentioned in artigo 38 is further strengthened by official pronouncements stating that artigo 38 contains an exhaustive or complete list of sources. [...] An interesting example of the general trend to define international law exclusively through reference to artigo 38 is supplied by Arts. 74 and 83 of the UN Convention on the Law of the Sea, which require that the delimitation of maritime boundaries shall be effected by agreement on the basis of international law “as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of justice.”

<sup>134</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002b, p. 20-22 e 24-26.

<sup>135</sup> AKEHURST, Michael. The Hierarchy of the Sources of International Law. **The British Year Book of International Law**, 1974-1975, forty-seventh year of issue. Oxford at the Clarendon press, 1977, p. 274: “The Committee of jurists which drafted the Statute of the Court in 1920 included in their draft a provision that the items listed in the first paragraph of Article 38 should be applied *en ordre successif*. [...] The words *en ordre successif* were deleted by the Sub-Commission of the Third Committee of the First Assembly of the League of Nations, but it is not clear whether the deletion was inspired by a feeling that the idea contained in the words was wrong, or that the idea was so obviously right as not to need stating. Some authorities have argued that Article 38 lays down a hierarchy of sources. Others disagree. It is sometimes argued that the order in which the various items are listed in Article 38 reflects the maxim *lex specialis derogat generali* – customary rules are more general than treaties, and general principles of law are more general than custom. That is often so, but not always, as we shall see. There is probably more truth in Le Fur’s observations that treaties are easier to prove than

observando a prática internacional, nota o destaque dado ao costume e aos tratados internacionais como fontes de igual hierarquia, admitindo-se que um tratado possa se sobrepor a um costume preexistente sob o adágio latino *lex specialis derogat generali*. O artigo 38, no entanto, indica ainda a doutrina e as decisões judiciais como fontes auxiliares para a determinação das regras de direito internacional <sup>136</sup> e os princípios gerais aparecem como uma fonte independente. <sup>137</sup> O regime do artigo 38 foi aplicado a todos os tribunais penais internacionais até a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI), cujo Estatuto prevê as fontes de direito aplicáveis, bem como a sua hierarquia, no entanto, sempre será possível remissão ao artigo 38 de forma subsidiária ou complementar.

### 3.2.1 Direito Costumeiro

A fonte básica fundamental das normas internacionais reside no costume, tratando-se este de uma *prática (usus)* reiterada no tempo, uniforme e tida como *obrigatória (opinio juris)* pelos Estados, os principais sujeitos do direito internacional. A criação de normas costumeiras e convencionais ocorre em corpos distintos de normas através de processos distintos de criação. <sup>138</sup> Os elementos básicos do costume internacional são a prática e a aceitação desta prática como vinculante. Os atos que constituem a prática internacional que levará à criação do direito costumeiro devem ser tais que, ao se proceder desta forma, haja prova da convicção de que a prática é tida por obrigatória, pela existência de uma regra de direito que assim, o requeira (*opinio juris*), sendo que a *opinio juris* deve ser confirmada

---

custom and custom is easier to prove than general principles of law; that is one reason why they are likely to be applied in that order, and perhaps why Article 38 lists them in that order.”

<sup>136</sup> TRINDADE, 2002b, p. 20-22, 24-26 e 54-55.

<sup>137</sup> BOGDAN, 1977, p. 41 e 42: “The view according to which the general principles of law are an independent source of international law also beyond the jurisdiction of the International Court of Justice prevails today. It is submitted that this view is correct. [...] There is authority even for the view that the introduction of the general principles of law into article 38 was purely of declaratory value, since these principles have always been a source of the law of nations. [...] It can also be pointed out that the Preamble of the United Nations Charter speaks of “treaties and other sources of international law”, the plural form of the word “source” indicating that more than customary international law is meant.”

<sup>138</sup> DANILENKO, 1993, p. 94-123.

posteriormente pela própria prática estatal, em um círculo virtuoso.<sup>139</sup> As normas do direito costumeiro, para existirem como tais, não necessitam obter o consentimento de todos os Estados, basta que a maioria dos Estados esteja engajada numa prática consistente e esteja consciente do seu caráter imperativo. Questão interessante quanto ao costume de caráter geral é o fato de o mesmo ser obrigatório a todos os Estados da sociedade internacional, mesmo que alguns dos Estados não hajam concorrido para a sua formação.<sup>140</sup>

De igual sorte, destaque-se o papel exercido pela CIJ sobre o direito costumeiro internacional, que influencia o sistema de justiça internacional como um todo. Consoante Danilenko:

An analysis of the practice of the Court indicates that in a number of cases it has authoritatively confirmed the existence of a number of generally applicable principles and norms which, although based on practice of states, were not sufficiently articulated. These pronouncements of the Court became the most prominent examples of the official recognition of new rules. In some cases the authoritative pronouncements of the Court played a decisive role in the subsequent codification efforts relating to the same matter.<sup>141</sup>

Existe um esforço de codificação de normas costumeiras internacionais. Cassese explica que a codificação no direito internacional tem os seguintes efeitos: efeito declaratório da existência de normas costumeiras; efeito consolidador e efeito

---

<sup>139</sup> DANILENKO, 1993, p. 81 e 82: “[...] It is generally recognized that while practice serves to crystallize the content of the relevant rules of conduct, it is the requirement of acceptance as law, usually described as *opinio juris*, which transforms the resultant general rules of behavior into legally binding norms of international customary law. However, although *opinio juris* is recognized as a separate element of custom, as a practical matter it can be made cognizable only through overt manifestations of state behavior. Within the framework of the customary law-making process, the rules of behavior created by evolving state practice are accepted as law through acts that also form part of practice in a broad sense. [...] It follows that the element of *opinio juris* cannot be entirely separated from practice. [...]”. Na p. 98-99: “[...] The judgment in the Nicaragua Case supports the above interpretation of artigo 38. [...] The I.C.J. adopted the traditional interpretation of *opinio juris* in the North Sea Continental Shelf Cases. [...]”

<sup>140</sup> CASSESE, 2001, p. 123: “At present, when they gradually crystallize in the world community, customary rules do not need to be supported or consented to by all States. For a rule to take root in international dealings it is sufficient for a majority of States to engage in a consistent practice corresponding with the rule and to be aware of its imperative need. States shall be bound by the rule even if some of them have been indifferent, or relatively indifferent, to it (one may think of the position of landlocked States, in the process of formation of the law of the sea), or at any rate have refrained from expressing either assent or opposition.”. No mesmo sentido, no *Caso North Sea Continental Shelf*, Trindade demonstra a possibilidade de um tratado multilateral refletir na prática de Estados não-partes, que passaram a se conformar as suas previsões interagindo na prática com outros Estados, formando um novo costume (TRINDADE, 2002b, p. 85).

<sup>141</sup> DANILENKO, 1993, p. 258.

gerador, contribuindo para a formação e desenvolvimento futuro do direito costumeiro.<sup>142</sup> Os processos de codificação favorecem os tratados enquanto fontes do direito internacional, porém a codificação não impede o posterior desenvolvimento do direito costumeiro e a comunidade internacional, como coloca Danilenko, se deu por conta de que, mesmo diante do desenvolvimento do direito dos tratados e das codificações, os tratados não podem substituir o costume enquanto fonte do direito internacional.<sup>143</sup> Na ausência de um poder legislativo central, as normas de direito internacional são atualizadas, modificadas, revogadas e extintas através do costume.

O princípio da flexibilidade no direito internacional é o contraponto ao princípio da legalidade. Rodríguez assinala que o termo flexibilidade se conecta com a questão da necessária adaptação do direito à heterogeneidade e dinamismo da realidade social. Como primeira acepção, a flexibilidade se coloca diante da mudança do direito (acepção dinâmica da flexibilidade), ligando-se estreitamente à teoria das fontes no direito internacional e às normas consuetudinárias, bem como vinculando-se a conceitos como segurança jurídica ou padrões normativos. Uma outra acepção mais estática se refere à flexibilização do conteúdo normativo tendo em vista a natureza dispositiva do direito internacional, tendo como limite máximo o direito imperativo. O princípio da flexibilidade encontra limites na cláusula *ex post facto* e nas normas de *jus cogens*.<sup>144</sup>

Com relação à prática estatal impõem-se algumas observações conforme os precedentes da CIJ, citados por Simbeye (*Caso Columbia v. Peru-Asylum* e o *Caso Nicarágua (Merits)*). Uma norma costumeira pode permanecer em vigor, mesmo se

---

<sup>142</sup> CASSESE, 2001, p. 137 e 138: "Codification treaties may have the following effects. (1) A declaratory effect, that is they simply codify or restate an existing customary rule [...]; (2) A crystallizing effect, [...]; (3) A generating effect which materializes whenever a treaty provision creating new law sets in motion a process whereby it gradually brings about, or contributes to, the formation of a corresponding customary rule [...];".

<sup>143</sup> DANILENKO, 1993, p.135-136 e 143-144: "[...] First, codifying conventions may restate pre-existing customary rules. Secondly, new treaty rules may acquire broad acceptance and thus pass into the corpus of customary law. The judgment of the I.C.J. in the North Sea Continental Shelf Cases confirmed the relevance of the traditional analysis. [...] Different negotiating proposals and drafts, statements of governments at diplomatic conferences, and the adoption of the final draft treaties are increasingly seen as important forms of state practice affecting the development of general customary law parallel to the elaboration of treaty instruments. In recognizing this new phenomenon, the I.C.J. adopted the view that codifying conventions may not only codify customary rules or influence their subsequent development but also effect a "crystallization" of the emerging customary law, thereby transforming customary rules of *de lege ferenda* into rules of *de lege lata*."

<sup>144</sup> MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo J.. **Flexibilidad y Tratados Internacionales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 30.

um número de Estados freqüentemente a violarem. Quando os Estados justificam seus atos com referências a exceções à norma, mais do que contestá-la, acabam por reforçar a norma, ao invés de enfraquecê-la. O uso, o desuso e a *opinio juris* desvinculados de uma *escala de valores subjacentes* não podem criar o costume internacional, caso contrário, estar-se-ia dando margem à criação e força vinculativa de normas antijurídicas ou costume *contra legem*.<sup>145</sup> Estes valores subjacentes são de especial importância para estabelecer-se o conteúdo e a validade das normas internacionais, em especial, no direito penal internacional.

A fundamentação em normas de direito consuetudinário traz algumas perplexidades, primeiro, porque o princípio *nullum crimen sine lege* parece excluir crimes não escritos em algum tipo de instrumento, apenas fundados no costume internacional. Bassiouni identifica com precisão os problemas decorrentes da fundamentação da responsabilidade penal sobre o direito costumeiro e o porquê da necessidade de sua codificação, em suas palavras:

The problems that arise with customary international law as a source of substantive ICL fall into two categories. One category reflects the very nature of custom as a source of international law, namely its binding nature on some or all states, and as a consequence, its spatial application; and because it can be extinguished by all or some of the states to which it applies, its temporal application. The second category reflects the exigencies of criminal legislation, namely the binding legal nature of the norm, its specificity, and the notoriety attached to it for purposes of attribution, by legal fiction, of a presumption or even an assumption of knowledge of the law by those to whom it purportedly applies. This second category also includes the entire range of requirements inherent in the "principles of legality." Indeed, customary international law cannot always satisfy the requirement of legality that applies to national criminal laws and therefore this source of ICL needs to be codified.<sup>146</sup>

Como bem assinala Cassese, um Tribunal não aplicará o direito costumeiro para criminalizar uma conduta se esta conduta não estiver prevista dentro de uma das categorias de crimes sobre os quais o Tribunal tenha jurisdição, segundo o Estatuto. As normas de direito costumeiro têm outras funções: servem adicionalmente como normas integrativas na interpretação das normas internacionais escritas. A referência ao direito costumeiro é feita com freqüência para

---

<sup>145</sup> SIMBEYE, Yitiha. **Immunity and International Criminal Law**. Burlington, USA: Ashgate, 2004, p. 38-41.

<sup>146</sup> BASSIOUNI, 1999a, p. 36 e 37.

elucidar o conteúdo de tratados ou suprir lacunas nos seus dispositivos e o recurso ao direito costumeiro também é comum para inferir princípios de direito penal.<sup>147</sup>

A realidade histórica demonstra a ampla influência do direito costumeiro sobre o direito penal internacional. Os tribunais militares referiram-se ao direito costumeiro de guerra e, no pós-guerra, às normas internacionais de direitos humanos, por exemplo, os artigos 15 (2), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), artigo 11(2), Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) e artigo 7 (2), Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), permitem a criminalização de uma conduta punível segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações. Os tribunais penais internacionais *ad hoc*, criados por resolução do Conselho de Segurança, igualmente tiveram sua jurisdição embasada sobre o direito costumeiro. O Tratado de Roma que instituiu o TPI, ainda que tipifique os crimes sob sua jurisdição, menciona o direito costumeiro entre as possíveis fontes de direito aplicável pelo Tribunal.<sup>148</sup> Como bem aponta Werle, mesmo ante a tipificação dos crimes internacionais mais graves no Estatuto de Roma, há certas condutas que envolvem responsabilidade penal individual sob o direito internacional costumeiro: condutas caracterizadas como criminosas independentemente do Estatuto (artigo 22 (3), Estatuto TPI).<sup>149</sup> Ademais, o próprio Estatuto, no artigo 10, não impede o desenvolvimento posterior do direito costumeiro internacional.

Papéis indispensáveis exercem os tribunais internacionais no reconhecimento das normas costumeiras, atribuído-se-lhes esta característica jurídica<sup>150</sup>, porém não criam os tribunais as normas costumeiras propriamente ditas.<sup>151</sup> De acordo com Cassese, o direito penal internacional está impregnado de

---

<sup>147</sup> CASSESE, 2003a, p. 28.

<sup>148</sup> AMBOS, 2005b, p. 14-16. Ver também: TRIFFTERER, Otto. The new international criminal law, its general principles establishing individual criminal responsibility. In: **The New International Criminal Law**: 2001 International Law Session. Ed. by Kalliopi Koufa. 2003, p. 661-662.

<sup>149</sup> WERLE, Gerhard. **Principles of International Criminal Law**. T.M.C. Asser Press, 2005, p. 25-27.

<sup>150</sup> CASSESE, 2001, p. 159: "However, given the rudimentary character of international law, and the lack of both a central lawmaking body and a central judicial institution endowed with compulsory jurisdiction, in practice many decisions of the most authoritative courts (in particular the ICJ) are bound to have crucial importance in establishing the existence of customary rules, or in defining their scope and content, or in promoting the evolution of new concepts. [...]"

<sup>151</sup> SHAHABUDEEN, Mohamed. **Precedent in the World Court**. Cambridge University Press, 2004b, p. 71-72: "[...] A decision made by it is an expression not of the practice of the litigating States, but of the judicial view taken of the relations between them on the basis of legal principles which must necessarily exclude any customary law which has not yet crystallized. The decision may recognize the existence of a new customary law" and in that limited sense it may no doubt be regarded as the final

normas costumeiras criminais, resultantes de casos decididos por tribunais internacionais penais, tribunais internacionais de direitos humanos e, também, por tribunais nacionais quando decidem sobre direito penal internacional. Os tribunais nacionais, ao enfrentarem indeterminação das normas criminais internacionais, têm lhes dado maior precisão legal. Conceitos genéricos e indeterminados são iminentes ao direito internacional, de sorte que também a maioria das normas penais tem um caráter indeterminado; as normas colocadas pelos Estatutos dos tribunais criminais internacionais apenas indicam várias classes de crimes sobre os quais exercem sua jurisdição, não havendo uma sistematização do direito penal internacional. Apesar da recente implementação de normas escritas no direito penal internacional, em especial em função do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, ainda não há um sistema legal coerente, o que é demonstrado pela referência aos costumes ou aos princípios gerais não escritos. As normas penais internacionais têm a característica peculiar de derivar sua origem e exercer influência, sobre os direitos humanos e sobre as leis penais nacionais.<sup>152</sup>

No que se refere ao costume penal internacional, a cláusula de maior transcendência, segundo Trindade é a *Cláusula Martens*, que procura estender juridicamente proteção às pessoas civis e combatentes em todas as situações, mesmo não contempladas por normas convencionais. A referida cláusula salvaguarda a dignidade da pessoa humana quando esta fica destituída do amparo do direito. A cláusula pode ser considerada como expressão da razão da humanidade como que impondo limites à razão de Estado.<sup>153</sup> Para Cassese, a importância da *Cláusula Martens* reside no fato de atribuir a mesma importância, ou colocar em pé de igualdade o *direito humanitário (laws of humanity)*, as *exigências de ordem pública (dictates of public conscience)* e a *prática estatal (usages of States)*, de maneira que a prática estatal não é necessária para a formação de normas ou princípios do direito humanitário, nem das exigências de ordem pública, ou pelo menos, nestes casos, o requisito da prática estatal não é determinante ou

---

stage of development, but, by itself, it cannot create one. It lacks the element of repetitiveness so prominent a feature of the evolution of customary international law.”.

<sup>152</sup> CASSESE, 2003a, p. 16-19.

<sup>153</sup> TRINDADE, 2002b, p. 1031 e 1032.

tão forte, privilegiando-se o requisito da *opinio juris* na formação do direito costumeiro internacional.<sup>154</sup>

As normas de direito penal internacional são inúmeras, de maneira que faremos especial alusão àquelas que, de alguma forma, expressam fundamentos do princípio da legalidade no plano internacional. Do período anterior à IIª Guerra Mundial, destacamos, a IIª Convenção de Haia (1899), em cujo preâmbulo está, pela primeira vez, contida a *Cláusula Martens*<sup>155</sup> e a IVª Convenção de Haia (1907)<sup>156</sup>, ambas pertencentes ao direito costumeiro internacional e referidas nos julgamentos dos tribunais militares de Nuremberg e Tóquio. A Convenção de Genebra relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra (1929), no Capítulo III, sob o título *Sanções penais aplicáveis aos prisioneiros de guerra*, em especial o artigo 61, dispõe sobre o direito de defesa, o artigo 63 prevê a proibição de tribunais especiais e o artigo 65 assegura o direito à apelação. A aplicação da convenção, no entanto, está limitada de acordo com os artigos 82 e seguintes.<sup>157</sup>

A Comissão de Direito Internacional (CDI)<sup>158</sup>, conforme os artigos 15 e 20, Estatuto CDI, codifica normas, na medida em que tais normas reflitam prática estatal revestida de análise jurisprudencial e doutrinária, que serão submetidas à Assembléia Geral (AG) com comentários. Os projetos trabalhados pela CDI comportam a autoridade de *opinio juris* perante os tribunais internacionais.<sup>159</sup> Os trabalhos de codificação da CDI são de especial importância no âmbito do direito

---

<sup>154</sup> CASSESE, 2003a, p. 121e 122: “[...] The clause was first inserted at the suggestion of the Russian publicist Fyodor Fyodorovich Martens (1845-1909), in the preamble of the 1899 Hague Convention II [...] The Martens Clause was essentially adopted as a diplomatic ploy designed to avert a clash between small and Great Powers. Nevertheless, it was subsequently taken up in a number of treaties, including the 1949 Geneva Conventions and the First Additional Protocol of 1977, besides being referred to in numerous judgments delivered by both national courts and international Tribunals (including the ICJ, in its Advisory Opinion of 1996 on Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons). It thus acquired a weight in international legal relations that its proponent had not anticipated.”

<sup>155</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land.** The Hague, 29 July 1899. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/INTRO/150?OpenDocument>>. Acesso em: 15 set. 2009.

<sup>156</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land.** The Hague, 18 October 1907. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/INTRO/195?OpenDocument>>. Acesso em: 15 set. 2009.

<sup>157</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **International Humanitarian law, Geneva Convention Prisoners of War 1929.** Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/305?OpenDocument>>. Acesso em: 15 set. 2009.

<sup>158</sup> TRINDADE, 2002b, p. 54-55.

<sup>159</sup> PEREIRA, Luis Cezar Ramos. **Costume Internacional: Gênese do Direito Internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 266 e 267.

penal internacional ao facilitar melhor a identificação das normas penais costumeiras, seu conceito e conteúdo e o estágio de desenvolvimento do direito internacional em determinada matéria. Entre os seus inúmeros trabalhos destacam-se a *Formulação dos Princípios de Nuremberg*, o *Projeto de Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade (Parte I)* (1954), *Projeto de Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade (Parte II)*, incluindo o projeto de *Estatuto para um Tribunal penal internacional* (1994), *Projeto de Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade com comentários* (1996).<sup>160</sup> Os *Projetos de Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade* consistem um esforço de codificação do direito penal internacional costumeiro, embora sejam objeto de inúmeras críticas quanto à indeterminação e posições tendenciosas.<sup>161</sup>

Os *Princípios de Nuremberg*<sup>162</sup> são reconhecidos como pertencentes ao direito penal internacional costumeiro e têm importância histórica, apesar das críticas sofridas pelo julgamento como Tribunal de exceção, pela afronta aos princípios da legalidade e do *ex post facto law*. Os princípios foram afirmados genericamente através da resolução 95 (I), da Assembleia Geral (1946)<sup>163</sup>, porém o o Relatório da Comissão de Direito Internacional (CDI), no qual os princípios foram explicitados não foram reafirmados pela AG.<sup>164</sup>

---

<sup>160</sup> UNITED NATIONS. **International Law Commission**, Texts, instruments and final reports. Disponível em: <<http://untreaty.un.org/ilc/texts/texts.htm>>. Acesso em: 16 set. 2009.

<sup>161</sup> BHATTACHARYYA, Rupa. Establishing a rule-of-law international criminal justice system. **Texas International Law Journal**, v. 31, afl. 1, 1996, p. 69-71: “[...] It is also an effort to consolidate the “vast proliferation of more than 300 international instruments, conventions and agreements, some of which are sufficiently penal in nature to rise to the level of substantive [...] criminal law” into one instrument which effectively prescribes conduct at an international level. The Draft Code of Crimes enumerates a comprehensive list of criminalized behavior, including both international and transnational crimes, and hopes to establish a predicate for individual criminal liability under international law. [...] The Draft Code of Crimes has been the subject of substantial criticism for vagueness, bias, and general unworkability. [...]”

<sup>162</sup> BOOT, 2002, p. 314-315: “Although the General Assembly had affirmed “the principles of international law recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal and the judgment” in December 1946, four years later the Assembly did not formally adopt these principles in their elaborated form by resolution. Any references to these Nuremberg Principles, as elaborated by the International Law Commission in 1950, as part of “customary international law” at that time, should thus be considered at least in this perspective.”

<sup>163</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Affirmation of the Principles of International Law recognised by the Charter of the Nuremberg Tribunal**. Resolution 95 (I) of the United Nations General Assembly, 11 December 1946. [votação unânime]. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/355?OpenDocument>>. Acesso em: 17 set. 2009.

<sup>164</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal**, 1950. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/390?OpenDocument>>. Acesso em: 17 set. 2009.

### 3.2.2 *Jus Cogens*

As normas de *jus cogens* são normas imperativas de direito internacional geral, aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, normas das quais nenhuma derrogação é permitida, podendo ser modificadas apenas por normas de direito internacional de mesma natureza.<sup>165</sup> As normas peremptórias não podem deixar de serem observadas, por causa de suas qualidades essenciais, reconhecidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), (1969) e de modo geral, pelo direito internacional costumeiro sobre a validade de tratados.<sup>166</sup> A especificidade do *jus cogens* assenta-se na essência de seu conteúdo e somente poderá ser modificado por uma norma ulterior de direito internacional geral com mesmo caráter (artigos 53 e 64, CVDT). As modificações não podem significar derrogação da norma, salvo somente se o for de elementos acidentais, pois os valores que as normas imperativas pretendem resguardar, em sua essência, em tese seriam perenes (salvo acordo em contrário de toda comunidade internacional). A CVDT (1969) trouxe o conceito de *jus cogens* para o direito positivo internacional, porém permanece o conflito entre a idéia de normas peremptórias e o caráter consensual na formação do direito internacional.<sup>167</sup> O conteúdo das normas peremptórias apresenta razoável indeterminação, porém Nieto-Navia chega a propor uma classificação geral.<sup>168</sup>

---

<sup>165</sup> De acordo com Friedrich, o termo *jus cogens* foi previsto na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) e posteriormente na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (1986). Os artigos 53 e 63 são comuns às convenções. [...]. Outros projetos da Comissão de Direito Internacional também fazem alusão às normas de *jus cogens* [...] (FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As Normas Imperativas de Direito Internacional Público Jus Cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 31-65).

<sup>166</sup> CASSESE, 2001, p. 142: "The provisions of the Vienna Convention on peremptory norms, however important, suffer from a major limitation: they only be invoked by a State that is both party to the Vienna Convention and party to the bilateral or multilateral treaty it intends to have declared contrary to *jus cogens*. [...] This flaw of the Vienna Convention is somewhat mitigated by (i) the customary rules on invalidity of treaties, whose content has gradually evolved following the adoption of the Vienna Convention; [...] (ii) the gradual emergence of a customary rule on peremptory law. As a result of the working of customary rules on invalidity, any State directly affected by a treaty contrary to a peremptory rule of international law, whether or not party to the treaty, may invoke the invalidity of the treaty."

<sup>167</sup> DANILENKO, 1993, p. 218 e 219.

<sup>168</sup> NIETO-NAVIA, Rafael. International peremptory norms ("jus cogens") and international humanitarian law. In: **Man's Inhumanity to Man**. Ed. by Lal Chand Vohrah [et al.]. 2003, p. 615-619: "[...] (i) Norms which have a fundamental bearing on the behaviour of the international community of States as a whole and from which no derogation is permitted at all. One example is the principle of good faith. (ii) Norms which are necessary for the stability of the international juridical order, for

Kadelbach constata a existência de um direito obrigatório para todos os Estados a partir da segunda metade do século XX com o desenvolvimento das regras fundamentais de direito internacional.<sup>169</sup> Admite-se a existência de uma ordem pública da comunidade internacional. Estima-se que a ilicitude de um tratado seja avaliada através da sua incompatibilidade com certos princípios absolutos do direito internacional constitutivo desta ordem pública, segundo Zuppi.<sup>170</sup> Para Japiassú, a segunda metade do século XX pode ser caracterizada como marco de transição de um modelo de direito internacional de soberania de Estados para um sistema de soberanias estatais limitadas, assunção de obrigações vinculantes para todos os Estados, assim, como o reconhecimento da pessoa como sujeito de direito internacional, e, ainda, da responsabilidade penal internacional individual.<sup>171</sup> Trindade concorda ao expor que, no novo século, testemunha-se a gradual erosão da reciprocidade e a emergência de considerações superiores de ordem pública, refletidas nas concepções de normas imperativas de direito internacional, *jus cogens*, nos direitos fundamentais inderrogáveis e nas obrigações *erga omnes* de proteção.<sup>172</sup> De fato, como consequência da IIª Guerra Mundial, as nações

---

example, *pacta sunt servanda* and general principles of law including *res inter alios acta*. (iii) Norms referred to as having humanitarian objects and purposes including certain principles of human rights and international humanitarian law. (iv) Norms of general interest to the international community as a whole or to international public order. Examples are: the goals and aspiration set out in the preamble to the Charter of the United Nations [...] (v) Norms which are binding on all new States even without their consent as being established rules of the international community. Examples are the principles of the freedom of the high seas or the common heritage of mankind, the protection of the environment and respect for the independence of States.”

<sup>169</sup> KADELBACH, Stefan. *Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – The Identification of Fundamental Norms*. In: **The Fundamental Rules of the International Legal Order: jus cogens and obligations erga omnes**. Edited by Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin. Leiden, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 21-40: “The Charter of the Nuremberg Military Tribunal and the Charter of United Nations mark the beginning of a new era. Several projects of the International Law Commission (ILC) provide evidence of a change in paradigm, particularly so the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, the codification of the law of treaties and the long-lasting work on state responsibility. The preparation of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (VCLT) and what are today its Articles 53 and 64 induced a debate on peremptory norms of international law (*jus cogens*) which has influenced decisions of the International Court of Justice. In the Barcelona Traction Case, the Court mentioned for the first time obligations *erga omnes*. [...] In the following years, the ILC was able to bring its project on State responsibility to a close and developed new concepts of fundamental norms which are now reflected in its Articles on State Responsibility as taken note of by the UN General Assembly. Further steps were taken in the Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda and the Rome Statute of the International Criminal Court. [...]”

<sup>170</sup> ZUPPI, Alberto Luis. *La Jurisdicción Universal para el Juzgamiento de Crímenes contra el Derecho Internacional. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Buenos Aires: *Ad Hoc* S.R.L., 2002, p. 390-414.

<sup>171</sup> JAPIASSÚ, Carlos E. A. **O Tribunal Penal Internacional: A Internacionalização do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2004, p. 131.

<sup>172</sup> TRINDADE, 2002b, p.1034 e 1035.

vencedoras, através de seu poder, ao estabelecerem os tribunais militares internacionais, inovaram a ordem jurídica internacional, cujo desenvolvimento posterior resgatou as garantias penais mínimas que teriam sido usurpadas nos julgamentos, bem como começaram a ser supridas as inúmeras lacunas no direito penal internacional.

Danilenko observa que a oposição política, ainda que de uma pequena minoria de Estados fortes pode evitar o nascimento e o reconhecimento de normas de *jus cogens*.<sup>173</sup> Na doutrina autorizada de Akehurst, as regras de *jus cogens* devem passar por um duplo teste: devem ser aceitas como direito por esmagadora maioria dos Estados e uma maioria dominante deve relegar-lhes o valor de *jus cogens*.<sup>174</sup> O maior obstáculo para que os tratados criem normas de *jus cogens* consiste no fato de que devam ter grande número de adesões e ratificações para cumprir os requisitos de aceitação e reconhecimento pela comunidade internacional de Estados como um todo. Pode-se discutir que tratados com uma natureza universal verdadeira estabelecendo normas de direito internacional geral possam produzir normas peremptórias ou consolidar normas peremptórias que já existiam anteriormente à sua conclusão. No entanto, o Tratado de Roma é um bom exemplo de consolidação de crimes, que geralmente são aceitos como de *jus cogens*, ratificado por uma ampla maioria de Estados na comunidade internacional.

De acordo com Cassese, em relação à utilização das normas de *jus cogens* na prática estatal, cabe salientar que o argumento, embora enraizado no direito internacional, tem sido pouco privilegiado na arena judicial internacional.<sup>175</sup> Simbeye

---

<sup>173</sup> DANILENKO, 1993, p. 246 e 247.

<sup>174</sup> AKEHURST, 1977, p. 283-285: “[...] Moreover, there are arguments of principle which support the view that *jus cogens* can be derived from treaties and custom, but not from other sources of international law. [...] A more serious difficulty arises from the requirement, laid down in Article 53 of the Vienna Convention, that a rule of *jus cogens* must be 'accepted and recognized international community of States as a whole'. Some delegates at the Vienna conference thought that rules of *jus cogens* must be accepted by all States; others thought that they must be accepted by an overwhelming majority of States, but not by all. [...] The true answer appears to be that a rule, in order to qualify as *jus cogens*, must pass two tests – it must be accepted as law by all the States in the world, and an overwhelming majority of States must regard it as *jus cogens*.”

<sup>175</sup> CASSESE, 2001, p. 146: “Strikingly, although the concept of *jus cogens* has been in existence for more than forty years in the world community, so far it has only been invoked in States' pronouncements, in obiter dicta of international arbitral or judicial bodies, and in declarations of international bodies such as the UN GA or the Commission on Human Rights as well as in legal arguments of some of the litigants before the ICJ. In contrast, *jus cogens* has not been relied upon in legal disagreements between States, as one of the major issues in dispute, or by international courts for the purpose of settling international disputes. In other words, it has not yet been used to invalidate a treaty provision [...] In addition, the ICJ has carefully avoided pronouncing on the matter or has used a rather elusive language.”

cita alguns precedentes, reconhecendo a doutrina de *jus cogens*.<sup>176</sup> Quanto às fontes de *jus cogens*, impõem-se algumas observações. Para Danilenko, a idéia prevalente é de que as Resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas não podem gerar normas de *jus cogens*, porque não constituem em si fontes do direito internacional público, porém há quem defenda esta possibilidade.<sup>177</sup> O mesmo autor opina no sentido de que a CIJ não tem apenas o papel de encontrar e explicitar as regras de *jus cogens*, como também de estabelecê-las através de um processo criativo, com "les exigences éthiques élémentaires de la vie communautaire", como o órgão supremo da comunidade internacional, ou o órgão principal da comunidade internacional que tem autoridade para reconhecer normas peremptórias representando a comunidade como um todo. Assim, a manifestação da CIJ seria decisiva para a consolidação do *jus cogens*. Nas palavras de Danilenko:

In view of the continued uncertainty over the normative criteria for identification of peremptory norms and the absence of any authoritative enumeration of the already recognized *jus cogens*, every judicial clarification of the relevant issues is likely to have a strong impact on future developments. In the absence of a precise definition of the concept, the I.C.J. is presented with an ideal opportunity not only to develop the actual content of the *corpus* of *jus cogens* norms, but also to shape the basic constitutional requirements relating to the creation and application of the "higher law" of the international community.<sup>178</sup>

Os conceitos de *jus cogens* e obrigações *erga omnes* apresentam certas semelhanças, porém se referem a realidades diversas.<sup>179</sup> Obrigações *erga omnes*

---

<sup>176</sup> De acordo Simbeye, a doutrina do *jus cogens* no direito internacional foi reconhecida pela ICJ no *Caso Nicarágua v. United States of América*. Quanto à jurisprudência, com relação específica ao direito penal, há várias referências aos crimes de *jus cogens* em julgamentos recentes: *Lord Hope in Pinochet* (nº 3), *Siderman de Blake v. Argentina* (1992) e também na Corte Européia de Direitos Humanos, no *Al Adsani Case* (2001) (SIMBEYE, 2004, p. 61).

<sup>177</sup> DANILENKO, 1993, p. 245 e 246: "The evaluation of the role of the United Nations General Assembly resolution in the formation of norms of *jus cogens* adds a new dimension to the on-going debate about their impact on the international lawmaking. The issue was first discussed briefly during the I.L.C.s deliberations on a draft article relating to *jus cogens*. The prevailing opinion was that UN General Assembly resolutions could not generate *jus cogens*: [...]"

Yet there are serious doubts as to whether an instrument which at best can lay down rules vaguely described as "soft law" may by some "alchemy" become a legitimate vehicle for the creation of "higher law." [...]"

<sup>178</sup> DANILENKO, 1993, p. 264 e 265.

<sup>179</sup> KADELBACH, 2006, p. 26 e 27: "The different categories of fundamental rules are distinguished according to the legal consequences attributed to them. *Jus cogens* denominates rules whose effect is to make conflicting treaties void (Articles 53 and 64 VCLT) and, arguably, the prohibition against reservations to *jus cogens* treaty provisions. *Erga omnes* obligations, by contrast, have been considered so far, by and large, as a concept of State responsibility. [...] The distinction between *jus cogens* and *erga omnes* obligations, to begin with the most important norms, is not as clear-cut as it appears. The Barcelona Traction case which expressly refers to *erga omnes* obligations is often also cited as a

dizem respeito à responsabilidade internacional dos Estados, previstas no direito internacional costumeiro. Como assinala Kadelbach, a Corte Internacional de Justiça mencionou repetidamente o conceito, descrevendo-as como obrigações dirigidas à comunidade de Estados como um todo. Não há uma distinção mais precisa, na medida em que a Corte continua sua tradição em evitar o uso do termo *jus cogens*. Já no *Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos Internacionais* (2001) a CDI não utilizou o termo *erga omnes*, mas *jus cogens*. A CIJ refere-se a *grave breaches* como normas *erga omnes*, ao passo que o artigo 40 do *Projeto* define-as como violações massivas e sistemáticas do *jus cogens*. Há uma relação de gênero e espécie entre normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*: todas as normas de *jus cogens* são obrigações *erga omnes*, mas nem todas as obrigações *erga omnes* consistem em normas de *jus cogens*.<sup>180</sup>

Existe uma relação entre as normas peremptórias e as normas do direito penal internacional. Resumindo Cassese, há normas tão essenciais para a proteção de interesses fundamentais da comunidade internacional, que a sua violação é reconhecida como crime pela comunidade internacional como um todo: dentre esses interesses fundamentais a serem protegidos, estão os direitos humanos fundamentais, princípios de direito humanitário e as regras relativas à punição dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade.<sup>181</sup> As implicações de se reconhecerem certos crimes internacionais como pertencentes ao *jus cogens*, os tornam inderrogáveis, quer em tempo de guerra, quer em tempo de paz e, por conseguinte, impõem a obrigação *erga omnes* aos Estados de processar ou extraditar, através de jurisdição universal independentemente do local onde tenham sido cometidos. Bassiouni entende que há fundamento para reconhecer os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade, o crime de tortura e crimes de guerra,

---

reference for *jus cogens*. The equation of both seems to be justified by the observation that the primary rules which belong to *jus cogens* and *erga omnes* norms are basically the same. The examples usually given for both are the prohibition against aggressive war, genocide, crimes against humanity and war crimes, the core elements of humanitarian law and of the human rights conventions, the right of peoples to self-determination and the protection of the environment from severe and lasting degradation.”

<sup>180</sup> KADELBACH, 2006, p. 35-39.

<sup>181</sup> CASSESE, 2001, p.141: “[...] An important clue to the identification of peremptory norms can be found in the former Article 19 of the Draft Articles on State Responsibility [...], mention was made of norms laying down international obligations 'so essential for the protection of fundamental interests of the international community that [their] breach [was] recognized as a crime by that community as a whole' (emphasis added). [...]”.

entre outros, como pertencentes às normas de *jus cogens*, argumento reforçado com a criação do Tribunal Penal Internacional pelo Tratado de Roma.<sup>182</sup>

O crime de genocídio merece ser classificado como crime de *jus cogens*. Primeiramente, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948) criminalizou internacionalmente o genocídio, quer cometido em tempos de paz ou de guerra (artigo 1). Na *Opinião Consultiva* a respeito das Reservas à Convenção do Crime de Genocídio (1951), a CIJ assim, se manifestou:

The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as "a crime under international law" [...] The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required "in order to liberate mankind from such an odious scourge" (Preamble to the Convention). The Genocide Convention was therefore intended by the General Assembly and by the contracting parties to be definitely universal in scope. It was in fact approved on December 9th, 1948, by a resolution which was unanimously adopted by fifty-six States.<sup>183</sup> [grifo nosso]

Posteriormente, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade (1968), ao prever a imprescritibilidade dos crimes previstos no artigo 1 (a) e (b), reforçou o caráter de *jus cogens* desses crimes, dentre os quais o crime de genocídio.<sup>184</sup> Novamente, a CIJ, no *Caso Barcelona Traction* (1970), afirmou que existem obrigações assumidas em relação à comunidade internacional, indicando entre elas, explicitamente, a repressão ao genocídio:

---

<sup>182</sup> BASSIOUNI, 1999a, p. 41-46: "The legal literature discloses that the following international crimes rise to the level of *jus cogens*: aggression; genocide; crimes against humanity; war crimes; piracy; slavery and slave-related practices; and torture. [...] This legal basis consists of: (a) international pronouncements, or what can be called international *opinio juris*, reflecting the recognition that these crimes are deemed part of general customary law; (b) language in preambles or other provisions of treaties applicable to these crimes which indicates that these crimes have higher *status* in international law; (c) the large number of states which have ratified treaties related to these crimes; and, (d) the *ad hoc* international investigations and prosecutions of perpetrators of these crimes. This legal foundation is further buttressed by the writings of scholars. [...]"

<sup>183</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion**: I.C.J. Reports 1951, p. 15. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2009.

<sup>184</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity**, 26 November 1968. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/435?OpenDocument>>. Acesso em: 15 set. 2009.

34. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.<sup>185</sup>

Finalmente, ainda que em caráter mais restrito, em 1974, na Convenção Européia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes Contra a Humanidade e Crimes de Guerra, em âmbito regional, foi reiterado o caráter peremptório dos crimes previstos com menção expressa ao crime de genocídio. No artigo 1, porém, esta convenção não se aplica aos crimes cometidos anteriormente à sua vigência (artigo 2).<sup>186</sup> Ainda que o processo de criminalização no direito internacional esteja fundado principalmente no direito costumeiro, o próprio sistema de direito internacional procura caminhos para estabilizar suas normas, quer através da codificação de normas costumeiras, do direito convencional e de conceitos como o *jus cogens* e obrigações *erga omnes*. Ao mesmo tempo em que esta estrutura procura dar estabilidade e segurança jurídicas, cria garantias e limites ao Poder no plano internacional. Nas exatas palavras da CDI, nos comentários ao *Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos Internacionais* (2001): “Those peremptory norms that are clearly accepted and recognized include the prohibitions of aggression, genocide, slavery, racial discrimination, crimes against humanity and torture, and the right to self-determination.”<sup>187</sup>

Para Lafer, os direitos humanos internacionais, o direito humanitário e o *jus cogens* estabelecem os limites e referências para a aplicação do direito penal internacional. Em sendo impossível a eliminação de toda discricionariedade interpretativa, a interpretação dentro do direito penal deve basear-se em critérios que

---

<sup>185</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited**. Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2009.

<sup>186</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to Crimes against Humanity and War Crimes**. Strasbourg, 25 January 1974. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/455?OpenDocument>>. Acesso em: 15 set. 2009.

<sup>187</sup> UNITED NATIONS. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001**. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2009.

permitam aferir em relação a um *contexto estável* se a decisão se encontra legitimada ou não. Este referencial de valores é encontrado internamente ao sistema de direito e é este *contexto* que vai oferecer os parâmetros materiais de legitimidade. Não se trata de um contexto imutável, apenas *estável*, capaz de absorver lentamente as necessárias adaptações às novas circunstâncias sociais sem gerar uma crise institucional.<sup>188</sup>

### 3.2.3 Tratados

Mello salienta que o crescimento das relações internacionais se expressa pelo aumento vertiginoso na celebração de tratados.<sup>189</sup> Japiassú noticia que entre 1814 e 1984, teriam sido firmados 312 tratados internacionais que se referiam, de alguma maneira, a 22 diferentes áreas relacionadas com o direito penal internacional. Entre 1854-1998, há 71 instrumentos internacionais relativos à regulamentação convencional da guerra. No plano positivo, a limitação da guerra se iniciou, efetivamente, no período imediatamente posterior à Iª Guerra Mundial através do Tratado da Sociedade das Nações (1919), do Tratado de Paris (1928) e, principalmente, da Carta da Organização das Nações Unidas (1945).<sup>190</sup> TRINDADE concorda que há um crescimento enorme na utilização de tratados na prática internacional e de suas regras no direito internacional atual.<sup>191</sup>

Aos tratados internacionais aplicam-se a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) (1969) e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (1986). Cassese explica que os tratados internacionais, em princípio,

---

<sup>188</sup> LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 299-300.

<sup>189</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 278: "Para encerrar este item citamos uns dados estatísticos que demonstram a importância dos tratados nos dias de hoje: a) entre 1500 a.C. e 1960 foram celebrados cerca de 80.000 tratados de paz; b) de 1947 a 1984 foram concluídos entre 30.000 e 40.000 tratados; c) o período de 1984 a 1992 foram feitos quase 50.000 tratados."

<sup>190</sup> JAPIASSÚ, 2004, p. 30-31, 245-247 e 252.

<sup>191</sup> TRINDADE, 2002b, p. 35-37.

apenas são obrigatórios entre os Estados signatários, mas podem excepcionalmente ser considerados com relação a terceiros quando forem declaratórios de normas costumeiras internacionais consolidadas. As normas dos artigos 31 ao 33, CVDT (1969), reconhecidamente declaratória de normas internacionais costumeiras na área do direito dos tratados, devem ser consideradas na interpretação dos tratados internacionais e também na interpretação de outras normas escritas no direito internacional.<sup>192</sup>

Danilenko assinala que os tratados têm papel estruturante na construção do sistema de justiça internacional. O costume não pode gerar antecipadamente um regime jurídico para o futuro porque está baseado na prática pelos Estados e, na aceitação desta prática como vinculante, está inexoravelmente voltado para o passado. Vários problemas contemporâneos e com impacto global requerem que sejam tratados por mecanismos jurídicos, antes que atinjam proporções inadequadas. A regulação efetiva destes problemas envolve regulação preventiva para evitar danos irreversíveis, um sistema jurídico estável, o que poderá apenas ser alcançado através da celebração de tratados.<sup>193</sup>

### 3.2.3.1 Direitos Humanos

A norma que proíbe *violações graves repetidas e sistemáticas dos direitos humanos*, no entender de Cassese, tornou-se norma fundamental do direito costumeiro internacional, *jus cogens*, vinculando todos os Estados na comunidade internacional, tenham ou não ratificado convenções neste sentido, bem como impondo obrigações à comunidade internacional. E, portanto, existe um fundamento legal de direito internacional para requerer que cessem as violações, sob pena de serem impostas medidas pacíficas ou contenciosas no direito internacional.<sup>194</sup>

---

<sup>192</sup> CASSESE, 2003a, p. 27 e 28.

<sup>193</sup> DANILENKO, 1993, p.130-132.

<sup>194</sup> CASSESE, 2001, p. 370.

As normas de *jus cogens*, costumeiras ou convencionais, estão basicamente contidas nas estipulações de direito humanitário, nos instrumentos internacionais de direitos humanos, além de outras convenções com caráter penal onde se encontram as limitações formais e materiais inderrogáveis ao princípio da legalidade. Kadelbach assinala que várias normas constantes dos instrumentos internacionais de direitos humanos tornaram-se parte do direito internacional costumeiro e do *jus cogens*. Muitas convenções contêm garantias de que os Estados-partes não podem suspender, mesmo em períodos de emergência. Algumas convenções não permitem que os Estados-partes façam reservas. Outras impõem a obrigação aos Estados de processar ou extraditar autores de violações graves. O direito humanitário contido nas Convenções de Genebra (1949) também prevê que os Estados-partes devam respeitar certas obrigações em qualquer circunstância. Tratados especiais derogando garantias essenciais previstas são proibidos. Violações graves ao direito humanitário são objeto de persecução penal por qualquer Estado membro.<sup>195</sup>

É através da imposição do direito penal internacional que as normas de direitos humanos e direito humanitário atingem definitivamente o *status* de normas peremptórias e passam a ganhar efetividade.<sup>196</sup> O processo penal internacional surge como reação às violações massivas de direitos humanos pelos Estados e para completar e suprir a insuficiência do direito internacional dos direitos humanos.<sup>197</sup>

Para Cassese, são os direitos humanos, seus tratados e convenções, o direito humanitário, bem como a jurisprudência internacional, que contribuem conjuntamente para o delineamento dos bens jurídicos internacionais dignos da proteção penal, bem como os direitos fundamentais dos investigados, acusados, vítimas e testemunhas, além de indicar as garantias básicas do devido processo legal. O direito penal internacional está evoluindo da doutrina da justiça substantiva, baseada na soberania dos Estados, para a doutrina da estrita legalidade e aceitação

---

<sup>195</sup> KADELBACH, 2006, p. 29-34.

<sup>196</sup> SIMBEYE, 2004, p. 66: "Consequently, it is suggested that only under international criminal law can human rights become *jus cogens*; thus the prohibitive norms of international crimes are, arguably, *jus cogens*. International criminal law provides the opportunity for tangible legal remedies on moral issues. Without the possibility of legal redress violators can view the law as being in the 'ought-to-be' stage of norm creation. The customary binding nature of international crimes and universal jurisdiction, together with the drive for individual accountability, can help generate the peremptory nature of *jus cogens* norms. [...]"

<sup>197</sup> MAISON, 2004, p. 122 e 123.

da limitação destas soberanias no direito internacional: na primeira prevaleciam os interesses da comunidade internacional e a demanda por justiça, enquanto, na segunda, prevalecem as garantias dos indivíduos contra arbitrariedades.<sup>198</sup> Nas palavras de Werle:

International criminal law is, among other things, an instrument to protect human rights. It responds to massive violations of fundamental human rights. International criminal law provides an answer to the failure of traditional mechanisms for protecting human rights. Human rights protections legitimize international criminal law and at the same time limit its application. Like national criminal law, international criminal law is subject to human rights limitations. This is true of the extension of penal authority in general. But the limiting function of human rights comes into effect mainly in the design of procedure: even a suspect accused of a crime under international law has the right to a fair trial that adheres to human rights principles and standards.<sup>199</sup>

Resumindo Cassese, a mudança gradual de paradigma para a doutrina da estrita legalidade tem ocorrido com a ratificação de vários tratados de direitos humanos que prevêm o princípio da legalidade; o reconhecimento do mesmo princípio em tratados de direito humanitário como a III<sup>a</sup> e a IV<sup>a</sup> Convenção de Genebra (1949) e a ratificação de vários tratados internacionais específicos criminalizando a conduta dos indivíduos. O princípio começou a ser visto sob a ótica dos direitos humanos do acusado e não mais como uma política ditando as estratégias penais dos Estados no âmbito internacional. Este desenvolvimento também foi influenciado pelos precedentes jurisprudenciais dos tribunais penais *ad hoc*.<sup>200</sup>

Comparato resume as fases de internacionalização dos direitos humanos. A primeira fase teve início na metade do século XIX e terminou com a II<sup>a</sup> Guerra Mundial, manifestando-se basicamente em três setores: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado. A evolução dos direitos humanos, a partir de 1945, revela o reconhecimento histórico do valor da dignidade humana e tem como consequência a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), inaugurando esta nova fase histórica. No final do século XX, vinte e uma convenções internacionais exclusivamente dedicadas aos direitos

---

<sup>198</sup> CASSESE, 2003a, p. 18-22.

<sup>199</sup> WERLE, 2005, p. 39-42.

<sup>200</sup> CASSESE, 2003a, p. 144 e 145.

humanos foram celebradas no âmbito das Nações Unidas ou no âmbito das organizações regionais.<sup>201</sup>

Cassese reconhece que houve uma expansão territorial no que tange ao escopo de aplicação dos direitos humanos. Os Estados estão vinculados por obrigações internacionais concernentes aos direitos humanos não apenas quando agem dentro de seus territórios, mas também quando agem no cenário internacional.<sup>202</sup> Gallant concorda com este posicionamento, pois os direitos humanos migraram da esfera de proteção contra arbitrariedades estatais, evitar arbitrariedades de organizações internacionais, em especial dos tribunais internacionais.<sup>203</sup> A tendência predominante atualmente, no entender de Comparato é no sentido de considerar as normas internacionais de direitos humanos prevalentes, pelo fato de exprimirem, de certa forma, a consciência ética universal: “a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última, a razão de ser de todo o sistema jurídico”.<sup>204</sup> Soares não concebe a possibilidade de não se reconhecer à efetiva existência no mundo jurídico, de normas e princípios de direito internacional dos direitos humanos, em sentido lato, solenemente declarados em várias ocasiões em que os Estados assentiram de modo direto, reconhecendo que os direitos humanos são “inerentes, universais, indivisíveis e interdependentes e enfim, transnacionais”.<sup>205</sup>

Na *Opinião Consultiva sobre o Muro no Território Palestino Ocupado* (2004), a Corte manifestou que o Estado, no exercício de jurisdição, estará vinculado extra-territorialmente quanto às obrigações contraídas no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em suas palavras:

---

<sup>201</sup> COMPARATO, 2003, p. 54 e 55.

<sup>202</sup> CASSESE, 2003a, p. 11-14. Consultar também: CASSESE, 2001, p. 361: “It follows from the above that States are to respect human rights obligations not only on their own territory but also abroad, when they exercise there some kind of authority or power, whether the individuals subject to this authority or power have the State’s nationality or are foreigners. In addition, by exercise of authority one should mean not only the display of sovereign or other powers (law making, law enforcement, administrative powers, etc.), but also any exercise of power, however limited in time (for instance, the use of belligerent force in an armed conflict).”

<sup>203</sup> GALLANT, Kenneth S. International Human Rights Standards in International Organizations: The Case of International Criminal Courts. In: **International Criminal Law: Quo Vadis?** Proceedings of the International Conference held in Siracusa, Italy, 28 November – 3 December 2002, on the Occasion of the 30<sup>th</sup> Anniversary of ISISC. Érès, 2004. (Nouvelles Études Pénales – v. 19 – Association Internationale de Droit Pénal), p. 397.

<sup>204</sup> COMPARATO, 2003, p. 59-61.

<sup>205</sup> SOARES, 2002, p. 371.

109. The Court would observe that, while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory. Considering the object and purpose of the International Covenant on Civil and Political Rights, it would seem natural that, even when such is the case, States parties to the Covenant should be bound to comply with its provisions. The constant practice of the Human Rights Committee is consistent with this. [...]

111. In conclusion, the Court considers that the International Covenant on Civil and Political Rights is applicable in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory.<sup>206</sup>

Na *Declaração e Programa de Ação*<sup>207</sup> decorrentes da Conferência de Viena sobre Direitos Humanos (1993), foi declarado que os direitos humanos se apresentam universalizados, não-seletivos, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, bem como o dever da comunidade internacional em tratar os direitos humanos de forma global, igualitária e razoável, com a mesma ênfase e com amplo respeito às diferenças. Há um apelo para a ratificação global dos tratados de direitos humanos e a que todos os Estados tenham acesso aos instrumentos internacionais, evitando-se reservas ao máximo. Quanto aos fatos que se procura resguardar através das várias dimensões do princípio da legalidade, permanece um estado de crueldade, nas palavras do relatório final:

30. The World Conference on Human Rights also expresses its dismay and condemnation that gross and systematic violations and situations that constitute serious obstacles to the full enjoyment of all human rights continue to occur in different parts of the world. Such violations and obstacles include, as well as torture and cruel, inhuman and degrading treatment or punishment, summary and arbitrary executions, disappearances, arbitrary detentions, all forms of racism, racial discrimination and apartheid, foreign occupation and alien domination, xenophobia, poverty, hunger and other denials of economic, social and cultural rights, religious intolerance, terrorism, discrimination against women and lack of the rule of law.<sup>208</sup> [grifo nosso]

---

<sup>206</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory**, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 136. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2009.

<sup>207</sup> UNITED NATIONS. **World Conference on Human Rights General Assembly resolution 48/121 of 20 December 1993**, A/RES/48/121. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/be26ac5be3286d86802567c9004b2dad?Opendocument>>. Acesso em: 15 set. 2009.

<sup>208</sup> UNITED NATIONS. **World Conference on Human Rights, Vienna, 14-25 June 1993, Vienna Declaration and Programme of Action**, A/CONF.157/23. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/be26ac5be3286d86802567c9004b2dad?Opendocument>>. Acesso em: 15 set. 2009. Ver também TRINDADE, Antônio Caçado. **Resultados da Condeferência Mundial de Direitos Humanos: Viena 1993**, Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/18/dtr/dtr1.pdfbalança>>. Acesso em: 15 set. 2009.

A questão da universalidade dos direitos humanos, no entanto, apresenta-se complexa quando nos deslocamos do discurso ocidental, mais individualista e penetramos no Oriente, onde a comunidade apresenta outra dimensão sobre o indivíduo, como com relação aos *asian values* e, com relação às demais nações, a necessidade de uma abordagem multicultural.<sup>209</sup> Os direitos humanos atuais constituem-se na *universalização possível* no atual estado da arte.<sup>210</sup>

Bassiouni classifica as fontes do direito penal internacional nos instrumentos universais e regionais de direitos humanos, instrumentos de direito humanitário e nos princípios gerais de direito reconhecidos pela maioria dos sistemas de justiça penal no mundo.<sup>211</sup> A maioria das normas de direitos humanos e as normas de direito humanitário são articuladas em tratados internacionais, sendo difícil encontrá-las na pura prática dos Estados. Para Koskeniemi, os dispositivos generalizáveis nos tratados transformam-se em parte do direito costumeiro, sem a necessidade da prática estatal. As convenções multilaterais abertas a todas as nações parecem ter um intento à universalidade e à inclusão de todas as nações. As partes não necessariamente querem que estipulações generalizáveis sejam limitadas apenas aos signatários. Enquanto muitas normas de direito costumeiro tiveram sua origem em tratados, também os tratados podem funcionar como instrumentos declaratórios do direito costumeiro, se assim, for expresso, ou se puder ser depreendido dos trabalhos preparatórios. Não é necessário qualquer ato posterior a um tratado para provar que seus dispositivos generalizáveis passaram para o direito costumeiro, porque são os tratados os instrumentos que fornecem a esmagadora maioria das normas de direito costumeiro.<sup>212</sup> Zuppi constata que a existência dos crimes

---

<sup>209</sup> Com relação ao valor universal dos instrumentos internacionais de direitos humanos, consultar: CASSESE, Antonio. Are Human Rights Truly Universal? In: **The Politics of International Law**. Christian Reus-Smit (Editor). Cambridge University Press, 2004. (a)

<sup>210</sup> Quanto aos valores comuns existentes em todas as comunidades humanas, ver: FINNIS, 2000, p. 115: “[...] Todas las sociedades humanas muestran una preocupación por el valor de la vida humana; [...] em ninguna se permite matar a otros seres humanos sin una justificación bien definida. Todas las sociedades humanas consideran la procreación de una nueva vida humana como una cosa buena em si mesma salvo que haya circunstancias especiales. Ninguna sociedad humana deja de restringir la actividad sexual; [...] Todas las sociedades humanas exhiben una preocupación por la verdad, [...], y todas las sociedades favorecen de al ún modo los valores de la cooperación, [...] Todos conocen la amistad. Todos tienen alguna concepción [...], del título o propiedad, y la reciprocidad. Todos valoran el juego, [...]. Todos tratan os cuerpos de los miembros muertos del grupo de alguna manera tradicional y ritual diferente de sus procedimientos para deshacerse de la basura. [...] la religión es universal.”

<sup>211</sup> BASSIOUNI, 1999a, p. 14 e 15.

<sup>212</sup> KOSKENIEMI, Martti. **Sources of International Law**. The library of essays in international law. Burlington, USA: Ashgate Publishing Company, 2000, p. 305-329.

internacionais e a exigência de punição dos seus autores estão estampadas em inúmeros tratados e convenções internacionais e uma lista de crimes é reconhecida doutrinária e convencionalmente como universais.<sup>213</sup> Os crimes contra o direito internacional habilitam para tanto jurisdição penal internacional e quanto à jurisdição universal de todos os Estados.<sup>214</sup>

Simbeye considera que a jurisdição penal internacional tem origem e fundamento no direito costumeiro. A Comissão de Direito Internacional (CDI) no *Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos Internacionais* (1996) observa que, com relação às obrigações *erga omnes* qualquer Estado, além do Estado-vítima ou do Estado agredido, pode personalizar todos os Estados, conforme prevê o artigo 48 (1) (b)<sup>215</sup>. Como os Estados estão obrigados a coibir crimes internacionais e, quando possível, processar quem comete tais crimes, a persecução criminal por um Estado não envolvido sob jurisdição universal é evidência do caráter *erga omnes* do crime internacional.<sup>216</sup> Em sendo possível a um Estado personalizar a comunidade internacional como um todo, poderá estabelecer tribunais internacionais para processar os crimes internacionais. Nos comentários da CDI, ao *Projeto*:

First, serious breaches of obligations arising under peremptory norms of general international law can attract additional consequences, not only for the responsible State but for all other States. Secondly, all States are entitled

---

<sup>213</sup> ZUPPI, 2002, p. 404.

<sup>214</sup> RAMA-MONTALDO, Manuel. Acerca de algunos conceptos basicos relativos al derecho penal internacional y a una jurisdiccion penal internacional. In: **El derecho Internacional en un Mundo en Transformación, liber amicorum** em homenagem al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga. Montevideo, Uruguay: Fundacion de Cultura Universitária, 1994, p. 868: "En un sentido muy amplio, puede hablarse de "jurisdicción penal internacional" como de los medios jurídico-procesales que el derecho internacional ofrece a efectos de enjuiciar y hacer efectiva la responsabilidad penal internacional de los acusados de crímenes de carácter internacional. Bajo este sentido amplio caben tanto el concepto de "jurisdicción universal" como la creación de Tribunales internacionales especializados. En un sentido más estricto, sin embargo, es común hablar de "jurisdicción penal internacional" en relación con la creación de un Tribunal o Corte penal internacional."

<sup>215</sup> UNITED NATIONS. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001.** Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2009: "(8) Under paragraph 1 (b), States other than the injured State may invoke responsibility if the obligation in question was owed "to the international community as a whole". The provision intends to give effect to the statement by ICJ in the Barcelona Traction case, where the Court drew "an essential distinction" between obligations owed to particular States and those owed "towards the international community as a whole" [...] The Court itself has given useful guidance: in its 1970 judgment it referred, by way of example, to "the outlawing of acts of aggression, and of genocide" and to "the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination". In its judgment in the East Timor case, the Court added the right of self-determination of peoples to this list."

<sup>216</sup> SIMBEYE, 2004, p. 61.

to invoke responsibility for breaches of obligations to the international community as a whole.<sup>217</sup>

A persecução penal internacional também já havia sido autorizada pelo artigo IV da Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (1948). A possibilidade de julgamentos internacionais também é reconhecida no comentário ao artigo 49 (2) da Iª Convenção de Genebra (1949), *in verbis*:

[...] In their case the spirit of Article 49 clearly demands that the State holding them should bring them before its own courts. At the same time there is nothing in the paragraph to exclude the handing over of the accused to an international penal Tribunal, the competence of which is recognized by the Contracting Parties. [...] <sup>218</sup>

Em que pese haja desvantagens dos tribunais *ad hoc* perante tribunais permanentes, muitas vezes percebidos como tribunais de exceção, o direito internacional não proíbe a constituição de tribunais *ad hoc*.<sup>219</sup> As Convenções de Genebra (CG) (1949) prevêm o estabelecimento de tribunais: artigo 49, I CG; artigo 50, II CG; artigo 129, II CG; e artigo 146 IV CG. No caso de conflitos armados internos, o artigo 3 comum às Convenções de Genebra, 1949, proíbe sentenças e execuções sem prévio julgamento por Tribunal regularmente constituído, oferecidas garantias reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados. No Protocolo II há previsão similar, no artigo 6, dispondo que o Tribunal deva oferecer as garantias essenciais de independência e imparcialidade. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) prevê, no artigo 14 (1), direito ao devido processo legal, por Tribunal estabelecido pelo direito, competente, independente e imparcial, sem mencionar proibição ao fato de ser o Tribunal *ad hoc*.

Com base nas fontes históricas, nos instrumentos internacionais de direitos humanos, bem como nas normas costumeiras internacionais, especialmente no

---

<sup>217</sup> UNITED NATIONS. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001.** Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2009.

<sup>218</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949. Commentary.** Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/COM/365-570060?OpenDocument>>. Acesso em: 17 set. 2009.

<sup>219</sup> MORRIS, Virginia; SCARF, Michael P. **The International Criminal Tribunal for Rwanda.** New York: Transnational Publishers, 1998. 2v., v.1, p. 77.

direito costumeiro de guerra e nas normas de *jus cogens* e através de uma interpretação teleológica, conseguimos extrair um conteúdo mínimo de proteção à dignidade da pessoa humana <sup>220</sup> e, portanto, limites positivos à aplicação do princípio da legalidade. Os princípios gerais do direito penal e do processo penal democráticos estão fundamentados sobre o respeito aos direitos humanos e o direito humanitário internacional. Esses direitos são reconhecidos universalmente, na afirmação de Ferrajoli, fazendo parte do direito internacional obrigatório e do patrimônio ético da humanidade, com caráter indisponível e inalienável, cujos valores informam os bens jurídicos penais internacionais merecedores de tutela. <sup>221</sup>

Várias convenções internacionais de direitos humanos e de direito humanitário contêm dispositivos concernentes direta ou indiretamente ao princípio da legalidade <sup>222</sup>. Segundo Ambos, o princípio do *nullum crimen sine lege* e da *nulla poena sine lege* estariam praticamente reconhecidos em todos os instrumentos internacionais de direitos humanos, porém não em todas as suas dimensões. Observa que algumas normas contêm a regra *lex praevia* complementada pela regra da *lex mitior*. Não há menção da *lex certa*, a certeza, da natureza ou da gravidade das penas. Apenas com relação às penas de morte, que não estão absolutamente proibidas, devem estar expressamente prescritas pela lei. Ante a ausência do elemento *lex certa* nos instrumentos de direitos humanos, resulta que o mesmo seja praticamente ignorado pelo direito penal internacional. As convenções de direito penal internacional, de direito internacional humanitário ou em outras áreas referentes a crimes específicos não contêm penas específicas nem quantificam as penas a impor. A principal justificativa para a ausência de padrões na determinação da pena consiste em que estes tratados respondem ao modelo de aplicação indireta, deixando a aplicação de pena e persecução aos Estados-partes, que devem proporcionar uma pena aos crimes previstos nos tratados a serem internalizados no direito interno. <sup>223</sup>

Questiona-se, no entanto, a força jurídica, enfim, a autoridade dos instrumentos internacionais de direitos humanos. Sob o ponto de vista técnico,

---

<sup>220</sup> COMPARATO, 2003, p. 231.

<sup>221</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 291 e 292.

<sup>222</sup> CASSESE, 2001, p. 359.

<sup>223</sup> AMBOS, 2008b, p. 45-53.

segundo Cassese, em princípio, a Declaração Universal (1948)<sup>224</sup>, não tem efeito vinculante, mas apenas força política e moral e se constitui numa recomendação aos Estados.<sup>225</sup> Apesar de a Declaração Universal não ser revestida da formalidade de um tratado de plurilateral, mas ter nascido na forma de uma deliberação da Assembléia Geral, adotada por resolução, “em absoluto retira-se o valor histórico de documento normativo fundamental”, como expressa Soares.<sup>226</sup>

No *Caso do Pessoal Diplomático e Consular dos EUA em Teerã*, a Corte Internacional de Justiça atribuiu valor normativo aos princípios enunciados na Declaração Universal:

Wrongfully to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in conditions of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights.<sup>227</sup>

No preâmbulo da declaração, a *justiça* é considerada direito inalienável da humanidade. Vários artigos estão relacionados à administração da justiça: o artigo 5 prevê a imposição de penas não degradantes; os artigos 8 e 10 prevêem acesso a tribunais; o artigo 9 proíbe prisões arbitrárias; o artigo 11 prevê o princípio de presunção da inocência (1) e o requisito da *lex praevia* tanto para o princípio do *nullum crimen* como para o princípio da *nulla poena sine lege*.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) (1966)<sup>228</sup> desenvolveu o conteúdo da Declaração Universal. Vários são os dispositivos atinentes à administração da justiça penal, em especial: o artigo 6 (2) estabelece os requisitos da imposição da pena de morte; o artigo 7 proíbe punições degradantes; o artigo 9 (1) proíbe prisões arbitrárias; o artigo 9 (3) estabelece direito ao devido

---

<sup>224</sup> UNITED NATIONS. **The Universal Declaration of Human Rights**, 10 december 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. Acesso em: 04 set. 2009.

<sup>225</sup> CASSESE, 2001, p. 358: “In spite of its limitations, the Declaration was, however, of great importance in stimulating and directing the international promotion of human rights. It formulated a unitary and universally valid concept of what values all States should cherish within their domestic orders.”

<sup>226</sup> SOARES, 2002, p. 345-347.

<sup>227</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran**, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 3. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2009.

<sup>228</sup> UNITED NATIONS. **International Covenant on Civil and Political Rights. Adopted by General Assembly of the United Nations on 19 December 1966**. Disponível em: <<http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20999/volume-999-I-14668-English.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2009.

processo legal; o artigo 9 (4) prevê acesso ao exame da legalidade da prisão; o artigo 9 (5) reconhece o direito à compensação por prisão ilegal; o artigo 14, prevê várias garantias de direito penal, direitos do acusado e direito de apelação; no artigo 14 (1) destacam-se os atributos dos tribunais; o artigo 14 (7) prevê o princípio do *ne bis in idem*; o artigo 15 (1) prevê o requisito da *lex praevia* quanto aos princípios do *nullum crimen sine lege* e da *nulla poena sine lege*; o artigo 15 (2) prevê a possibilidade de responsabilização penal com base nos princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações. Finalmente, algumas destas garantias são inderrogáveis, mesmo em estado de emergência: o artigo 4(2) estipula que não é possível derrogações dos artigos 6, 7 e 15.<sup>229</sup>

No âmbito regional, destacam-se a Convenção Européia sobre Direitos Humanos (1950), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos (1981). Com estreita ligação com a dignidade da pessoa humana, vale citar a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984).

A Convenção Européia de Direitos Humanos (CEDH)<sup>230</sup> traz regras importantes sobre as garantias de direito penal: a proibição de punição degradante (artigo 9); o artigo 5 estabelece os limites dentro dos quais a pessoa pode ser privada de sua liberdade; o direito ao devido processo (artigo 6); o artigo 7 (1) estabelece o *princípio do nullum crimen sine lege* e da *nulla poena sine lege*, bem como o requisito da *lex praevia* aplicável a ambos.; o artigo 7 (2) permite a responsabilização penal de acordo com os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas. Finalmente o artigo 15 (2) não permite derrogação dos artigos 3 e 7, mesmo em tempo de guerra ou emergência. O artigo 7, CEDH é bastante parecido ao artigo 15, PIDCP. Há violação ao artigo 7 se o legislador, ao estabelecer crimes, ou o Juiz ao aplicar a lei penal, determinar a aplicação retroativa da lei aos fatos anteriores, ou seja, *ex post facto law*.

O princípio do *ne bis in idem* assegura que um acusado não possa ser processado duas vezes pelo mesmo crime e está previsto na maioria dos sistemas

---

<sup>229</sup> A Declaração Universal refere-se à “penal offences”, enquanto o Pacto Internacional refere-se à “criminal offences”, BOOT entende este ultimo termo como mais abrangente (BOOT, 2002, p. 133-134).

<sup>230</sup> UNITED NATIONS. **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol No. 11 with Protocol Nos. 1, 4, 6, 7, 12 and 13.** Disponível em: <[http://treaties.un.org/doc/Treaties/1990/09/19900902%2003-14%20AM/Ch\\_IV\\_11p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1990/09/19900902%2003-14%20AM/Ch_IV_11p.pdf)>. Acesso em: 04 set. 2009.

penais nacionais. Geralmente se aplica dentro de um mesmo Estado, não se aplicando entre sistemas nacionais diferentes. O princípio está previsto nos instrumentos internacionais de direitos humanos universais e regionais, como no artigo 14 (7) PIDCP e no artigo 4 do Sétimo Protocolo Adicional da CEDH.

Boot assinala que o artigo 7 apenas se aplica a processos criminais, não estando cobertas as decisões de extradição; aplica-se à imposição de penalidades, mas não abrange a detenção que constituir medida preventiva; e igualmente ordens de deportação não estão cobertas pelo princípio. Expõe ainda que o termo *ofensa criminal* tem um significado autônomo dentro da Convenção Européia, significando que o termo é considerado independente e não necessariamente corresponde ao significado de termos idênticos, correlatos ou similares nas legislações domésticas dos Estados contratantes. O mesmo autor observa que o conceito de *lei* abrange tanto a lei escrita quanto a não escrita e implica em requisitos qualitativos, notadamente aqueles de *acessibilidade* e *previsibilidade*. A adaptação do direito para circunstâncias em mudança utilizando-se a interpretação extensiva é permitida desde que se refira a um desenvolvimento gradual consistente com a essência do crime e a adaptação possa ser razoavelmente prevista. A convenção não exclui o *common law* como base para punibilidade.<sup>231</sup>

A Corte Européia de Direitos Humanos (CoEDH) estabeleceu através de sua jurisprudência, que o princípio deve ser construído e aplicado de modo a permitir garantia efetiva contra processos, condenações e punições arbitrárias. O artigo 7 não deve ser interpretado apenas para prevenir a aplicação retroativa da lei penal, mas contém mais amplamente o princípio de que apenas a lei pode definir um crime e prescrever pena, bem como o princípio de que a lei penal não possa ser construída extensivamente ou por analogia, em detrimento da acusado. Destes princípios decorre que o crime deve estar claramente definido na lei. Este requisito se satisfaz quando a pessoa pode saber o que está previsto pela lei, mesmo se precisar do auxílio da interpretação jurisprudencial para alcançar este entendimento, sobre quais atos ou omissões podem torná-lo um criminoso. Em virtude da inevitável interpretação judicial, o artigo 7 não pode ser lido de modo a impedir a elucidação gradual de normas de responsabilidade penal através de interpretação judicial, caso a caso, desde que o desenvolvimento posterior da norma seja consistente com a

---

<sup>231</sup> BOOT, 2002, p. 144-145 e 154-157.

essência do crime e poderia ser razoavelmente previsível. A Corte se refere ao princípio em termos de acessibilidade e previsibilidade.<sup>232</sup>

Na União Européia, o princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege* é absoluto e não permite derrogação, nos termos do artigo 15 (2), CEDH, conforme já exposto. Ambos, no entanto, observa que a Corte na interpretação do artigo 7 faz *ponderações de valores* equilibrando os interesses e os direitos fundamentais dos acusados e as noções atualmente predominantes nos Estados democráticos de direito. A Corte chegou a identificar como direito contraposto em detrimento do princípio da legalidade, o direito das vítimas a que as condutas cometidas contra elas não ficassem impunes. Assim, o princípio se traduz mais em *nullum crimen sine iure* ao invés de *sine lege*, mero princípio de direito justo ou correto, de acordo com o precedente de Nuremberg.<sup>233</sup> Boot argui que a previsão do artigo 7 (1) não pode ser considerada absoluta, se o artigo 7 (2) não for entendido como tendo aplicação limitada aos crimes cometidos durante a IIª Guerra Mundial.<sup>234</sup>

A interpretação do princípio segundo a jurisprudência da CoEDH leva a uma contradição paradoxal, embora o artigo 7 (1) seja inderrogável, a interpretação do Tribunal o está transformando em princípio de justiça, através da ponderação de valores e, de certa forma, aproximando a estipulação do artigo 7(1), aos mesmos contornos e conteúdos do artigo 7 (2) e, por conseguinte, ainda que de maneira indireta, admitiria a aplicação do artigo 7 (2) para crimes cometidos na era atual ou futura, na verdade, este enfoque decorre da influência do *common law* na interpretação da convenção.

Em nível regional supranacional, a CoEDH, segundo Ambos, buscando um termo médio entre as jurisdições continentais e de *common law*, limitou o princípio da legalidade aos requisitos de acessibilidade e previsibilidade da lei penal, permitindo explicitamente o progressivo desenvolvimento do direito penal através da criação judicial, que é direito não escrito. O Tribunal de Justiça das Comunidades Européias segue este enfoque referindo-se à jurisprudência da CoEDH e advogando a elucidação gradual das regras de direito penal. O autor afirma que o princípio da legalidade contém os componentes básicos *lex praevia* e *lex certa*. Quanto ao

---

<sup>232</sup> ARCHBOLD, 2003, parágrafos 17-27, 17-28, 17-29 e 17-30. Ver também: SHAHABUDEEN, Mohamed. Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law? **Journal of International Criminal Justice**, v. 2, afl. 4, 2004. (a), p.1008.

<sup>233</sup> AMBOS, 2008b, p. 53-60.

<sup>234</sup> BOOT, 2002, p. 158-161. Ver também: SHAHABUDEEN, 2004a, p.1011-1013.

princípio da *lex stricta*, considera a aplicação do princípio equivalente ao princípio da construção ou interpretação estrita do direito inglês, segundo o qual os Juízes devem interpretar a lei penal de maneira restritiva, favorecendo o réu em caso de dúvida. Se o requisito da *lex stricta* fosse entendido como proibição de analogia *in malam partem*, resultaria difícil a sua aplicação nos sistemas de *common law*, onde o recurso à analogia é entendido como parte inerente ao processo de raciocínio jurídico e da criação judicial do direito.<sup>235</sup>

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CAmDH)<sup>236</sup> traz igualmente, em âmbito regional, inúmeras garantias de direito penal, das quais destacaremos algumas. O artigo 4, ao proteger o direito à vida estabelece as condições nas quais poderá ocorrer a aplicação da pena de morte. Ainda sobre a questão do cumprimento de penas, o artigo 5 (2) proíbe penas degradantes e o artigo 7 (7) penas em virtude de dívidas. No artigo 7 (2) estipula-se que a privação de liberdade somente pode ocorrer por causas e condições fixadas nas Constituições dos Estados e em leis em que estejam de conformidade às Constituições, uma espécie de princípio da legalidade atenuado, com requisito de *lex scripta* e *lex certa*, para medidas cautelares ou processuais de privação de liberdade; e no artigo 7 (6), há o direito de a detenção ser examinada quanto à legalidade. O artigo 8 se refere a garantias judiciais, prevendo de modo geral o acesso ao devido processo legal, os direitos do acusado, o direito de apelação e, no artigo 8 (4), o princípio do *ne bis in idem*. O artigo 9 prevê os princípios do *nullum crimen sine lege* e da *nulla poena sine lege*, com o requisito da *lex praevia* e da aplicação da *lex mitior*. Em caso de erro judicial, há direito à indenização (artigo 10). O artigo 27 estabelece os dispositivos da convenção que não poderão ser suspensos em caso de guerra, perigo ou emergência: artigos 4, 5, 9, entre outros, bem como as *garantias judiciais indispensáveis para proteção de tais direitos*.

Boot expõe que, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CAmDH), estão separadas as garantias da proibição de leis *ex post facto* (artigo 9) e do devido processo legal (artigo 8). O artigo 27 (1) proíbe derrogação do artigo 9, porém poderá haver derrogação em tempo de guerra, em outras situações semelhantes e em estado de emergência e que ameace a segurança do Estado

---

<sup>235</sup> AMBOS, 2008b, p. 35-45. Ver também: BOOT, 2002, p. 176 e 177.

<sup>236</sup> ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **Convention Americana sobre Derechos Humanos**, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-32.html>>. Acesso em: 04 set. 2009.

contratante. O artigo 9 refere *criminal offences*, ao invés de *penal offences*, diferindo tanto do PIDCP, quanto da CEDH, na medida em que não se refere ao direito nacional ou internacional como uma base de punibilidade e também não inclui a referência aos princípios gerais de direito internacional.<sup>237</sup>

A separação das garantias nos artigos 8 e 9 só terão algum efeito prático e poderá haver risco de arbitrariedades, se não se estender a proteção do artigo 27 às garantias judiciais, já que o artigo refere-se apenas às *garantias judiciais necessárias*. Igual risco de detenções arbitrárias e infundadas sempre poderá persistir porque o artigo 7 (2), não está coberto pela impossibilidade de suspensão. Realmente, o artigo 9 é bem diferente do PIDCP e da CEDH e não há, de fato, referência ao direito internacional. O pacto parece estar voltado aos direitos internos dos Estados signatários. Quanto ao artigo 27, CAMDH, impõem-se duas observações: primeiramente, a suspensão de aplicação de artigos da convenção não poderá ser incompatível com as obrigações de direito internacional, no mínimo, obrigações *erga omnes* e limitações de *jus cogens*, além de outros tratados e convenções firmados pelos Estados a nível universal, ou mesmo regional. Em segundo lugar, as *garantias judiciais indispensáveis* para efetivar o exercício dos direitos previstos nos artigos que não podem ser suspensos, também não poderão sofrer suspensão ou interferência e, desta forma, o artigo 8, embora não referido entre os artigos protegidos, deve receber igual tratamento porque não enumera nada além do que seja comumente reconhecido como garantias mínimas do devido processo legal no direito penal internacional.

A Carta Africana de Direitos Humanos (CAfDH)<sup>238</sup> prevê de maneira bastante genérica e indeterminada alguns direitos e garantias: o artigo 4 prevê que a pessoa não poderá ser privada de sua vida arbitrariamente, sem qualquer referência, no entanto, à pena de morte. O artigo 6 estipula as condições em que uma pessoa pode ser detida, desde que por razões e condições previamente previstas em lei, uma espécie de princípio da legalidade bastante atenuado para medidas de prisão que não sejam em virtude de condenação criminal. O artigo 7, ao arrolar os direitos do acusado, entre os quais o direito de apelação, o acesso a Tribunal imparcial e no mesmo artigo, no parágrafo (2), contém o princípio da legalidade tanto *o nullum*

---

<sup>237</sup> BOOT, 2002, p. 175.

<sup>238</sup> UNITED NATIONS. **Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos**, 27 de julio de 1981. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2009.

*crimen sine lege*, quanto a *nulla poena sine lege* e o requisito da *lex praevia* aplicável a ambos. Não há previsão da aplicação da *lex mitior*. Nem há quaisquer referências à indenização por erros judiciais ou detenções arbitrárias.

Como expõe Boot, o artigo 7 da Carta Africana não separou a formulação do princípio da legalidade dos direitos do acusado, lembrando o artigo 11 da Declaração Universal. O artigo 7 utiliza a expressão *crimes legalmente puníveis* (*legally punishable offences*) que constituem um conceito diferente de *criminal offences*, sendo o último conceito mais abrangente. Não há igualmente referência ao direito internacional, nem aos princípios gerais de direito, ou ao direito aplicável, sendo o dispositivo, em princípio, destinado à aplicação aos crimes puníveis nos direitos nacionais. Como em outros instrumentos gerais de direitos humanos, o artigo 7 proíbe penalidades para crimes para os quais não haja previsão no momento do cometimento e, assim, inclui a proibição da imposição de penalidades mais graves *ex post facto*.<sup>239</sup> O artigo 26 estabelece o dever dos Estados signatários em garantir a independência dos tribunais de justiça e melhorar as instituições nacionais para dar efetividade à convenção, parece reforçar a idéia exposta por Boot, no sentido de que a Carta se volta para os direitos nacionais dos Estados signatários.

A Carta Árabe sobre Direitos Humanos foi adotada pelo Cônsul da Liga dos Estados Árabes, em 15 de setembro de 1994, porém não se encontra ainda em vigor. A Carta é bastante diferente dos instrumentos mais tradicionais de direitos humanos. Não é possível aquilatar até que ponto o documento representa um avanço efetivo em direção ao reconhecimento e aplicação dos direitos humanos.<sup>240</sup>

---

<sup>239</sup> BOOT, 2002, p. 175.

<sup>240</sup> Na Carta Árabe, o artigo 4 (a) prevê o princípio da legalidade em sentido amplo, não admitindo restrições sobre os direitos e liberdades previstos na Carta, salvo através de lei, em casos de segurança nacional, ordem pública, etc. As medidas de derrogação não se aplicam à proibição da tortura e de tratamentos degradantes, aos julgamentos, à inadmissibilidade de duplo julgamento e ao *status legal* do crime e sua punição, entre outros. No artigo 6 está previsto o princípio do *nullum crimen sine lege* e da *nulla poena sine lege*, o requisito da *lex praevia*, aplicável a ambos, bem como a aplicação da *lex mitior*. O artigo 7 prevê o julgamento legal (*lawful trial*) e que o acusado terá as garantias necessárias para sua defesa. A proibição de detenção arbitrária está prevista no artigo 8, bem como o exame da sua legalidade por um Juiz. Há vários artigos sobre a pena de morte (artigos 10 a 12) limitando sua imposição aos crimes mais graves, o direito a pedir perdão ou comutação da pena e a impossibilidade de impor esta pena para crimes políticos. Ainda com relação ao cumprimento de pena está previsto o princípio da humanidade (artigo 15). No artigo 16 está estipulado o princípio do *ne bis in idem*, o direito de alegar a ilegalidade dos procedimentos e em sendo vítima de detenção ilegal, há direito a indenização. Os Estados signatários devem criminalizar internamente o crime de tortura (artigo 13 (a)): MEDITERRANIAN ACADEMY OF DIPLOMATIC

Com relação à imposição de penalidades penais em geral, nos instrumentos de direitos humanos, predomina total indeterminação, salvo alguns critérios limitam a aplicação da pena de morte, bem como a menção e a sua futura abolição. Nas palavras de Bassiouni:

(c) [...] One consideration emanating from human rights law is that penalties and treatment of individuals in custody cannot be "cruel, inhuman or degrading." This also includes the question of whether the death penalty is likely to be prohibited, and also that of corporal punishment.

The issue of imposition of the death penalty for the commission of international crimes highlights the impact of human rights law on ICL. The death penalty used to be considered the appropriate punishment for all war crimes. [...] <sup>241</sup>

Um outro princípio que tem estrita correlação com o *princípio do nullum crimen sine lege*, o princípio do *ne bis in idem*, previsto em vários instrumentos de direitos humanos, tem sido pouco tratado. O duplo julgamento pode envolver duas situações: o mesmo crime é levado a novo julgamento, isto é, sobre o mesmo crime incidiria a jurisdição de mais de um Tribunal; ou um mesmo fato, independentemente de classificação jurídica do crime, fundamentaria novos julgamentos, um Tribunal teria jurisdição sobre o mesmo fato, porém em persecuções penais distintas. Em ambas as hipóteses há afronta ao princípio da legalidade, nas palavras de Bassiouni:

It must be said that this is a field that has been neglected in international penal law. No much attention has been paid to its fundamental principles, though they certainly are on the basis of liberal criminal law.

From a procedural point of view, this state of things is probably due to the fact that the jurisdiction of the Nuremberg and the Tokyo Tribunals, as well as those of the former Yugoslavia and the Rwanda Tribunals were exclusive, that is to say, the charters or statutes that created and regulated such Tribunals claimed the only right to try the offences mentioned therein: should other courts try to exercise jurisdiction with regard to the same offences, that claim would not be accepted and if carried out in practice, they would be ignored and not taken into account.

It is a different thing in the Statute of the ICC, because it provides that the jurisdiction of the Court is complementary of national jurisdictions, that is to say, that any crime included in the ICC jurisdiction is also included in that of a party State, which has a preferential right to try the case. In fact, any such offence could in principle be tried before the ICC or before a national court,

---

STUDIES. **Arab Charter on Human Rights**, adopted on 15 September 1994 (not yet ratified as of 30 June 1997). Disponível em: <<http://textus.diplomacy.edu/thina/TxFsetW.asp?tURL=http://textus.diplomacy.edu/thina/TxGetXDoc.asp?IDConv=2832>>. Acesso em: 18 set. 2009.

<sup>241</sup> BASSIOUNI, 1999a, p. 16-17.

with the obvious risk of competing claims over the case and an eventual case of double jeopardy.<sup>242</sup>

O problema no direito internacional penal não se teria manifestado veementemente em virtude da primazia das jurisdições penais internacionais.

### 3.2.3.2 Direito Humanitário

O direito humanitário compreende, conforme Etcheberry, normas complementares aos direitos humanos. Ambos têm o fim comum de oferecer proteção à pessoa: enquanto o direito humanitário apresenta-se como direito de emergência no caso de ruptura da ordem internacional, os direitos humanos aplicam-se de regra em épocas de paz, com algumas cláusulas inderrogáveis em qualquer circunstância.<sup>243</sup> Nieto-Navia considera o direito humanitário internacional como normas de direito costumeiro, admitindo que alguns instrumentos podem ser caracterizados como *jus cogens*.<sup>244</sup>

Na *Opinião Consultiva sobre o Muro no Território Palestino Ocupado* (2004), a Corte retomou a própria jurisprudência para estabelecer a aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos, no caso em questão, o PIDCP, mesmo em tempo de hostilidades, salvo nos casos em que a convenção permite derrogação e

---

<sup>242</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. The Principles of Legality and *Non Bis in Idem*. In: **International Criminal Law: Quo Vadis?** Proceedings of the International Conference held in Siracusa, Italy, 28 November – 3 December 2002, on the Occasion of the 30<sup>th</sup> Anniversary of ISISC. Érès, 2004. (Nouvelles Études Pénales – v. 19 – Association Internationale de Droit Pénal), p. 343-344.

<sup>243</sup> GONÇALVES, Joannisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946**: a gênese de uma nova ordem no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 227-230.

<sup>244</sup> NIETO-NAVIA, 2003, p. 628-632: "International humanitarian law as it exists today broadly includes what is now commonly referred to as The Hague and Geneva laws. [...] The Hague Conventions II (1899) and IV (1907) together with those related to the prohibition of certain weapons. These became known as the laws of The Hague. The laws of Geneva encompass the four Geneva Conventions of 12 August 1949 together with the protocols adopted on 10 June 1977. Finally, there is the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948). [...] The Statutes of the ICTY and ICTR provide for prosecution for violation of the following customary rules of international humanitarian law: grave breaches of the Geneva Conventions, violations of the laws or customs of war, genocide and crimes against humanity. In the context of this article, it remains to be seen whether or not one may also automatically elevate these conventions or provisions as a whole to the status of peremptory norms."

que o direito humanitário internacional consistia em direito especial, em relação ao direito internacional dos direitos humanos. Nas palavras da Corte:

105. In its Advisory Opinion of 8 July 1996 on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, [...] "the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. [...]"

106. More generally, the Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights. [...] the Court will have to take into consideration both these branches of international law, namely human rights law and, as *lex specialis*, international humanitarian law.<sup>245</sup>

Concordamos que as normas de direito humanitário são normas pertencentes ao direito costumeiro e já foram assim, reconhecidas em vários precedentes internacionais. No Julgamento de Nuremberg, as Convenções de Haia (1907) e Genebra (1929) foram consideradas, em relação aos crimes de guerra, como pertencentes ao direito costumeiro internacional:

With respect to war crimes, however, as has already been pointed out, the crimes defined by Article 6, section (b), of the Charter were already recognised as war crimes under international law. They were covered by Articles 46, 50, 52, and 56 of the Hague Convention of 1907, and Articles 2, 3, 4, 46 and 51 of the Geneva Convention of 1929. That violations of these provisions constituted crimes for which the guilty individuals were punishable is too well settled to admit of argument.<sup>246</sup>

A CIJ, no julgamento do *Caso do Canal de Corfu* (1949), citou a expressão "elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war".<sup>247</sup> Os termos "elementary considerations of humanity" referem-se à *Cláusula Martens* prevista nos preâmbulos das Convenções de Haia (1899) e IV Convenção de

---

<sup>245</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion**, I. C. J. Reports 2004, p. 136. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2009.

<sup>246</sup> AVALON PROJECT. **Judgement, The Law Relating to War Crimes and Crimes Against Humanity**. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawre.asp>>. Acesso em: 12 set. 2009.

<sup>247</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Corful Channel Case**. Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports, 1949, p. 4. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2009.

Haia (1907). A cláusula reaparece mais modernamente no Protocolo I (1977) no artigo 1 (2). Conforme já citado, a Corte, no *Caso Barcelona Traction* (1970), afirmou que existem obrigações assumidas em relação à comunidade internacional, derivadas de um modo geral de “the principles and rules concerning the basic rights of the human person”, alguns previstos no direito internacional geral, outros em instrumentos internacionais universais ou quase universais.<sup>248</sup> Na *Opinião Consultiva sobre o Muro no Território Palestino Ocupado* (2004), a Corte retomou a jurisprudência desde Nuremberg, fazendo referência às obrigações decorrentes do direito humanitário internacional. Nas palavras da Corte:

89. As regards international humanitarian law, the Court would first note that Israel is not a party to the Fourth Hague Convention of 1907, to which the Hague Regulations are annexed. The Court observes that, in the words of the Convention, those Regulations were prepared “to revise the general laws and customs of war” existing at that time. Since then, however, the International Military Tribunal of Nuremberg has found that the “rules laid down in the Convention were recognised by all civilised nations, and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war” (Judgment of the International Military Tribunal of Nuremberg, 30 September and 1 October 1946, p. 65). The Court itself reached the same conclusion when examining the rights and duties of belligerents in their conduct of military operations (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996 (1)*, p. 256, para. 75). The Court considers that the provisions of the Hague Regulations have become part of customary law, as is in fact recognized by all the participants in the proceedings before the Court. The Court also observes that, pursuant to Article 154 of the Fourth Geneva Convention, that Convention is supplementary to Sections II and III of the Hague Regulations. Section III of those Regulations, which concerns military authority over the territory of the hostile State, is particularly pertinent in the present case.<sup>249</sup>

No Relatório do Secretário-Geral para o ICTY, estão enumerados os instrumentos internacionais de direito humanitário *considerados como pertencentes ao direito internacional costumeiro, sem sombra de dúvida*:

35. The part of conventional international humanitarian law which has beyond doubt become part of international customary law is the law applicable in armed conflict as embodied in: the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims; the Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and the Regulations annexed thereto of 18 October 1907; the Convention on the Prevention and

---

<sup>248</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited**. Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2009.

<sup>249</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion**, I. C. J. Reports 2004, p. 136. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2009.

O *artigo 3 comum* às Convenções de Genebra (1949), em especial o artigo 3 (l) prescreve, *in verbis*:

In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions: (1) Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria. To this end the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons: (a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture; (b) taking of hostages; (c) outrages upon personal dignity, in particular, humiliating and degrading treatment; (d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples." [grifo nosso]

A IIIª Convenção de Genebra (1949) (III CG) oferece especial interesse porquanto está voltada ao tratamento que os prisioneiros de guerra devam receber, representando o *mínimo* padrão aceitável que pode ser imposto a um prisioneiro. Concluimos que, em estado de paz, os padrões não podem ser inferiores aos estabelecidos pela convenção, que goza o *status* de direito internacional costumeiro. Ilustrativamente vejamos alguns artigos previstos no direito internacional humanitário, relativos ao princípio da legalidade e corolários. A convenção não pode ser renunciada pelos prisioneiros de guerra (artigo 7). O artigo 84 repele o julgamento por qualquer Tribunal em que não sejam oferecidas as mínimas garantias de independência e imparcialidade, procedimento adequado e direitos do acusado, conforme artigo 105. O artigo 86 prevê o princípio do *ne bis in idem*, quer pela mesma conduta, quer pelo mesmo crime. O artigo 87 prescreve condições de imposição e aplicação da pena. O artigo 99 menciona o princípio *nullum crimen sine lege*, como no direito do poder de ocupação ou no direito internacional, bem como prescreve que o prisioneiro tem direito à defesa assistida por advogado. A pena de

---

<sup>250</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808.** Disponível em: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_re808\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2009.

morte não pode ser imposta a não ser por Tribunal (artigo 100 e 101). O artigo 102 estabelece critério de validade de sentenças sobre prisioneiros, com base no princípio de tratamento igualitário. O artigo 103 permite a detração penal do tempo de prisão cumprida anteriormente ao julgamento. O artigo 129 prevê o julgamento, com as devidas garantias legais, de pessoas que cometam os *grave breaches* previstos no artigo 130, *in verbis*:

Art 130. Grave breaches to which the preceding Article relates shall be those involving any of the following acts, if committed against persons or property protected by the Convention: wilful killing, torture or inhuman treatment, including biological experiments, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health, compelling a prisoner of war to serve in the forces of the hostile Power, or wilfully depriving a prisoner of war of the rights of fair and regular trial prescribed in this Convention.<sup>251</sup> [grifo nosso]

A IVª Convenção de Genebra (1949) (IV CG), relativa à proteção de civis em tempo de guerra tem inúmeros artigos relativos à administração da justiça penal. O artigo 33 impede a imposição de punições coletivas. O artigo 65 estabelece o princípio da *lex praevia*: as normas penais do *poder de ocupação* não entram em vigor antes de serem publicadas e feitas a conhecer pelos habitantes em sua própria língua. Não haverá leis penais retroativas. O artigo 67 complementa o artigo 65, estabelecendo a proporcionalidade da pena com relação ao crime. O artigo 70 também repulsa efeitos de retroatividade a atos cometidos anteriormente à ocupação. O artigo 71 estabelece a necessidade do devido processo legal (*regular trial*). O direito da apelação consta do artigo 73. O capítulo IX tem por título *Sanções Penais e Disciplinares*. O artigo 146 prevê o julgamento, com as devidas garantias legais, das pessoas que cometerem os *grave breaches* previstos no artigo 147, *in verbis*:

Grave breaches to which the preceding Article relates shall be those involving any of the following acts, if committed against persons or property protected by the present Convention: wilful killing, torture or inhuman treatment, including biological experiments, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health, unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a protected person, compelling a protected person to serve in the forces of a hostile Power, or wilfully depriving a protected person of the rights of fair and regular trial prescribed in the present Convention, taking of hostages and extensive destruction and appropriation of property, not

---

<sup>251</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **International Humanitarian Law, Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949.** Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/375?OpenDocument>>. Acesso em: 17 set. 2009.

justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly.<sup>252</sup>  
[grifo nosso]

Na I<sup>a</sup> Convenção de Genebra (1949) (I CG), destacam-se os artigos 49, última parte, que prescreve o devido processo e defesa não menos favoráveis que os oferecidos aos prisioneiros de guerra (*proper trial*) e artigo 50 que prevê os *grave breaches* sem referir-se às questões do devido processo legal.<sup>253</sup> Finalmente, na II<sup>a</sup> Convenção de Genebra (1949) (II CG), merecem ser referidos os artigos 50 e 51.<sup>254</sup> Algumas garantias fundamentais estão previstas no artigo 75 do Protocolo Adicional I (1977) (PA I)<sup>255</sup> e o Protocolo Adicional II (1977) (PA II) estabelece garantias adicionais, em especial no artigo 6 com relação à persecução penal.<sup>256</sup>

Consoante Ambos, o direito de Genebra engloba quatro convenções, todas de 1949 e seus Protocolos Adicionais (PA). As normas penais encontram-se nas quatro convenções e no PA I, convenções aplicáveis em caso de conflito armado internacional. O PA II juntamente com o artigo 3, comum às convenções, que se aplicam aos conflitos de caráter não internacional não têm dispositivos penais semelhantes. Consoante a jurisprudência que se desenvolveu com os tribunais *ad hoc*, as convenções geram responsabilidade penal internacional diretamente porque pertencem, sem sombra de dúvida, ao direito penal internacional costumeiro, fazendo parte da jurisdição *ratione materiae* desses tribunais.<sup>257</sup> Para Nieto-Navia, vários fatores criam a presunção de que as Convenções de Genebra (1949)

---

<sup>252</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **International Humanitarian Law, Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949.** Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/380?OpenDocument>>. Acesso em: 17 set. 2009.

<sup>253</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **International Humanitarian Law, Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949.** Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/365?OpenDocument>>. Acesso em: 17 set. 2009.

<sup>254</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **International Humanitarian Law, Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea. Geneva, 12 August 1949.** Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/370?OpenDocument>>. Acesso em: 17 set. 2009.

<sup>255</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **International Humanitarian Law, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977.** Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/470?OpenDocument>>. Acesso em: 17 set. 2009.

<sup>256</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **International Humanitarian Law, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977.** Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/475?OpenDocument>>. Acesso em: 17 set. 2009.

<sup>257</sup> AMBOS, Kai. **La Parte General del Derecho Penal Internacional:** bases para una elaboración dogmática. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. (a), p. 97-100.

cumprem os requisitos para serem consideradas como pertencentes às normas de *jus cogens*:

With regard to the four Geneva Conventions of 1949 it is suggested that it can only be said that the principles and prohibitions underlying paragraphs (1) and (2) of common article 3 are *truly* peremptory in nature. Those other provisions in, for example the Geneva Conventions and the Additional Protocols (together with other instruments in international humanitarian law) which reflect the principles contained within common Article 3 can also be considered peremptory in nature.[...] <sup>258</sup>

Há forte presunção de que os *grave breaches* das quatro convenções alcançou *status* de norma peremptória.

### 3.2.4 Princípios Gerais

A existência dos princípios está embasada na universalidade da condição humana, e segundo Koskeniemi, são manifestações da consciência jurídica universal. A utilidade dos princípios não se reduz ao preenchimento de lacunas através da função interpretativa, mas também descrevem e organizam o sistema de normas individuais dispersas, tendo, ou não, conteúdo normativo, ou apenas funcionando como *guidelines*. Certos valores basilares parecem governar a conduta de todos os processos judiciais, de uma maneira que não se poderia falar de processo se estes princípios não fossem levados em consideração. <sup>259</sup> Para Bassiouni, os princípios gerais também podem servir de fontes normativas para determinar alguns aspectos do direito penal internacional como estabelecimento de jurisdição e conflitos, princípios de responsabilidade penal e condições eximentes

---

<sup>258</sup> NIETO-NAVIA, 2003, p. 635-638: "It is therefore suggested that the principles underlying common article 3 of the four Geneva Convention safety the criteria set out above for it to be designated a norm of jus cogens. It lays down fundamental standards which are applicable at all times, in all circumstances and to all States and from which no derogation at any time is permitted. As was stated, it sets forth a minimum core of mandatory rules [and], reflects the fundamental humanitarian principles which underlie international humanitarian law as a whole, and upon which the Geneva Conventions in their entirety are based. These principles, the object of which is the respect for the dignity of the human person, developed as a result of centuries of warfare and had already become customary law at the time of the adoption of the Geneva Conventions because they reflect the most universally recognised humanitarian principles".

<sup>259</sup> KOSKENIEMI, 2000, p. 359-399.

(parte geral), princípios de razoabilidade (*fairness*) no processo penal e direitos do acusado.<sup>260</sup>

Akehurst adverte que a expressão *princípios gerais do direito* pode englobar dois sentidos: princípios gerais de direito internacional e princípios gerais provenientes dos direitos nacionais. Os princípios gerais de direito internacional não se constituem em uma fonte autônoma de direito, podem ser derivados do direito costumeiro ou do direito dos tratados; a sua hierarquia normativa depende da fonte da qual foram inferidos, geralmente são afastados com base no adágio *lex specialis derogat lex generalis*, em virtude de sua generalidade. Os princípios gerais provenientes dos sistemas nacionais têm por função suprir lacunas no direito costumeiro e no direito dos tratados, podendo ser aplicados na falta ou insuficiência das normas de direito internacional. Precedentes, tratados e costume sobrepõem-se aos princípios gerais em caso de conflito normativo.<sup>261</sup>

Para Cameron, existe diferença entre os *princípios gerais de direito internacional* e o *direito internacional costumeiro* quanto à qualidade axiomática, isto é, a existência dos princípios internacionais não requer prova por referência à prática estatal ou *opinio juris* porque já seriam considerados como geralmente aceitos, em virtude de sua qualidade principiológica.<sup>262</sup> Cassese concorda com este pensamento, discorrendo que há princípios do direito internacional penal que pertencem aos princípios gerais do direito internacional e consistem em princípios inerentes ao sistema de direito internacional. A sua identificação não requer necessariamente uma profunda pesquisa de direito comparado nos mais importantes sistemas de direito do mundo, mas podem ser obtidos por generalização e indução das principais características da própria ordem internacional. Interpreta-se o direito penal internacional com base nos axiomas previstos no *jus cogens* internacional, de caráter costumeiro ou convencional, em especial nos instrumentos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos *latu sensu*. Pode-se inferir que o princípio da legalidade é um princípio geral de direito internacional, tendo por base tanto o direito costumeiro, quanto o direito convencional internacional. Nomeiam-se assim, vários princípios penais inerentes ao sistema de direito internacional, tais como o já citado princípio da legalidade, o princípio de

---

<sup>260</sup> BASSIOUNI, 1999a, p. 37 e 38.

<sup>261</sup> AKEHURST, 1977, p. 278 e 279.

<sup>262</sup> CAMERON, 1994, p. 311.

especificidade, o princípio da presunção de inocência e o princípio da *equity of arms*.<sup>263</sup>

O princípio da legalidade é considerado como um princípio fundamental de direito penal, no campo dos direitos humanos internacionais. Várias convenções de direitos humanos não permitem derrogação deste princípio, mesmo em situações de calamidade ou emergência: no Pacto Internacional, na Convenção Européia e na Convenção Americana, o princípio da legalidade é declarado como inderrogável; na Declaração Universal, bem como na Carta Africana, o princípio da legalidade está incluído nos direitos do acusado ou entre as garantias do *fair trial*. Em outros instrumentos, os direitos materiais e processuais são previstos conjuntamente. Isto significa que há uma relação próxima entre o princípio da legalidade e princípio do *fair trial*.<sup>264</sup>

O princípio da legalidade constitui um padrão internacionalmente reconhecido de direitos humanos. Boot discute se este padrão também se aplicaria aos tribunais internacionais *ad hoc*, levando-se em consideração que os direitos humanos internacionais primariamente se referem a obrigações dos Estados em face dos indivíduos. Conclui que os tribunais devam reconhecer os padrões internacionais de direitos humanos, pois são órgãos judiciais constituídos pela Organização das Nações Unidas, de maneira que devem assegurar o *devido processo legal*. Em sendo os tribunais órgãos subsidiários do Conselho de Segurança, não há como possam os tribunais agir contrariamente aos princípios incluídos em vários instrumentos firmados no âmbito das Nações Unidas, em desacordo com o Preâmbulo da Carta das Nações Unidas e o artigo 24 (2). A afirmação do Secretário-Geral de que o *nullum crimen sine lege* requer aplicação das regras que estejam, além de qualquer dúvida, pertencentes ao direito internacional costumeiro, indica que um padrão mais alto é requerido para o estabelecimento deste direito internacional costumeiro.<sup>265</sup>

Especificamente com relação ao sistema penal internacional, Choukr resume algumas tendências expressadas pelos documentos internacionais de direitos humanos, citado como mais importantes: avanços das garantias processuais

---

<sup>263</sup> CASSESE, 2003a, p. 31.

<sup>264</sup> BOOT, 2002, p. 176.

<sup>265</sup> BOOT, 2002, p. 248-251.

materiais como o direito ao silêncio, à ampla defesa, ao contraditório, à assistência jurídica; avanços das garantias processuais formais, limitação das provas ilícitas e moralmente questionáveis, atentados à intimidade, presunção de inocência; quanto ao crime em seu preceito primário, limitam-se os bens jurídicos a criminalizar pela intervenção adequada, limitam-se às descrições típicas abertas e genéricas, pela intervenção legalizada e taxativa, reordena-se a escala de valores penais entre os ilícitos; quanto ao sistema de penas, destacam-se a proscricção da pena de morte, de penas cruéis e infamantes, a limitação das hipóteses de intervenção de penas restritivas de liberdade, a proscricção de penas perpétuas e progressiva redução da duração das penas, a humanização da execução, a readequação da proporcionalidade das sanções, o incremento das penas restritivas de direitos e sanções alternativas às restrições de liberdade e a responsabilização pública e individual pelos excessos e desvios na execução da pena.<sup>266</sup> Finalmente cumpre destacar as convenções internacionais mais específicas e suas normas de direito penal.

A expressão *princípios gerais do direito*, como princípios gerais provenientes dos direitos nacionais, constitui-se em fonte autônoma dentro do direito internacional público. Danilenko adverte que o conceito tradicional de que os princípios gerais surgem da coincidência de preceitos normativos nos direitos nacionais de vários Estados merece considerações. Estas previsões semelhantes nos direitos nacionais não necessariamente significam que os Estados estejam preparados para adotar os mesmos posicionamentos no direito internacional. Além da previsão semelhante em diversos ordenamentos, necessário que o princípio possua reconhecimento internacional ou esteja de acordo com o direito internacional (artigo 38, Estatuto CIJ).<sup>267</sup> Estes princípios gerais não comportam mera transposição para o direito internacional, exceto se se mostrarem compatíveis com a ordem internacional.<sup>268</sup>

A expressão princípios gerais do direito estabelece ligação entre os direitos nacionais e o direito internacional, de maneira que Trindade recomenda o estudo científico dos direitos internos dos diversos Estados como forma de identificação dos

---

<sup>266</sup> CHOUKR, Fauzi H. **Tribunal Penal Internacional**. Organizadores Fauzi Hassan Choukr, Kai Ambos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 345-346.

<sup>267</sup> DANILENKO, 1993, p. 179-181.

<sup>268</sup> CASSESE, 2001, p. 158 e 159.

princípios gerais do direito.<sup>269</sup> No entanto, para Maison, há impossibilidade da transposição do modelo de direito penal clássico ao direito internacional no que tange ao princípio da legalidade, porque o processo penal internacional desenvolve-se em ambiente peculiar, sem a presença do Estado, ou pelo menos de um Estado único. O direito aplicado pelo Juiz é eminentemente não legislativo. Esta especificidade é reconhecida nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, os quais atenuam o rigor do princípio da legalidade nas perseguições internacionais (artigo 7 (2), CEDH; artigo 15 (2), PIDCP, 1966).<sup>270</sup> Para Cassese, o princípio da legalidade no âmbito internacional deve ser interpretado e adaptado à lógica própria do direito internacional e apartando-se das lógicas particulares dos direitos nacionais. Não há falar-se em transposição de conceitos elaborados dentro de tradições específicas de direito interno ou de sistemas específicos de direito, para a esfera internacional simplesmente. Também, não há falar-se em razões morais e de utilidade internacional, mas em razões juridicamente consolidadas, na existência de um *jus cogens* consagrado historicamente, costumeiramente, que, em instrumentos internacionais, dando contorno aos bens jurídicos protegidos internacionalmente. Em não havendo hierarquia entre o direito convencional internacional e o direito costumeiro, não há indicativos seguros em que o costume internacional possa inviabilizar ou enfraquecer a aplicação do princípio da legalidade, na medida em que o sistema de direito penal internacional assemelha-se muito ao sistema criminal dos países de *common law*.<sup>271</sup>

Para se reconhecer um princípio como um princípio geral de direito Danilenko explica que não é necessária uma pesquisa pormenorizada em vários sistemas nacionais, basta que o princípio seja formulado dentro de uma pesquisa nos principais sistemas legais do mundo.<sup>272</sup> O direito comparado traz luz sobre os princípios penais aplicados nos diversos sistemas de direito vigentes, quer do ponto de vista do direito penal nos aspectos formais e materiais. Ao lado da observância das convergências ou divergências no direito comparado é necessário encontrar um denominador comum, parafraseando Cassese, se o direito comparado é necessário a essa busca, ele não é, no entanto, suficiente. O denominador comum deve ser

---

<sup>269</sup> TRINDADE, 2002b, p. 49-52.

<sup>270</sup> MAISON, 2004, p. 130-134.

<sup>271</sup> CASSESE, 2003a, p. 20 e 21.

<sup>272</sup> DANILENKO, 1993, p. 178.

procurado no cruzamento dos sistemas e na interação entre direitos nacionais e o direito internacional. Por definição bilateral, essa interação pode seguir dois caminhos diferentes: parte do direito comparado, por um tipo de obrigação que consiste em combinar o melhor de cada sistema, quer dizer o mais pertinente, para garantir ao mesmo tempo as missões específicas da justiça penal internacional e o respeito aos princípios de direito internacional, em especial em assuntos de direitos humanos; ou partindo do direito internacional, quando este remete ao direito interno, ou indiretamente pelo jogo do princípio da competência universal.<sup>273</sup>

A influência do direito comparado cede lugar a uma interação entre o direito internacional (direito penal internacional, combinado com os instrumentos de proteção dos direitos humanos) e os direitos nacionais, segundo Cassese, para o surgimento de um método de hibridação<sup>274</sup> no qual as normas comuns são concebidas por combinação-função dos vários sistemas nacionais e internacionais, administrando-se as margens nacionais e tornando-as compatíveis entre si, observando-se que, em direito penal, a aplicação dos instrumentos internacionais dos direitos humanos já contribuem para esta construção. Ao lado da hibridação, necessário um processo de harmonização para evitar a desnaturação da norma internacional ou conflitos de competência.<sup>275</sup>

Para Bogdan, praticamente todos os Estados modernos são membros das Nações Unidas e é bastante improvável considerar um Estado membro das Nações Unidas como uma nação não civilizada. O termo nação civilizada deve ser interpretado como qualquer país que tenha um sistema jurídico estatal. Um princípio legal é reconhecido pelas nações civilizadas se houver adesão de um número majoritário de nações importantes das principais famílias jurídicas. Um princípio que preencha esta condição é considerado tão razoável que pode ser aplicado às relações internacionais. Os princípios gerais do direito têm por função o preenchimento de lacunas deixadas pela aplicação de tratados e direito costumeiro. Lacunas reais no direito internacional podem ocorrer se não houver princípios gerais

---

<sup>273</sup> CASSESE, 2004a, p. 128 e 129.

<sup>274</sup> CASSESE, Antonio. The Influence of the European Court of Human Rights on international criminal Tribunals some methodological remarks. In: **Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden**. Essays in honor of Asbjorn Eide. Morten Bergsmo (editor). Leiden/ Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2003. (c), p. 51.

<sup>275</sup> CASSESE, 2004, p. 147-149.

de direito que possam ser extraídos dos sistemas nacionais em virtude da diversidade de soluções adotadas por estes sistemas.<sup>276</sup>

Cassese salienta que o direito penal internacional também resulta de uma transposição gradual para o direito internacional de normas e princípios próprios aos direitos nacionais, de diversas tradições jurídicas, tanto no que se refere ao direito material, quanto ao direito processual<sup>277</sup>, bem como das contradições inerentes aos diversos sistemas jurídicos do mundo.<sup>278</sup>

Os princípios gerais de direito podem ser fonte *ratione materiae* do direito penal internacional (DPI), conforme o artigo 15 (2), PIDCP. Bassiouni constata que há um paradoxo entre a previsão do artigo 15 (1), com o reconhecimento do princípio do *nullum crimen sine lege* e da *nulla poena sine lege*, como princípio geral e o número (2), prevendo a possibilidade de incriminação com base em princípios gerais, praticamente anulando as garantias do número (1). A incerteza quanto ao direito aplicável cria incerteza quanto ao conteúdo do DPI, no qual existe a presunção de que os preceitos de direito penal internacional são conhecidos ou podem ser conhecidos por uma pessoa comum e razoável de conhecimento médio em qualquer parte do mundo.<sup>279</sup> A responsabilidade penal com base em princípios gerais não preenche os requisitos de previsibilidade e acessibilidade desejáveis. A presunção de que o acusado, como toda "pessoa normal", deveria ter consciência da natureza de seus atos torna-se um problema complexo na órbita internacional quando o sistema jurídico no qual se encontra inserido, esteja ele próprio como um todo afastado do padrão de normalidade.<sup>280</sup>

Para Boot, o princípio da legalidade como previsto no PIDCP, na DUDH e na CEDH abre margem para que os princípios gerais de direito possam servir como uma fonte autônoma de punibilidade. Quanto à questão de se o artigo 15 (2) se aplica ao futuro, entende que, embora esta previsão pretendesse salvaguardar a

---

<sup>276</sup> BOGDAN, 1977, p.45-46 e 51.

<sup>277</sup> SAFFERLING, 2001. Ver também ZAPPALÀ, Salvatore. **Human Rights in International Criminal Proceedings**. Oxford University Press, 2005. (Oxford monographs in international law).

<sup>278</sup> CASSESE, 2003a, p. 18.

<sup>279</sup> BASSIOUNI, 1999a, p. 37 e 38.

<sup>280</sup> ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 38: "A acusação tinha por base a premissa de que o acusado, como toda "pessoa normal", devia ter consciência da natureza de seus atos e Eichmann era efetivamente normal na medida em que "não era uma exceção dentro do regulamento nazista. No entanto, nas condições do Terceiro Reich, esperar que apenas as "exceções" agissem "normalmente". O cerne tão simples criou um dilema para os Juizes. Dilema que eles não souberam nem resolver, nem evitar."

legalidade dos tribunais de guerra do passado, os tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda referiram-se aos princípios gerais do direito com a finalidade de estabelecer a jurisdição e a responsabilidade criminal individual. A jurisprudência dos tribunais deve, no entanto, ser analisada nos seus próprios contextos e momentos históricos e não podem servir como argumento para concluir de forma generalizada que a responsabilidade criminal individual no direito internacional pode ser embasada em princípios gerais.<sup>281</sup>

Quanto ao princípio da *nulla poena sine lege*, segundo Ambos, a jurisprudência segue um enfoque minimalista, prescindindo da exigência de penas precisas e aceitando a mera indicação de criminalidade como suficiente, ou de forma mais moderada, entende o requisito da pena reduzindo-o a um recurso geral às penas mais graves ou severas. Há a aplicação de penas de morte em processos internacionais desde a IIª Guerra Mundial, assim, o fato de que sempre foram impostas penas mais severas impede que o acusado alegue que uma pena de tais características não era acessível ou previsível. Este argumento parte do pressuposto de que o *nulla poena* não requer que sejam estabelecidas penas precisas. Esta posição transforma o princípio *nulla poena* em um mero princípio da justiça, no sentido de *nulla poena sine iure*.<sup>282</sup>

Sem a determinação de um conteúdo substancial estável para suprir a dimensão essencial do princípio da legalidade, faz-se com que este último princípio se torne uma falácia a serviço da política<sup>283</sup>. Há normas vigentes no ordenamento internacional, *jus cogens*, no direito costumeiro ou no direito convencional, que podem suprir o conteúdo essencial do princípio da legalidade, com a estabilidade necessária à segurança jurídica, com possibilidade de se evitar a legalidade totalitária, ainda que não haja uma garantia plena neste sentido.

---

<sup>281</sup> BOOT, 2002, p. 141.

<sup>282</sup> AMBOS, 2008b, p. 53-60.

<sup>283</sup> Interessante livro sobre o princípio da legalidade na Iugoslávia: toda a doutrina jurídica a respeito da legalidade não conseguiu impedir o genocídio: STOYANOVITCH, K. **Le régime socialiste yougoslave: principe de la légalité socialiste**. R. Pichon & R. Durand-Auzias. 1961, p. 44-89, 134-161 e 163-208.

### 3.2.5 Decisões Judiciais

As decisões judiciais têm papel sistematizador e construtor no direito internacional, em que pese apenas gozem de caráter subsidiário como fontes, conforme se lhes atribui o artigo 38, Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Os precedentes jurisprudenciais internacionais, não gozam de vinculatividade, quer sobre outros tribunais, quer diante do mesmo órgão julgador, sendo, no entanto, inegável a sua influência na interpretação do direito internacional em função do seu caráter de autoridade.<sup>284</sup> Decisões judiciais e doutrina são fontes subsidiárias do direito internacional. Akehurst ressalta que não constituem fontes em si mesmas, mas fontes derivadas das verdadeiras fontes, os tratados, o costume e os princípios gerais do direito. A ausência de qualquer regra sobre a vinculatividade de precedentes judiciais faz com que os julgamentos nem sempre gozem de maior peso do que determinadas obras doutrinárias.<sup>285</sup>

Na doutrina de Danilenko, a CIJ desempenha papel importante no desenvolvimento do direito internacional, apesar da literalidade dos artigos 38 (1) (d) e 59, Estatuto CIJ. Admite-se que as decisões da Corte, na verdade, possuam um efeito que extrapole as partes em disputa, ao autorizar a intervenção de terceiros Estados que se julgarem prejudicados, conforme o artigo 62. As decisões da Corte acabam afetando a interpretação e aplicação das normas e princípios de direito internacional porque o respeito às decisões passadas é inerente à estabilidade e certeza, pertencem à essência da administração da justiça.<sup>286</sup>

---

<sup>284</sup> CASSESE, 2001, p.159: "According to Article 59 of the ICJ Statute, the Court's decisions have 'no binding force except between the parties and in respect of that particular case'. Under Article 38 (1) (d) of the same Statute, the Court "shall apply, subject to the provisions of Article 59, judicial decisions... as subsidiary means for the determination of the rules of law'. It may safely be contended that these provisions have either codified customary international law or turned into customary rules. Hence, they apply to all decisions of international courts. It follows that judgments of such courts do not make law, nor is the common law doctrine of stare decisis, or binding precedent, applicable."

<sup>285</sup> AKEHURST, 1977, p. 279-280.

<sup>286</sup> DANILENKO, 1993, p. 253-256: "Notwithstanding the official rejection of the doctrine of binding precedents, it became evident that decisions of the Court, which is "the principal judicial organ of the United Nations," cannot be an absolute *res inter alios acta* for other states which are within its jurisdiction. There are a number of reasons for this. First, from a purely technical perspective, judgments of the [...] Secondly, from a broader perspective, judgments of the Court have a wider impact on the legal system because they affect the subsequent interpretation and application of principles and rules of international law governing a particular matter. In deciding concrete cases the Court often has recourse to generally applicable rules of law and thus identifies and formulates them. Even in the absence of the doctrine of binding precedents, a particular formulation or interpretation of

As decisões dos tribunais internacionais não se constituem em precedentes. Shahabuddeen sintetiza com propriedade que as decisões judiciais internacionais exercem grande influência como pronunciamentos imparciais, bem fundamentados por juristas de autoridade e conhecimento na interpretação de problemas atuais. A CIJ refere-se aos próprios precedentes reiteradamente mantendo no interesse de uma consistência jurisprudencial. A Corte não pode criar direito diretamente, mas contribui para o desenvolvimento posterior das normas internacionais e, neste sentido, presumivelmente o desenvolvimento posterior cria novo direito, adquirindo novas dimensões.<sup>287</sup>

Danilenko afirma que é fato de que, em muitos dos casos nos quais a Corte endossou uma nova construção de uma norma, os seus pronunciamentos foram tratados como pronunciamentos de autoridade sobre a questão, o que não a transforma em órgão legislativo.<sup>288</sup> Shahabuddeen entende que as decisões judiciais ao preencherem lacunas no direito internacional, não deixam de ter um certo ingrediente de criatividade.<sup>289</sup> Danilenko considera que, apesar do inevitável ingrediente interpretativo e a dificuldade em estabelecer a fronteira entre *lex lata* e *lex ferenda*, cabe à Corte aplicar *lex lata* e não antecipar o direito antes que a *fonte jurídica legitimada* o estabeleça através de *instrumento jurídico adequado*, e por isso, a Corte deve chegar às decisões através da estrita aplicação das normas jurídicas.<sup>290</sup>

Interessante notar que o princípio da interpretação estrita está imbuído no sistema de direito internacional público, sendo mencionado por tribunais não penais, que, em princípio, de fato detinham maior liberdade na interpretação do direito. O princípio parece decorrer de uma exigência lógica inerente ao sistema de direito internacional. Como de regra, as normas são genéricas, indeterminadas e ambíguas

---

rules of law by the Court exerts a strong influence on the application of these rules in similar situations. [...] This explains why the Court often cites its previous decisions in new judgments. Moreover, the Court's pronouncements are also taken into account by governments arguing before the Court and in extra-judicial contexts."

<sup>287</sup> SHAHABUDEEN, 2004b, p. 68.

<sup>288</sup> DANILENKO, 1993, p. 260 e 261.

<sup>289</sup> SHAHABUDEEN, 2004b, p. 84-85: "In reality, however, where the borderline can be drawn is a very delicate and difficult matter. Of course, judges declare the law, but they do not function automatically. We cannot deny the possibility of some degree of creative element in their judicial activities. What is not permitted to judges, is to establish law independently of an existing legal system, institution or norm. What is permitted to them is to declare what can be logically inferred from the *raison d'être* of a legal system, legal institution or norm. In the latter case the lacuna in the intent of legislation or parties can be filled."

<sup>290</sup> DANILENKO, 1993, p. 21 e 22.

por natureza, uma interpretação não estrita levaria o sistema para o caos, enquanto a interpretação estrita lança pilares de coerência visando um mínimo de coerência para a construção do sistema.

Ainda com relação às decisões judiciais, a interpretação deve levar em conta as normas internacionais de interpretação. Cassese observa que a interpretação dos tratados internacionais e também de outros instrumentos internacionais, ainda que com outra natureza ou não-tratados, deve fundamentar-se nas regras de interpretação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) (1969). Considera que a convenção expressa a mais avançada expressão quanto à interpretação das normas internacionais, embora não tenham sido considerados aspectos importantes como a interpretação intertemporal. Delineia com clareza os objetivos da convenção: a interpretação deverá ser literal, sistemática ou teleológica, efetiva e útil, pautada com o valor subjacente da boa-fé. Grande peso é atribuído ao objetivo almejado pelas partes contratantes. Os trabalhos preparatórios só devem ser utilizados como meios suplementares de interpretação: para confirmar a interpretação literal, sistemática ou teleológica, ou ainda, em caso de ambigüidade ou obscuridade, evitar a interpretação não razoável ou absurda.<sup>291</sup> Ambos, considerando especificamente os tratados de direito penal internacional, estabelece que se deva efetuar uma interpretação fundada sobre o texto do tratado e na vontade das partes, sem desviar-se da finalidade última destes tratados, a luta contra determinadas formas de criminalidade. Para alcançar esta finalidade, pode ser necessário recorrer-se ao *efeito útil* e a uma interpretação dinâmica do tratado.<sup>292</sup> Cassese, com relação ao *princípio da efetividade ou do efeito útil*, ressalta seu *caráter expansivo*, o que tem especial impacto na interpretação realizada por tribunais penais internacionais, nas suas palavras:

Also, pride of place was implicitly given to the principle of 'effectiveness' (*ut res magis valeat quam pereat*), whereby a treaty must be given an interpretation that enables its provisions to be 'effective and useful', that is, to have the appropriate effect. This principle is plainly intended to expand the normative scope of treaties, to the detriment of the old principle whereby in case of doubt limitations of sovereignty were to be strictly interpreted.<sup>293</sup>

---

<sup>291</sup> CASSESE, 2003a, p. 26-28.

<sup>292</sup> AMBOS, 2005a, p. 95.

<sup>293</sup> CASSESE, 2003a, p. 26-28. Ver também: CASSESE, 2001, p. 133 e 134.

Os tribunais internacionais utilizam-se dos princípios de direito penal reconhecidos pela comunidade das nações, ou, em uma linguagem mais atualizada, princípios de direito penal comuns aos maiores sistemas jurídicos do mundo. Cassese enfatiza a subsidiariedade deste recurso e sua utilização como *última ratio*. O recurso aos princípios deve ser adotado após o esgotamento dos recursos próprios ao direito internacional: tratados, costume, princípios gerais de direito internacional, normas produzidas por fontes secundárias de direito internacional. A utilização do princípio proveniente dos sistemas nacionais só poderá ocorrer se puder ser harmonizado com as características específicas do direito internacional.<sup>294</sup>

Outras fontes de menor expressão exercem influência no direito internacional e no direito penal internacional. Muitas das normas produzidas por essas fontes não são consideradas cogentes, mas têm o caráter de *soft law*. Trindade considera que as organizações internacionais têm favorecido o desenvolvimento de padrões de comportamento internacional, através de suas resoluções e atos, moldando o direito internacional costumeiro, bem como os princípios gerais do direito internacional, além de indicarem a *opinio juris* da comunidade jurídica internacional em determinadas matérias circunscritas e mais especializadas, ao âmbito de atuação das organizações. Fontes interessantes sobre a posição dos Estados em determinada matéria internacional são os debates que antecedem a adoção de resoluções no seio das Nações Unidas. Ressalte-se igualmente a importância dos trabalhos preparatórios antecedentes à conclusão de tratados, os estudos e trabalhos da Comissão de Direito Internacional e também o papel de associações internacionais técnicas que propõem *padrões*. As regras derivadas de resoluções das organizações internacionais têm fonte que se distingue do costume, dos tratados e dos princípios gerais do direito e não se enquadram nas categorias enumeradas no artigo 38, Estatuto da Corte Internacional de Justiça.<sup>295</sup>

O reconhecimento da aplicabilidade do princípio da legalidade e seus vários desdobramentos no sistema de justiça internacional vai de encontro à tendência internacional de atribuir máximo valor ao princípio de proteção à dignidade humana. O princípio, enquanto autoriza a invasão da esfera de liberdade, estabelece garantias e limites ao *modus* desta intervenção, protegendo a pessoa do exercício

---

<sup>294</sup> CASSESE, 2003a, p. 32 e 33.

<sup>295</sup> TRINDADE, 2002b, p. 70 e 1070-1075.

do poder arbitrário. Brandão coloca a pessoa como centro do sistema penal e, por consequência, o princípio da legalidade é a própria realização do comando de garantir a dignidade da pessoa humana no direito penal.<sup>296</sup>

### 3.3 CRIMES INTERNACIONAIS

A criação de crimes no direito penal internacional ocorre através do direito costumeiro e através de tratados internacionais.<sup>297</sup> Adotamos a doutrina de Cassese, para quem os crimes internacionais objetivam proteger valores considerados os mais importantes pela comunidade internacional como um todo e, conseqüentemente, são normas cogentes para todos os Estados e indivíduos. Estes valores protegidos não são propostos por catedráticos ou pensados por filósofos. Os valores estão previstos, embora nem sempre explicitamente, nos mais importantes instrumentos internacionais, especialmente os instrumentos internacionais de direito humanitário e de direitos humanos. Crimes internacionais são violações ao direito penal internacional, cujo caráter ilícito não está determinado pelos direitos nacionais, mas pelo próprio direito penal internacional, concernentes à responsabilidade penal individual no direito internacional, em oposição à responsabilidade do Estado no qual as pessoas atuam como órgãos deste.<sup>298</sup> Rama-Montaldo igualmente conceitua o crime internacional como condutas penalmente ilícitas, cujo caráter penal é determinado pelo direito internacional, via normas costumeiras ou convencionais, sem a interferência dos direitos nacionais, atribuindo, em geral, jurisdição universal aos Estados.<sup>299</sup>

Alguns tipos têm como fonte, tanto o direito consuetudinário como os princípios gerais de direito, ao passo que outros já estão previstos em tratados internacionais. Como leciona Bassiouni, a tipificação não ocorreu de uma forma nem

---

<sup>296</sup> BRANDÃO, 2002, p. 164.

<sup>297</sup> RATNER, Steven R. **Accountability For Human Rights Atrocities in International Law**: beyond the Nuremberg legacy. Steven R. Ratner, Jason S. Abrams. Second Edition. New York, USA: Oxford University Press, 2001, p. 332.

<sup>298</sup> CASSESE, 2003a, p. 15-25.

<sup>299</sup> RAMA-MONTALDO, 1994, p. 868 e 869.

um pouco convencional. As condutas foram criminalizadas através de um processo *ad hoc*, sem qualquer padrão que direcionasse o processo de criminalização. Surpreendentemente, no entanto, apesar desta lacuna, todos os crimes internacionais apresentam aspectos comuns.<sup>300</sup> Os delitos estão voltados à proteção de bens jurídicos internacionais que extrapolam as fronteiras de cada Estado e bens jurídicos globais. Demonstra-se, desta forma, que a gênese dos crimes ocorreu diretamente no direito internacional e não, através de gradual transposição de delitos dos direitos nacionais para o sistema internacional.

Os crimes internacionais impõem a responsabilidade penal individual, enquanto ilícitos internacionais impõem a responsabilidade internacional dos Estados. O conceito de ilícito internacional é mais amplo que o conceito de crime internacional.<sup>301</sup> Para Cassese, a maioria dos crimes internacionais praticados pelos indivíduos também são considerados violações sérias do direito internacional pelos Estados, gerando a responsabilidade internacional do Estado. Assim, quando um crime internacional é cometido por um indivíduo que não age em sua capacidade privada, uma dupla responsabilidade exsurge: a responsabilidade penal do indivíduo dentro do direito penal internacional e a responsabilidade do Estado, regulada pelo direito internacional.<sup>302</sup>

Bassiouni identifica vinte e cinco tipos de crimes internacionais. O autor salienta que a lista não foi obtida aleatoriamente: todos os crimes listados afetam interesses internacionais relevantes, são condutas que chocam valores comuns a toda humanidade, envolvem mais de um Estado nas diversas fases de execução (organização, planejamento, *iter criminis*, exaurimento e conseqüências), ou condutas que afetem interesses internacionalmente protegidos, cuja lesão não pode ser controlada ou prevenida, a não ser através de criminalização internacional.<sup>303</sup> O

---

<sup>300</sup> BASSIOUNI, 1999a, p.151 e 152.

<sup>301</sup> Para observações quanto à terminologia *crimes internacionais*, consultar: BASSIOUNI, 1999a, p. 31.

<sup>302</sup> CASSESE, 2003a, p. 19.

<sup>303</sup> BASSIOUNI, 1999a, p. 32 e 33: "They are: (1) aggression; (2) genocide; (3) crimes against humanity; (4) war crimes; (5) crimes against United Nations and associated personnel; (6) unlawful possession or use or emplacement of weapons; (7) theft of nuclear materials; (8) mercenarism; (9) apartheid; (10) slavery and slave-related practices; (11) torture and other forms of cruel, inhuman or degrading treatment; (12) unlawful human experimentation; (13) piracy; (14) aircraft hijacking and unlawful acts against international air safety; (15) unlawful acts against the safety of maritime navigation and the safety of platforms on the high seas; (16) threat and use of force against internationally protected persons; (17) taking of civilian hostages; (18) unlawful use of the mail; (19) unlawful traffic in drugs and related drug offenses; (20) destruction and/or theft of national treasures; (21) unlawful acts against certain internationally protected elements of the environment; (22)

mesmo autor constatou que os vinte e cinco crimes internacionais apresentam dez *elementos penais* que se repetem com maior freqüência. Basta apenas a existência de um destes elementos para caracterizar o crime como internacional. Crimes com maior conotação ideológica ou política tendem a ter menos elementos penais, enquanto aqueles que não têm componentes políticos são o maior número. Os elementos penais considerados pelo autor, muito resumidamente, são: reconhecimento explícito de que a conduta consiste em crime de direito internacional; estabelecimento de deveres para proibir, prevenir, processar ou punir; dever de criminalizar a conduta; dever ou direito de processar; dever ou direito de punir; dever ou direito de extraditar; cooperação internacional; estabelecimento de uma jurisdição criminal; referência ao estabelecimento de tribunais penais internacionais e eliminação da defesa com base em ordens superiores.<sup>304</sup>

Ambos descreve que o crime internacional apresenta uma estrutura bipartida: a imputação de responsabilidade penal individual e, em segundo nível, defesas que excluem essa responsabilidade. O autor do crime deve ser pessoal, objetiva e subjetivamente, responsável pelos fatos criminosos.<sup>305</sup> O conceito bipartido de crimes internacionais foi estabelecido na prática dos tribunais penais internacionais, nas palavras de Werle:

The practice of the international criminal Tribunals has been geared toward a two-pronged concept of crime that is widespread in common law. It distinguishes, as a starting point, between offenses that create grounds for criminal liability, consisting of a material element (*actus reus*) and a mental element (*mens rea*), on the one hand, and defenses that rule out liability, on the other. The latter include not only substantive grounds for excluding criminal responsibility (such as self-defense and necessity), but also procedural obstacles to prosecution (such as incapacity and statutes of limitations).

The Yugoslavia and Rwanda Tribunals distinguish between the crime and the individual criminal responsibility of the defendant. The latter is seen as a separate category, involving the establishment of a mode of participation in particular. Both categories, the crime and the individual criminal responsibility, possess both material elements and a mental element.

The ICC Statute emphasizes the independence of international criminal law and grounds it in a foundation of its own. This concept contains elements of common law and civil law doctrine, but combines them into a specific concept of crimes under international law.<sup>306</sup>

---

international traffic in obscene materials; (23) falsification and counterfeiting; (24) unlawful interference with submarine cables; and, (25) bribery of foreign public officials.”

<sup>304</sup> BASSIOUNI, 1999a, p. 46-48 e 151-152

<sup>305</sup> AMBOS, 2005a, p. 73 e 74.

<sup>306</sup> WERLE, 2005, p. 92 e 93.

Vários crimes internacionais ocorrem em um contexto onde há a aplicação sistemática de força em larga escala. Desde os Julgamentos de Nuremberg e Tóquio, não se admite que a responsabilidade penal individual seja excluída em virtude do cumprimento de ordens superiores ou do cumprimento de atos de Estado. Werle descreve que esses crimes têm intrinsicamente um caráter coletivo e organizacional, havendo dificuldade em se identificar a participação individual. Numerosas pessoas cooperam para o cometimento de crimes internacionais através de um órgão estabelecido, militar ou parte de um Estado, um Estado, ou uma organização internacional. Há várias pequenas contribuições individuais dentro do plano coletivo de ação. Há dificuldades em se avaliar o peso destas pequenas e inúmeras contribuições individuais para se determinar a responsabilidade penal individual. A responsabilidade criminal não diminui conforme vai aumentando a distância física ou hierárquica do *fato criminoso*, mas freqüentemente ocorre o contrário.<sup>307</sup> No *Caso Tadic*, a Câmara de Apelação do Tribunal para ex-Iugoslávia explicitou estas peculiaridades dos crimes internacionais:

191. The above interpretation is not only dictated by the object and purpose of the Statute but is also warranted by the very nature of many international crimes which are committed most commonly in wartime situations. Most of the time these crimes do not result from the criminal propensity of single individuals but constitute manifestations of collective criminality: the crimes are often carried out by groups of individuals acting in pursuance of a common criminal design. Although only some members of the group may physically perpetrate the criminal act (murder, extermination, wanton destruction of cities, towns or villages, etc.), the participation and contribution of the other members of the group is often vital in facilitating the commission of the offence in question. It follows that the moral gravity of such participation is often no less – or indeed no different – from that of those actually carrying out the acts in question.<sup>308</sup>

---

<sup>307</sup> WERLE, 2005, p. 29 e 116-117.

<sup>308</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Dusko Tadic**. Case No. IT-94-1-A, Judgement, 15 July 1999. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2009.

#### 4 MANIFESTAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL. TRIBUNAIS MILITARES

Examinamos o princípio da legalidade em termos amplos, abrangendo o nascimento do *ius puniendi* internacional ao lado das limitações impostas à jurisdição penal internacional. Ambos, o *ius puniendi* e as respectivas limitações, ora têm como fontes o direito penal internacional e o direito internacional, ora têm como fontes os próprios atos constitutivos dos tribunais. O princípio da legalidade tem como objetivo a fixação de contexto jurídico, isto é, a norma penal e sua valoração aplicada a um determinado fato penalmente relevante. Nesta fixação de contexto, concorrem fatores que estabilizam ou desestabilizam o princípio em questão (fatores de instabilidade), dando origem às mais diversas críticas que são elaboradas com base nos parâmetros do princípio da legalidade e princípios correlatos, levantados na primeira parte do trabalho. Assim, os tribunais são analisados quanto à sua constituição, jurisdição e poderes, fontes e princípios de direito penal e quanto à sua própria concepção de legalidade, com a indicação dos fatores de instabilidade do princípio, evolução e críticas que podem ser apresentadas.

O princípio da legalidade, em suas diversas dimensões, é aplicado e interpretado nos sistemas de justiça internacional dos direitos humanos e no direito penal internacional. A manifestação do princípio ocorre, portanto, na prática internacional nos tribunais de direitos humanos, nos tribunais penais *ad hoc*, sendo finalmente consagrado no Tratado de Roma, constitutivo do Tribunal Penal Internacional.

O primeiro bloco a ser analisado se constitui nos tribunais penais não permanentes, representados pelos tribunais militares de Nuremberg e Tóquio, pelo seu pioneirismo e relevância histórica, pois se constituem em paradigmas para o desenvolvimento posterior do direito penal internacional. Num segundo momento, são analisados os tribunais penais não permanentes criados pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU), Tribunal para a ex-Iugoslávia (ICTY) e Tribunal para Ruanda (ICTR), experiências históricas do tempo presente que têm contribuído para a construção da jurisdição penal internacional. Esses quatro tribunais penais internacionais encontram-se sob a mesma designação de não-permanentes, porque todos apresentam caráter de tribunais *ad hoc*, constituídos após o cometimento dos fatos que seriam levados a julgamento, para a

punição de determinados crimes internacionais, com duração limitada no tempo, i. e., um termo final de jurisdição após o cumprimento de suas finalidades. Finalmente, a análise será centralizada no Tribunal Penal Internacional (TPI), a mais recente inovação na jurisdição penal internacional, agora em caráter permanente. Procuramos ressaltar a evolução do princípio da legalidade, suas características e princípios correlatos, no direito penal internacional, bem como as diferenças entre os diversos tribunais analisados.

Os Tribunais de Nuremberg e Tóquio foram criados em decorrência dos massacres e atrocidades cometidos durante a IIª Guerra Mundial. Ambos foram tribunais militares, constituídos após os fatos que ensejaram os julgamentos, portanto *ad hoc*, por um período determinado de tempo. São considerados como tribunais políticos no exercício da *justiça dos vitoriosos*. São amplamente criticados quanto aos fundamentos e legalidade dos julgamentos em vários aspectos e, em especial, quanto à concepção do *princípio nullum crimen sine lege* e aplicação de *ex post facto law*. Apesar de merecedores de severas críticas foram, na modernidade, os primeiros tribunais internacionais efetivamente constituídos para exercerem jurisdição internacional penal e se tornaram paradigmas para o desenvolvimento futuro do direito penal internacional.<sup>309</sup> Iniciamos pelo precursor histórico Tribunal de Nuremberg.

---

<sup>309</sup> McGOLDRICK expõe uma síntese histórica dos mais antigos julgamentos internacionais: McGOLDRICK, Dominic. **The Permanent International Criminal Court: legal and policy issues**. Edited by Dominic McGoldrick, Peter Rowe and Eric Donnelly. Oxford: Hart Publishing, 2004, p.13-14: "The earliest international prosecution is often suggested to have been that of Conradin von Hofenstafen in 1268 for waging aggressive war. In 1474 Governor Peter of Hagenbach was tried and condemned before a court of 28 representatives of the Hanseatic cities at Breisach for various atrocities including murder, rape, pillage, and wanton confiscation. Some five centuries later, Article 227 of the Treaty of Peace Between the Allied and the Associated Powers and Germany (Versailles, 1919) provide for the creation of an ad hoc international criminal Tribunal to prosecute Willhelm II of Hohenzollern, formerly the German Kaiser, for initiating the First World War. He was to be indicted for, 'a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties'. Although an intergovernmental commission reported on the responsibilities of the authors of the war and on enforcement of penalties, the Tribunal was never established. The Kaiser had taken refuge in the Netherlands and the Dutch government had made it clear that he would not be surrendered for trial."

## 4.1 TRIBUNAL DE NUREMBERG

A criação do Tribunal de Nuremberg foi precedida pela Declaração de Moscou (1943) onde ficou descrita e registrada a indignação contra a guerra: “[...] The United Kingdom, the United States and the Soviet Union have received from many quarters evidence of atrocities, massacres and cold-blooded mass executions which are being perpetrated [...]”. Os aliados, falando em nome de trinta e dois Estados das Nações Unidas, anunciaram que os responsáveis seriam enviados aos países onde os crimes foram cometidos, para serem julgados pelos tribunais locais, conforme o direito nacional. A declaração ressaltou que os criminosos cujos crimes praticados não possuíssem uma localização geográfica específica seriam punidos por uma decisão conjunta dos governos dos aliados. Outras alternativas de administração do conflito pós-guerra foram consideradas antes da decisão pelo estabelecimento de um Tribunal.<sup>310</sup> A declaração tinha um certo tom de vingança:

Let those who have hitherto not imbrued their hands with innocent blood beware lest they join the ranks of the guilty, for most assuredly the three Allied powers will pursue them to the uttermost ends of the earth and will deliver them to their accusers in order that justice may be done.<sup>311</sup>

### 4.1.1 Constituição

O Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Nuremberg) foi estabelecido pela Carta Anexa ao Tratado de Londres (1945), assinado pelos poderes aos quais a Alemanha tinha incondicionalmente se rendido (Estados Unidos, França, Grã-Bretanha e União Soviética), no exercício de suas soberanias legislativas sob o

---

<sup>310</sup> MCGOLDRICK, 2004, p. 14-18: “The Nuremberg IMT was undertaken only after other options, such as summary executions, were considered by the major Allied powers. The establishment of the UN War Crimes Commission preceded it, but the Commission was marginalized [...] Major or minor status depended on rank rather than the seriousness of the crime charged. To that extent, it was intended as a show trial (in the proper sense) of the ‘big fish’. [...] Alongside them were tried a mixture of other political figures, military and naval officers, economic and financial figures, and propagandists. In this way, the Nazi system was put on trial.”

<sup>311</sup> AVALON PROJECT. **The Moscow Conference, October 1943**. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/wwii/moscow.asp#imtmoscow>>. Acesso em: 09 set. 2009.

direito internacional.<sup>312</sup> Dezenove outros Estados aderiram posteriormente ao tratado, conferindo-lhe maior legitimidade internacional.<sup>313</sup> A sede do Tribunal era em Berlim, porém o único julgamento ocorreu em Nuremberg (artigo 22, Carta).<sup>314</sup>

A autoridade dos Estados para a constituição do Tribunal veio expressa no preâmbulo do tratado no qual se mencionou que, os quatro signatários iniciais agiram no interesse das Nações Unidas: “[...] acting in the interests of all the United Nations and by their representatives duly authorized [...]”<sup>315</sup>, em nome da comunidade internacional, repetindo o preâmbulo da Declaração de Moscou (1943).

Segundo McGoldrick, para a constituição do Tribunal podem ser encontrados vários fundamentos plausíveis: pode-se dizer que o Tribunal foi constituído no interesse da comunidade internacional e no exercício legítimo de soberania legislativa dos aliados. Ou ainda, pode-se explicar a autoridade dos aliados para estabelecer o Tribunal com base na jurisdição universal que possuíam enquanto Estados, ou por um critério mais amplo de jurisdição universal, pelo qual agiam em nome da comunidade internacional como um todo, ou, finalmente, ainda como legisladores de fato do Estado rendido.<sup>316</sup>

O próprio Tribunal, no julgamento, considerou a legalidade da sua constituição ao reconhecer que a Carta expressava o exercício da soberania legislativa dos Estados para os quais houve a rendição incondicional da Alemanha e o indiscutível direito desses países em legislar sobre os territórios ocupados, reconhecido pelo mundo civilizado. A Carta não se teria constituído em exercício arbitrário de poder por parte das nações vencedoras, mas a expressão do direito internacional vigente no tempo de sua criação e ela própria uma contribuição ao direito internacional. Os signatários teriam realizado coletivamente o que fariam

---

<sup>312</sup> AVALON PROJECT. **London Agreement of August 8th 1945**. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

<sup>313</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal**. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judgen.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009: “In accordance with Article 5, the following Governments of the United Nations have expressed their adherence to the Agreement: Greece, Denmark, Yugoslavia, the Netherlands, Czechoslovakia, Poland Belgium, Ethiopia, Australia, Honduras, Norway, Panama, Luxemburg, Haiti, New Zealand, India, Venezuela, Uruguay, and Paraguay.”

<sup>314</sup> BEIGBEDER, Yves. **Judging War Criminals: the politics of international justice**. Foreword by Theo van Boven. London: MacMillan Press, 1999, p. 32-33: “[...]. The permanent seat of the Tribunal was in Berlin, at the insistence of the Soviets, but the first and only international trial was held in Nuremberg. The trial lasted from 14 November 1945 to 1 October 1946.”

<sup>315</sup> AVALON PROJECT. **London Agreement of August 8th 1945**. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

<sup>316</sup> MCGOLDRICK, 2004, p. 14-18.

isoladamente e não havia dúvidas de que qualquer nação teria o direito de constituir tribunais especiais para administrar a justiça.<sup>317</sup>

Beigbeder crítica a forma de instituição do Tribunal porque não se conformou aos ditames do direito internacional costumeiro. O Tribunal deveria ter sido criado através de tratado internacional, com a ampla adesão de Estados. Os Juízes foram indicados pelos Estados signatários, bem como o direito material e o direito processual foram previstos no próprio tratado constitutivo, diferindo grandemente do modelo de direito internacional da Corte Internacional de Justiça (CIJ).<sup>318</sup>

Havia um consenso pela necessidade e celeridade de instalação do Tribunal diante dos graves crimes cometidos durante a guerra. Os aliados em particular, as Nações Unidas e, mais amplamente, a comunidade de Estados, todos *tiveram* consciência do *caráter retributivo, político e teatral (show trial)* do julgamento e que, apesar destes adjetivos pejorativos, também sabiam que o Tribunal representava um passo inédito na consolidação e desenvolvimento da justiça penal internacional. Nas palavras do Promotor Chefe Robert E. Jackson:

The danger, so far as the moral judgment of the world is concerned, which will beset these trials is that they come to be regarded as merely political trials in which the victor wreaks vengeance upon the vanquished. However unfortunate it may be, there seems no way of doing anything about the crimes against the peace and against humanity except that the victors judge the vanquished. [...]

I therefore want to make clear to the American people that we have taken an important step forward in this instrument in fixing individual responsibility of war-mongering, among whatever peoples, as an international crime. We have taken another in recognizing an international accountability for persecutions, exterminations, and crimes against humanity when associated with attacks on the peace of the international order.<sup>319</sup>

Köchler ressalta algumas características do Tribunal de Nuremberg que, em sua opinião, contradizem a declaração oficial de legalidade do Tribunal, tais como: jurisdição sobre criminosos de guerra apenas da nação vencida; procedimentos estabelecidos pela Carta com caráter político e arbitrário; ênfase no pronto julgamento e punição (artigo 1, Carta); composição dos membros do Tribunal apontados apenas pelos aliados; exclusão do direito de recurso (artigo 26); intangibilidade do Tribunal e de seus membros a qualquer tipo de

---

<sup>317</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal, The Law of the Charter.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

<sup>318</sup> BEIGBEDER, 1999, p. 39-41.

<sup>319</sup> AVALON PROJECT. **Statement by Justice Jackson on War Trials Agreement, August 12, 1945.** Disponível em: <[http://avalon.law.yale.edu/imt/imt\\_jack02.asp](http://avalon.law.yale.edu/imt/imt_jack02.asp)>. Acesso em: 09 set. 2009.

questionamento (artigo 3); não adoção de regras técnicas de prova (artigo 19). Considera o Tribunal como uma Corte política com a tarefa de punir exemplarmente e prevenir que ocorressem novas atrocidades.<sup>320</sup>

#### 4.1.2 Jurisdição e Poderes

A instituição do Tribunal ocorreu após o cometimento dos fatos que foram levados a julgamento caracterizando o Tribunal como um órgão *ad hoc*, cuja existência se justificava em função da missão que lhe coube cumprir, ao cabo da qual encerraria suas atividades. O Tribunal foi incumbido de julgar e punir os *maiores criminosos de guerra (major war criminals)*, cujos crimes não tinham uma localização geográfica específica, enquanto os outros oficiais e membros do Partido Nazista seriam reenviados, julgados e punidos nos respectivos países onde teriam cometido os crimes, conforme estabeleceu a Declaração de Moscou (1943).<sup>321</sup> Não havia limites quanto à jurisdição territorial do Tribunal. Além da responsabilidade penal individual, o Tribunal também poderia declarar grupos ou organizações das quais os acusados fossem membros como criminosas (artigo 9, Carta).

Quanto às pessoas submetidas a julgamento, a distinção entre *os maiores e os menores criminosos de guerra (major e minor war criminals)*, relevante para estabelecer a competência *ratione personae* do Tribunal, decorreu de decisão puramente política dos Estados vencedores, em exercício de soberania legislativa. A distinção foi estabelecida com base na possibilidade de localização geográfica dos respectivos crimes. Os *maiores criminosos de guerra* seriam aqueles cujos crimes não tiveram uma localização geográfica específica. É compreensível o estabelecimento da jurisdição nestes termos, num direito internacional público de soberanias. A dificuldade ou impossibilidade de determinação geográfica ou a extensão espacial do crime envolvendo territórios de vários Estados, se a

---

<sup>320</sup> KÖCHLER, Hans. **Global justice or global revenge? international criminal justice at the crossroads: philosophical reflections on the principles of the international legal order [...]**. Vienna / New York: Springer, 2003, p.155 e 156.

<sup>321</sup> WERLE, 2005, p. 7 e 8: “[...] Allied occupation courts [*Besatzungsgerichte*] would have jurisdiction over war crimes committed by Germans within the borders of the German Reich.”

persecução penal destes crimes fosse deferida aos Estados, por causa da necessidade de cooperação internacional, impossível em cenário pós-guerra, poderia garantir a impunidade. Desta forma, o Tribunal internacional garantiu a efetividade da aplicação da justiça *ad hoc*. Isto não significa que o critério, embora adequado ou conveniente, tenha sido justo. Ao Tribunal internacional deveriam ter sido encaminhados os crimes de guerra mais graves, independentemente de qualquer outro critério, cabendo aos Estados julgamentos de fatos menos gravosos, ou com menor impacto que os sujeitariam a menores pressões políticas.

O conteúdo da jurisdição material do Tribunal *ad hoc* não foi construído com base nos crimes efetivamente praticados e nem de acordo com o direito penal costumeiro de guerra. Assim, vários crimes foram excluídos de sua jurisdição. A própria Carta constituiu-se na fonte de direito material e processual para a condução do julgamento. Os Estados signatários, enquanto legisladores, tipificaram certos crimes (artigo 6, Carta) que seriam efetivamente levados a julgamento. O Tribunal assim, se pronunciou:

The jurisdiction of the Tribunal is defined in the Agreement and Charter, and the crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal, for which there shall be individual responsibility, are set out in Article 6. The law of the Charter is decisive, and binding upon the Tribunal.<sup>322</sup>

Nem todos os fatos foram levados a julgamento. Algumas atrocidades, tais como o genocídio dos ciganos, o genocídio dos prisioneiros de guerra soviéticos, o assassinato em massa de populações civis da Polônia e da Rússia, a deportação de oponentes políticos dos territórios ocupados, o trabalho forçado de civis e prisioneiros de guerra nas fábricas alemãs, como exemplificou Beigbeder, ficaram fora da apreciação do julgamento. Somente criminosos de guerra da nação derrotada foram julgados. Foram igualmente excluídos da apreciação do Tribunal os crimes praticados pela União Soviética, ou por qualquer dos outros aliados.<sup>323</sup>

O julgamento sobre o caráter criminoso de organizações era definitivo e não poderia ser afastado pelos tribunais locais, como previsto no artigo 10, Carta. O artigo 11 estipulava que qualquer pessoa julgada pelo Tribunal internacional ainda poderia ser processada por tribunais nacionais, tribunais militares ou de ocupação

---

<sup>322</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal, The Law of the Charter.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

<sup>323</sup> BEIGBEDER, 1999, p. 30 e 31.

por qualquer crime, exceto pelo crime de participação em organizações criminosas. Salvo esta hipótese, inexistiu o princípio do *ne bis in idem*.

O próprio Tribunal poderia criar regras de procedimento (RP), desde que não fossem inconsistentes com a Carta (artigo 13, Carta). Não há critérios fixos de avaliação desta *consistência*: a ampla flexibilidade das normas e a generalidade e indeterminação dos termos fazem com que qualquer argumentação minimamente jurídica fosse aceitável. Em complementação, o artigo 19 previa que o Tribunal deveria adotar um procedimento tão célere e tão informal (não técnico) quanto possível. A regra 11, RP, representa o princípio da legalidade a *contrario sensu*, concedendo poder discricionário ilimitado ao Tribunal, *in verbis*:

These Rules shall take effect upon their approval by the Tribunal. Nothing herein contained shall be construed to prevent the Tribunal from, at any time, in the interest of fair and expeditious trials, departing from, amending, or adding to these Rules, either by general rules or special orders for particular cases, in such form and upon such notice as may appear just to the Tribunal.<sup>324</sup>

Quanto às provas, o Tribunal não estava vinculado por normas técnicas, tendo total discricionariedade na admissibilidade e valoração. Assim, seria admissível qualquer prova que o Tribunal julgasse ter algum valor probatório (artigo 19, Carta). O artigo 29 previu que a execução das penas seguiriam as ordens do Conselho de Controle para a Alemanha, órgão que detinha a qualquer tempo a faculdade de diminuir ou alterar as sentenças. As normas foram escritas e o Tribunal foi constituído por tratado internacional, mas o resultado efetivo pode ser caracterizado como uma execução de guerra institucionalizada e justificada pelo direito.

#### **4.1.3 Princípios de Direito Penal**

Ainda que mencionado na Carta constitutiva do Tribunal, no item IV, como título: *Devido Processo Legal para os Acusados*, não estavam presentes as garantias de que caracterizariam o julgamento como tal. O Tribunal não foi uma Corte independente e neutra. Todos os seus membros foram indicados pelas nações

---

<sup>324</sup> AVALON PROJECT. **Rules of Procedure, Adopted 29 October 1945**. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtrules.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

vitoriosas: os quatro Juízes foram indicados pelos Estados signatários (artigo 2) e, de igual sorte, os Promotores (artigos 14, 15). Nem o Tribunal, nem qualquer de seus membros poderiam ser questionados (artigo 3). Tratava-se de um Tribunal de exceção.

Paradoxalmente, analisando as características do Tribunal observou-se que a Carta foi o primeiro instrumento internacional a estabelecer vários princípios chave de direito penal internacional, incluindo a responsabilidade penal individual (artigo 6), a não-aplicação da condição de oficial como um impedimento para o processo (artigo 7) e a não aceitação como defesa do recebimento de ordens superiores (artigo 8). No entanto, houve a previsão de possibilidade de julgamentos *in absentia* (artigo 12), a autorização para que o Tribunal pudesse impor pena de morte ou outra punição que fosse determinada como sendo justa (artigo 27). McGoldrick assinala que o procedimento foi baseado no modelo anglo-americano, com algumas nuances do sistema inquisitório mais familiar à França e União Soviética (Artigos 17 a 25).<sup>325</sup> Quanto às provas, o julgamento assentou-se basicamente sobre documentos.<sup>326</sup>

Na opinião de Bhattacharyya, apenas para alguns crimes internacionais, o direito internacional conseguiu completar o processo legislativo com algum nível de sucesso. Este processo teria começado com a ratificação da Carta de Nuremberg e a previsão dos crimes imputados. O conteúdo substantivo do processo legislativo de menor dúvida era dos crimes de guerra, dada a efetiva codificação das normas nas Convenções de Haia (1899 e 1907). O conteúdo substantivo dos crimes contra a humanidade era similarmente considerado como derivado do direito internacional humanitário e dos sistemas de direito penal dos diversos Estados. De considerável questionamento, conforme levantado pela defesa, se os crimes contra a paz, como articulado na Carta foram realmente derivados do direito internacional no tempo em que foram cometidos. Segundo o autor, apesar das controvérsias iniciais, há aceitação quase universal de que os princípios da Carta de Nuremberg agora pertencem ao direito costumeiro internacional. Posteriormente, os crimes contra a

---

<sup>325</sup> McGOLDRICK, 2004, p. 14-18.

<sup>326</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal, General**. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judgen.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009: "Much of the evidence presented to the Tribunal on behalf of the Prosecution was documentary evidence, captured by the Allied armies in German army headquarters, Government buildings, and elsewhere. Some of the documents were found in salt mines, buried in the ground, hidden behind false walls and in other places thought to be secure from discovery. The case, therefore, against the defendants rests in a large measure on documents of their own making, the authenticity of which has not been challenged except in one or two cases."

humanidade e os crimes de guerra foram codificados como direito positivo, na Convenção contra o Crime de Genocídio (1948) e as Convenções de Genebra (1949). Apenas o crime de agressão continua sem uma codificação internacional positiva. Se compreendermos a Carta de Nuremberg como direito internacional costumeiro, então o crime de agressão também deveria estar elevado ao *status* de crime internacional. Assim, a articulação dos crimes internacionais na Carta de Nuremberg e o subsequente desenvolvimento no direito internacional servem como melhor exemplo de um processo legislativo completado com sucesso: a conduta foi reconhecida como de relevância internacional suficiente para garantir o exercício de uma jurisdição internacional e, posteriormente, definições substantivas foram estabelecidas suficientemente para adequar-se aos requisitos do princípio de direito do *nullum crimen*.<sup>327</sup>

Tanto a Carta do Tribunal, quanto a afirmação dos princípios de direito penal nela contidos, ou mesmo o trabalho da Comissão de Direito Internacional (CDI) explicitando os princípios, realmente pertencem ao direito internacional costumeiro. Estes instrumentos, no entanto, se desvincularam da realidade dramática e histórica do julgamento de exceção, ganharam independência e são lidos segundo os valores hodiernos e, sob esta perspectiva, os instrumentos constituíram um avanço, sendo este o principal legado do Tribunal de Nuremberg.

#### **4.1.4 Princípio do *Nullum Crimen Sine Lege***

O Tribunal não teria aplicado direito novo ou direito substancial novo, no entendimento de Cassese, pois, logo após a IIª Guerra Mundial, o princípio da legalidade era considerado apenas como uma máxima moral que poderia ceder a exigências superiores de justiça para responsabilizar pessoas por atrocidades chocantes. A proibição estrita do *ex post facto law* não teria encontrado ainda expressão no direito internacional, ou pelo menos não tinha surgido como um

---

<sup>327</sup> BHATTACHRYYA, 1996, p. 67 e 68.

princípio geral, universalmente aceito por todos os Estados, naquele momento histórico.<sup>328</sup>

O Tribunal de Nuremberg aplicou a doutrina da justiça substantiva<sup>329</sup>, considerando o princípio da legalidade como um princípio geral de justiça, permitindo a punição de ações não criminalizadas pelo direito no tempo em que foram cometidas, cuja impunidade significaria maior injustiça. Assim, o Tribunal se pronunciou no julgamento:

In the first place, it is to be observed that the maxim *nullum crimen sine lege* is not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice. To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighbouring states without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished.<sup>330</sup>

Concordamos com a contextualização histórica do julgamento e com a oposição de Cassese. Por outro lado, as atrocidades e massacres cometidos durante a IIª Guerra não poderiam ser previstos com antecedência por qualquer legislador, por mais atento que fosse. É fato de que estas atrocidades podem ser partilhadas em condutas menores e é certo que os certos atos singularmente considerados, em sua ampla maioria, já existiam nos direitos nacionais dos vários Estados e também no direito costumeiro de guerra. Não houve uma inovação legislativa material completa, mas uma reestruturação dos crimes cometidos a nível internacional. A inovação não estava propriamente na consciência da ilicitude, os crimes de certa forma já existiam, mas nunca tinham sido levados à jurisdição internacional.

Há discussão se os crimes julgados pelo Tribunal de Nuremberg eram crimes de direito internacional na época em que foram cometidos. Para WERLE, a punição de crimes de guerra se fundamentava em uma base segura no direito internacional como existente na época no direito costumeiro de guerra. Com relação aos crimes contra a humanidade, era pelo menos indiscutível que vários crimes como homicídio, escravidão, tortura e estupro eram ilegais em quase todos os sistemas legais naquele tempo. Assim, não era o caráter criminal dos atos que oferecia um ponto de

---

<sup>328</sup> CASSESE, 2003a, p. 72.

<sup>329</sup> CASSESE, 2003a, p. 143.

<sup>330</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal, The Law of the Charter.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

ataque, mas a persecução através do *nomen iuris* de crimes contra a humanidade e sua criminalização direta no direito internacional. Pode-se argumentar com base nos princípios gerais de direito, fonte reconhecida do direito internacional público, a justificação da punição de crimes contra a humanidade. Os crimes contra a paz encontraram uma objeção maior. Enquanto a ilegalidade da guerra de agressão, no direito internacional, teria sido justificada convincentemente pelo Tribunal, o lapso entre ilegalidade e criminalização não teria ficado bem fundamentado. No período posterior, os princípios aplicados e desenvolvidos pelo Tribunal foram repetidamente confirmados como parte do direito internacional. O autor também contextualiza o julgamento historicamente no que se refere à proibição de retroatividade da lei penal e concorda que, conforme a perspectiva atual, o princípio da não-retroatividade não tinha a pretensão de impedir a punição de abusos de poder que violassem o direito internacional. Afirma que hoje não há dúvida que os Princípios de Nuremberg estão estabelecidos como direito internacional costumeiro: a criminalidade das piores violações do direito internacional tornou-se um componente do sistema de direito internacional.<sup>331</sup>

Weigend argumenta que, embora o princípio da legalidade, *nullum crimen sine lege* seja reconhecido universalmente, há diferentes concepções sobre quais as fontes relevantes do direito qualificadas como base de incriminação. Uma concepção ampla de *lege* incluiria a legislação propriamente dita, o direito costumeiro e os precedentes judiciais, ao passo que uma concepção estrita de *lege*, como prevalente no direito continental, adota apenas a lei escrita como fonte relevante para incriminação. Na área do direito internacional, esta visão estrita conflita com o reconhecimento generalizado do direito costumeiro como uma fonte legítima de direito tal como previsto no artigo 38, ECIJ. Este conflito ficou visível nos debates acerca da legitimidade do artigo 6 da Carta de Nuremberg, que definiu como crimes dentro da jurisdição do Tribunal atos que não eram antecipadamente previstos como crimes em qualquer convenção internacional. O próprio Tribunal teria criado direito internacional através da aplicação da Carta. O autor defende que, além dos Princípios de Nuremberg (1950), o direito penal internacional tem sua base nas convenções internacionais que foram quase que universalmente ratificadas,

---

<sup>331</sup> WERLE, 2005, p. 10-11. Ver também: JESCHECK, Hans-Heinrich. The general principles of international criminal law set out in Nuremberg, as mirrored in the ICC Statute. **Journal of International Criminal Justice**, vol. 2, afl. 1, 2004, p. 40-42.

transformando-se em parte do *jus cogens*, o que é verdadeiro para Convenção contra o Crime de Genocídio (1948) e as quatro Convenções de Genebra (1949) em respeito aos não combatentes em conflitos armados.<sup>332</sup>

Para McGoldrick, os crimes aos quais era atribuída a responsabilidade penal individual, apresentavam certas superposições, que não foram cuidadosamente distinguidas pelo Tribunal. Os crimes de guerra já eram uma categoria bem estabelecida antes de 1945, tanto no direito convencional, quanto no direito costumeiro. Os crimes contra a paz e os crimes contra a humanidade foram questionados quanto à violação do princípio do *nullum crimen sine lege*. Os crimes contra a paz foram questionados quanto à sua existência na época dos fatos e em que medida poderia ser atribuída responsabilidade penal individual, de forma distinta da responsabilidade do Estado.<sup>333</sup> Enquanto os crimes contra a humanidade, embora existissem sem este nome nos sistemas nacionais e de forma fragmentária, não estavam previstos no direito positivo internacional.

Quanto ao aspecto da responsabilidade penal individual, o Tribunal rejeitou o argumento de que *o direito internacional estaria relacionado com os atos dos Estados soberanos e não dispunha de punição para indivíduos* e onde o ato em questão é um ato do Estado, aqueles que o realizam, não são responsáveis pessoalmente, mas permaneceriam protegidos pela doutrina da soberania do Estado. Nas palavras do Tribunal:

In the opinion of the Tribunal, both these submissions must be rejected. That international law imposes duties and liabilities upon individuals as well as upon States has long been recognised. In the recent case of *Ex Parte Quirin* (1942 317 US 1), before the Supreme Court of the United States persons were charged during the war with landing in the United States for purposes of spying and sabotage. [...] Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.<sup>334</sup>

---

<sup>332</sup> WEIGEND, Thomas. The Harmonization of General Principles of Criminal Law, The Statutes and Jurisprudence of the ICTY, ICTR and the ICC, An Overview. In: **International Criminal Law: Quo Vadis?** Proceedings of the International Conference held in Siracusa, Italy, 28 November – 3 December 2002, on the Occasion of the 30<sup>th</sup> Anniversary of ISISC. Érès, 2004. (Nouvelles Études Pénales – v. 19 – Association Internationale de Droit Pénal), p. 319-335.

<sup>333</sup> MCGOLDRICK, 2004, p. 14-18.

<sup>334</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal, The Law of the Charter**. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

O Tribunal reforçou a questão da responsabilidade criminal individual, reconhecendo que o criminoso não poderia esconder-se atrás da soberania estatal, na posição de oficial de Estado. Nas palavras do julgamento:

The principle of international law, which under certain circumstances, protects the representatives of a state, cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law. The authors of these facts cannot shelter themselves behind their official position in order to be freed from punishment in appropriate proceedings. [...] He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the State if the State in authorising action moves outside its competence under international law.<sup>335</sup>

Mesmo ao considerar a questão referente às organizações criminosas (artigo 9, Carta) o Tribunal deixou claro que a responsabilidade penal recairia sobre as pessoas naturais:

This discretion is a judicial one and does not permit arbitrary action, but should be exercised in accordance with well settled legal principles one of the most important of which is that criminal guilt is personal, and that mass punishments should be avoided.<sup>336</sup>

Segundo Boot, o Tribunal de Nuremberg considerou "o estado de consciência e a premeditação por parte dos acusados" como motivos suficientes para atestar sua conduta criminosa. Neste ponto o julgamento considerou implicitamente dois princípios fundamentais de direito penal: os acusados tiveram acessibilidade às normas incriminadoras, e previsibilidade quanto ao resultado do seu comportamento quanto ao princípio do *nullum crimen sine lege*, e ao princípio da culpabilidade ou consciência da ilicitude. Segundo o Tribunal:

Occupying the positions they did in the government of Germany, the defendants, or at least some of them must have known of the treaties signed by Germany, outlawing recourse to war for the settlement of international disputes; they must have known that they were acting in defiance of all international law when in complete deliberation they carried out the designs of invasion and aggression.<sup>337</sup>

---

<sup>335</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal, The Law of the Charter.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

<sup>336</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal, The Accused Organizations, General.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judorg.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

<sup>337</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal, The Law of the Charter.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

De fato, o Tribunal dispôs que, em virtude da hierarquia dos postos ocupados pelos acusados no governo, comportaria pressupor que os acusados conhecessem o estado do direito internacional quanto à condenação da guerra de agressão

#### 4.1.4.1 Crimes Contra a Paz

Os crimes contra a paz, artigo 6 (a), Carta, não foram considerados como *ex post facto law* em conflito com o princípio da legalidade. O Tribunal entendeu que o princípio da legalidade não constituía limitação da soberania, mas um princípio geral de justiça e, em virtude das posições dos acusados no governo da Alemanha, que deveriam saber que estavam agindo em desacordo com o direito internacional.

O Tribunal decidiu que a agressão já constituía crime internacional antes da sua instituição, referindo-se a vários tratados e declarações, entre os quais duas Convenções de Haia (1899 e 1907) relativas à Resolução Pacífica de Controvérsias Internacionais, ao Tratado de Versalhes (1919) e o Pacto de Paris (1928).<sup>338</sup> O Tribunal enfatizou que o Pacto de Paris tinha sido assinado por sessenta e três nações e concluiu que a renúncia solene à guerra fez com que o recurso à guerra se tornasse ilegal e quem a promovesse estaria cometendo um crime. Com este raciocínio, o Tribunal transformou um ilícito internacional entre Estados em crime internacional com imposição de responsabilidade individual:

---

<sup>338</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal, Violation of International Treaties, General.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judviol.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009: "In the 1899 Convention the signatory powers agreed: "before an appeal to arms [...] to have recourse, as far as circumstances allow, to the good offices or mediation of one or more friendly powers." A similar clause was inserted in the Convention for Pacific Settlement of International Disputes of 1907. In the accompanying Convention Relative to Opening of Hostilities Article I contains this far more specific language [...] Breaches of certain provisions of the Versailles Treaty are also relied on by the Prosecution [...] It is unnecessary to discuss in any detail the various treaties entered into by Germany with other powers. Treaties of Mutual Guarantee were signed by Germany at Locarno in 1925, [...]. Arbitration treaties were also executed by Germany at Locarno [...]. Non-aggression treaties were executed by Germany with Denmark and Russia in 1939. [...] The Pact of Paris was signed on the 27th August, 1928, [...] in the opinion of the Tribunal this Pact was violated by Germany in all the cases of aggressive war charged in the Indictment. It is to be noted that on the 26th January, 1930, Germany signed a Declaration for the Maintenance of Permanent Peace with Poland, which was explicitly based on the Pact of Paris, and in which the use of force was outlawed for a period of ten years."

The General Treaty for the Renunciation of War of 27th August, 1928, more generally known as the Pact of Paris or the Kellogg-Briand Pact, was binding on sixty-three nations, including Germany, Italy and Japan at the outbreak of war in 1939. [...] In the opinion of the Tribunal, the solemn renunciation of war as an instrument of national policy necessarily involves the proposition that such a war is illegal in international law; and that those who plan and wage such a war, with its inevitable and terrible consequences, are committing a crime in so doing.<sup>339</sup>

A única referência explícita ao cometimento de um crime internacional ocorreu na Assembléia da Liga das Nações (1927):

At the meeting of the Assembly of the League of Nations on the 24th September, 1927, all the delegations then present (including the German, the Italian and the Japanese), unanimously adopted a declaration concerning wars of aggression. The preamble to the declaration stated: [...] Being convinced that a war of aggression can never serve as a means of settling international disputes, and is in consequence an international crime.[...] <sup>340</sup>

A defesa argüiu que o *Kellogg-Briand Pact* não previa que guerras em violação ao tratado não constituíam crimes ou determinavam a instituição de tribunais para processar aqueles que deflagrassem as guerras. O Tribunal considerou inválido o raciocínio porque os crimes de guerra eram puníveis, mas também com relação ao direito de guerra contido na Convenção de Haia (1907), que proíbe o recurso a certos métodos de guerra, em nenhum lugar designava estas práticas como criminosas, nem havia menção a qualquer Tribunal para processar e punir os transgressores. Nas palavras do Tribunal:

But it is argued that the Pact does not expressly enact that such wars are crimes, or set up courts to try those who make such wars. To that extent the same is true with regard to the laws of war contained in the Hague Convention. The Hague Convention of 1907 prohibited resort to certain methods of waging war. [...] but since 1907 they have certainly been crimes, punishable as offences against the laws of war; yet the Hague Convention nowhere designates such practices as criminal, nor is any sentence prescribed, nor any mention made of a court to try and punish offenders. For many years past, however, military Tribunals have tried and punished individuals guilty of violating the rules of land warfare laid down by this Convention. In the opinion of the Tribunal, those who wage aggressive war are doing that which is equally illegal, and of much greater moment than a breach of one of the rules of the Hague Convention. <sup>341</sup>

---

<sup>339</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal, The Law of the Charter.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

<sup>340</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal, The Law of the Charter.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

<sup>341</sup> BOOT, 2002, p. 192-193.

Com relação ao crime de *conspiracy* ou *common plan*, o Tribunal o considerou inserido no artigo 6 (a), Carta: “As heretofore stated, the Charter does not define as a separate crime any conspiracy except the one set out in Article 6 (a), dealing with crimes against peace.” O crime consistia no planejamento, preparação, iniciação, ou participação em guerra de agressão, ou participação em um plano comum ou conspiração para realizar as condutas antes descritas. A primeira acusação foi pelo *common plan* ou *conspiracy (count one)* e a segunda acusação foi por planejar e perpetrar a guerra de agressão. A mesma prova embasou a denúncia (*indictment*) por ambos os crimes. O Tribunal decidiu discuti-los conjuntamente por considerá-los, em substância, crimes idênticos. <sup>342</sup>

O interessante sobre o *conspiracy* é que o Tribunal reconheceu que seu conceito não estava previsto na Carta, *interpretando os elementos do crime de forma mais estrita* e a acusação de *conspiracy* restou afastada:

Conspiracy is not defined in the Charter. But in the opinion of the Tribunal the conspiracy must be clearly outlined in its criminal purpose. It must not be too far removed from the time of decision and of action. The planning, to be criminal, must not rest merely on the declarations of a party programme, [...] The Tribunal must examine whether a concrete plan to wage war existed, and determine the participants in that concrete plan. [...]

In the opinion of the Tribunal these words do not add a new and separate crime to those already listed. [...] The Tribunal will therefore disregard the charges in Count One that the defendants conspired to commit war crimes and crimes against humanity, and will consider only the common plan to prepare, initiate and wage aggressive war. <sup>343</sup>

#### 4.1.4.2 Crimes de Guerra

O Tribunal considerou-se vinculado pelas definições de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade como previstas na Carta (artigo 6 (b) e (c)), reconhecendo, porém, para os crimes de guerra, outras fontes, enquanto crimes de direito internacional. Para tanto, foram mencionados os artigos 46, 50, 52, 56 da

---

<sup>342</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal, The Law as to the Common Plan or Conspiracy.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawco.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

<sup>343</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal, The Law as to the Common Plan or Conspiracy.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawco.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

Convenção de Haia (1907), os artigos 2, 3, 4, 46 e 51 da Convenção de Genebra (1929). O artigo 2 da Convenção de Haia previa sua aplicação apenas aos signatários da convenção e, se todos os Estados beligerantes fossem parte da convenção. O Tribunal afastou o questionamento considerando a convenção como codificadora do direito costumeiro internacional existente na época, aplicável e cogente a todas nações civilizadas:

In the opinion of the Tribunal it is not necessary to decide this question. The rules of land warfare expressed in the Convention undoubtedly represented an advance over existing international law at the time of their adoption. But the Convention expressly stated that it was an attempt "to revise the general laws and customs of war," which it thus recognised to be then existing, but by 1939 these rules laid down in the Convention were recognised by all civilised nations, and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war which are referred to in Article 6 (b) of the Charter. <sup>344</sup>

O Tribunal afirmou que o direito de guerra não estava previsto apenas em tratados, mas se encontrava presente no costume e prática internacional que gradualmente ganhou reconhecimento universal, como também nos princípios gerais de direito aplicados pelos juristas e pelos tribunais militares. O direito não seria estático, mas se adaptaria às necessidades de um mundo em mudança e, de fato, os tratados, muitas vezes, apenas reconhecem princípios de direito que pré-existem.<sup>345</sup> Neste ponto Beigbeder concebe que o Tribunal invocou um conceito adaptativo ou evolutivo do direito internacional. <sup>346</sup>

Outro argumento consistia no fato de que o direito de guerra apenas era aplicável aos beligerantes, de maneira que este direito não se aplicava aos países que a Alemanha tinha subjugado completamente e incorporado ao *Reich*. Em resposta a estes argumentos, o Tribunal explicitamente afirmou:

A further submission was made that Germany was no longer bound by the rules of land warfare in many of the territories occupied during the war,

---

<sup>344</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal, The Law Relating to War Crimes and Crimes Against Humanity**. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawre.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

<sup>345</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal, The Law of the Charter**. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009: "The law of war is to be found not only in treaties, but in the customs and practices of states which gradually obtained universal recognition, and from the general principles of justice applied by jurists and practiced by military courts. This law is not static, but by continual adaptation follows the needs of a changing world. Indeed, in many cases treaties do no more than express and define for more accurate reference the principles of law already existing."

<sup>346</sup> BEIGBEDER, 1999, p. 43.

because Germany had completely subjugated those countries and incorporated them into the German Reich, a fact which gave Germany authority to deal with the occupied countries as though they were part of Germany. [...] The doctrine was never considered to be applicable so long as there was an army in the field attempting to restore the occupied countries to their true owners, and in this case, therefore, the doctrine could not apply to any territories occupied after the 1st September, 1939.<sup>347</sup>

Quanto aos crimes de guerra, a situação jurídico-normativa era distinta. Havia os precedentes dos tribunais militares e de ocupação e toda uma tradição anterior. A declaração de que a convenção pertencia ao direito costumeiro internacional tinha como efeito abranger todo e qualquer Estado e, quanto aos signatários, existia a obrigação de internalizar os dispositivos da convenção. Desta forma, a convenção já pertenceria às ordens jurídicas dos aliados que, ao estabelecerem o Tribunal, como poderes de ocupação ou no exercício de soberania legislativa, enfim não estariam aplicando *ex post facto law*. Ainda quanto à responsabilidade de os Estados criminalizarem os dispositivos da Convenção de Haia nos direitos internos, o argumento utilizado pelo Tribunal, de que os aliados exerceram suas jurisdições nacionais em conjunto através do Tribunal internacional, isto é, ao estipularem em conjunto o que cada Estado poderia ter disposto sozinho é plausível quanto ao respeito ao princípio da legalidade e, assim, concordamos com Beigbeder.<sup>348</sup>

O Tribunal chegou a reconhecer que o estágio de crueldade e caos da IIª Guerra Mundial caracterizava o conceito de *guerra total*:

For in this conception of "total war", the moral ideas underlying the conventions which seek to make war more humane are no longer regarded as having force or validity. Everything is made subordinate to the overmastering dictates of war. [...] Prisoners of war were ill-treated and tortured and murdered, not only in defiance of the well-established rules of international law, but in complete disregard of the elementary dictates of humanity. Civilian populations in occupied territories suffered the same fate.<sup>349</sup>

Apesar desse reconhecimento, não se afastou a aplicação do direito de guerra.

---

<sup>347</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal, The Law Relating to War Crimes and Crimes Against Humanity.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawre.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

<sup>348</sup> BEIGBEDER, 1999, p. 44.

<sup>349</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal, War Crimes and Crimes Against Humanity, General.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judwarcr.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

#### 4.1.4.3 Crimes Contra a Humanidade

Os crimes contra a humanidade estavam previstos no artigo 6 (c), Carta, porém as condutas deveriam ser cometidas na execução ou em conexão com qualquer crime dentro da jurisdição do Tribunal e a responsabilidade penal individual não dependeria da previsão de punição do fato no país onde teria sido cometido o crime. Não existia alusão ao termo *crimes contra a humanidade* no direito internacional até então.

No ensinamento de Gonçalves, as condutas que constituíam os crimes contra a humanidade eram a transposição para o plano internacional, com um caráter de amplitude e de generalidade dos crimes de direito comum previstos na legislação penal interna de vários países. Os atos inseridos na categoria dos crimes contra a humanidade não escapariam à sanção dos códigos penais nacionais das nações civilizadas, mesmo na Alemanha. Há uma parte comum nos diversos direitos penais das nações capazes de abranger as ações tipificadas sob o *nomen iuris* de *crimes contra a humanidade*.<sup>350</sup> Nas palavras de Jescheck:

As for crimes against humanity, the IMT did not provide for an explicit justification of its power to punish them. However, it was able to refer to national laws, where, as a general rule, punishment was provided for. Where national provisions were lacking, e.g. with regard to the persecution of Jews in the case of Streicher, it could resort to the express exclusion of the principle of non-retroactivity at the end of Article 6(c) ('whether or not in violation of the domestic law').<sup>351</sup>

O artigo 6 (c), Carta, foi aplicado restritivamente em virtude do requisito de que o crime deveria ser cometido na execução ou em conexão com qualquer crime dentro da jurisdição do Tribunal. Assim, os crimes contra a humanidade não foram considerados autônomos em relação aos crimes contra paz e crimes de guerra e o cometimento destes crimes foram considerados somente após o ano de 1939, em virtude dos requisitos necessários de conexão.<sup>352</sup> O Tribunal reconheceu a prática

---

<sup>350</sup> GONÇALVES, 2001, p. 169-171.

<sup>351</sup> JESCHECK, 2004, p. 40-42.

<sup>352</sup> BEIGBEDER, 1999, p. 48: "In its Judgment, the Tribunal excluded such crimes as the murder of political opponents, the persecution of the Jews, and persecution, repression and murder of civilians in Germany, before the war of 1939 from its purview within the meaning of the Charter. As from the beginning of the war in 1939, the Tribunal then linked crimes against humanity with war crimes: [...]". MCGOLDRICK, 2004, p. 14-18: "Similarly controversial was the position in relation to crimes against

de crimes contra a humanidade antes de 1939, mas os considerou fora de sua jurisdição, por não haver prova do nexo de conexão com os outros crimes, agressão e crimes de guerra, nas palavras do julgamento:

The policy of persecution, repression and murder of civilians in Germany before the war of 1939, who were likely to be hostile to the Government, was most ruthlessly carried out. The persecution of Jews during the same period is established beyond all doubt. To constitute crimes against humanity, the acts relied on before the outbreak of war must have been in execution of, or in connection with, any crime within the jurisdiction of the Tribunal. **The Tribunal is of the opinion that revolting and horrible as many of these crimes were, it has not been satisfactorily proved that they were done in execution of, or in connection with, any such crime. The Tribunal therefore cannot make a general declaration that the acts before 1939 were crimes against humanity** within the meaning of the Charter, but from the beginning of the war in 1939 war crimes were committed on a vast scale, which were also crimes against humanity; and insofar as the inhumane acts charged in the Indictment, and committed after the beginning of the war, did not constitute war crimes, they were all committed in execution of, or in connection with, the aggressive war, and therefore constituted crimes against humanity.<sup>353</sup> [grifo nosso]

#### 4.1.5 Princípio da *Nulla Poena Sine Lege*

A Carta estabelecia a aplicação de penas no artigo 27, Carta, *in verbis*: “The Tribunal shall have the right to impose upon a Defendant, on conviction, death or such other punishment as shall be determined by it to be just.”. O artigo 28 previa, como efeito da condenação, a devolução do produto e do proveito dos crimes. A estrutura dos termos do artigo 27 é tão ampla e flexível, que podemos considerar que o princípio do *nulla poena sine lege* está ausente. A Carta conferiu total discricionariedade para que os Juízes determinassem a *pena justa*. Se a pena de morte, que se encontrava explícita, era considerada aplicável, qualquer outro tipo de pena escolhida pelos Juízes, por imposição lógica seria considerada justa,

---

humanity because this crime was partly concerned with a States treatment of its own population, a matter which had classically been considered as within its domestic jurisdiction. In the event, crimes against humanity were narrowly interpreted by reference to the terms of the Charter on other offences and thus events before 1937 were excluded. On the evidence no defendant was convicted of crimes against humanity for an act committed before 1 September 1939.”

<sup>353</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal, The Law Relating to War Crimes and Crimes Against Humanity**. Disponível em:<<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawre.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

relativamente à pena de morte. De sorte que o Tribunal estava autorizado a aplicar *qualquer pena*, inclusive a pena de morte.

Curiosamente, o Tribunal, temendo que uma série de arbitrariedades pudessem decorrer do uso do precedente do julgamento, com relação aos acusados nos julgamentos nacionais, em decorrência do reconhecimento do caráter criminoso de algumas organizações, faz recomendações sobre a aplicação das penas, em total desacordo com o espírito que regia a Carta constitutiva:

Since declarations of criminality which the Tribunal makes will be used by other courts in the trial of persons on account of their membership in the organisations found to be criminal, the Tribunal feels it appropriate to make the following recommendations: 1. That so far as possible throughout the four zones of occupation in Germany the classifications, sanctions and penalties be standardised. [...] but the discretion should be within fixed limits appropriate to the nature of the crime. 2. Law No. 10, to which reference has already been made, leaves punishment entirely in the discretion of the trial court even to the extent of inflicting the death penalty. [...]. The Tribunal recommends that in no case should punishment imposed under Law No. 10 upon any members of an organisation or group declared by the Tribunal to be criminal exceed the punishment fixed by the De-Nazification Law.<sup>354</sup>

Apesar das pesadas críticas, algumas das quais bastante procedentes, o Tribunal de Nuremberg se constituiu em um divisor de águas na história do direito penal internacional. Nas palavras de Gonçalves:

Aquele julgamento acabou por estabelecer as bases de uma nova ordem jurídica internacional, a qual desenvolver-se-ia pelas décadas posteriores à Segunda Guerra Mundial. E a gênese dessa Nova Ordem é o Estatuto do Tribunal Militar Internacional, bem como o Processo dos Grandes Criminosos de Guerra, com os debates ali ocorridos e as sentenças proferidas. Essa talvez tenha sido a maior contribuição de Nuremberg. [...]<sup>355</sup>

McGoldrick abaliza que o Tribunal de Nuremberg é o grande precedente da justiça penal internacional, influenciando todos os julgamentos internacionais posteriores, inclusive no desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos: a responsabilização individual e pessoal por violações aos deveres de direito internacional elevou os indivíduos à categoria de sujeitos de direito internacional. As atrocidades cometidas pelos Nazistas foram parcialmente responsáveis pela noção de direitos humanos internacionais como expresso na

---

<sup>354</sup> AVALON PROJECT. **Judgment of the International Military Tribunal, The Accused Organizations.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judorg.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

<sup>355</sup> GONÇALVES, 2001, p. 186-188.

Carta da ONU (1945), na Declaração Universal (1948) e nas subseqüentes convenções regionais e outros instrumentos internacionais.<sup>356</sup>

No mesmo sentido, em Archbold, o julgamento de Nuremberg é considerado como fonte de direito internacional porque os seus princípios foram afirmados por unanimidade pela Assembléia Geral da ONU. No entanto, ressalva que distinção deve ser feita entre as contribuições do julgamento, enquanto contribuições de direito material ou de direito processual. O direito que veio a adquirir o *status* de direito internacional costumeiro consistiu de seus achados em termos de direito substancial, mas, não, as suas regras de direito administrativo ou procedimental.<sup>357</sup>

O Tribunal de Nuremberg deixou um legado jurídico de influência incomparável no direito internacional dos direitos humanos e no direito internacional humanitário, com a afirmação genérica dos Princípios de Nuremberg, através da Resolução 95 (I), da Assembléia Geral (AG) (1946)<sup>358</sup>, a declaração dos Princípios de Nuremberg<sup>359</sup>, na Declaração Universal de Direitos Humanos, (DUDH)<sup>360</sup>, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, (PIDCP)<sup>361</sup> e no direito humanitário: na IIIª Convenção de Genebra (III CG), em especial no artigo 99<sup>362</sup>.

A questão quanto ao *status* jurídico do julgamento não é pacífica. A Carta do Tribunal foi reconhecida como pertencente ao direito costumeiro internacional, sem sombra de dúvida, no Relatório do Secretário-Geral para o Tribunal da ex-Iugoslávia.<sup>363</sup> O julgamento como precedente é mencionado e considerado na prática dos tribunais *ad hoc*, como nos exemplifica Archbold.<sup>364</sup>

<sup>356</sup> MCGOLDRICK, 2004, p. 19.

<sup>357</sup> ARCHBOLD, 2003, parágrafo 2-15c.

<sup>358</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Affirmation of the Principles of International Law recognised by the Charter of the Nuremberg Tribunal**, Resolution 95 (I) of the United Nations General Assembly, 11 December 1946, [votação unânime]. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/355?OpenDocument>>. Acesso em: 17 set. 2009.

<sup>359</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal**, 1950. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/390?OpenDocument>>. Acesso em: 04 set. 2009.

<sup>360</sup> UNITED NATIONS. **The Universal Declaration of Human Rights**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. Acesso em: 03 set. 2009.

<sup>361</sup> UNITED NATIONS. **International Covenant on Civil and Political Rights**. Disponível em: <<http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20999/volume-999-I-14668-English.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2009.

<sup>362</sup> UNITED NATIONS. **Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949**. Disponível em: <<http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2075/volume-75-I-972-English.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2009.

<sup>363</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808**. Disponível em:

## 4.2 TRIBUNAL DE TÓQUIO

O Tribunal de Tóquio foi estabelecido para implementar a Declaração do Cairo, de 01 de dezembro de 1943; a Declaração de *Potsdam*, de 26 de julho de 1945; o Instrumento de Rendição, de 02 de setembro de 1945 e a Conferência de Moscou, de 26 de dezembro de 1945.<sup>365</sup> Em 26 de julho de 1945 a União Soviética, os EUA e UK assinaram a Declaração de *Potsdam*, anunciando a intenção destes Estados em processar os *maiores criminosos de guerra japoneses (major japanese war criminals)*:

We do not intend that the Japanese shall be enslaved as a race nor destroyed as a nation, but stern justice well be meted out to all war criminals, including those who have visited cruelties upon our prisoners. [...] <sup>366</sup>

Na Conferência de Moscou, assinada pelos EUA, URSS e Grã-Bretanha, ficou decidido que o Comandante Supremo, proclamado como a única autoridade executiva dos aliados no Japão, deveria emitir ordens para implementar o termo de rendição, a ocupação e controle do Japão e demais diretivas suplementares.<sup>367</sup>

---

<[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_re808\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2009.

<sup>364</sup> ARCHBOLD, 2003, parágrafo 2-15c: "In the Erdemovic judgment, one judge of the Appeals Chamber referred to the decisions of Military Tribunals as a "source of law" after finding that no general principles of law could be discerned on a particular question. The learned judge held that the jurisprudence of the Nuremberg Trial "should be mentioned in the first place" as a most persuasive source of law. (See Prosecutor v. Erdemovic, Judgment, Separate and Dissenting opinion of Judge Li, October 7, 1997, para. 4.). On the other hand, the remaining judges all found it possible after reviewing and evaluating relevant post Second World War cases, to discern a general principle of law applicable to the problem at hand, and did not regard the Nuremberg Judgment as a "source". (See Prosecutor v. Erdemovic, Judgment, Joint and Separate opinion of judge McDonald and Judge Vohrah, October 7, 1997, para. 66, 72; Separate and Dissenting opinion of Judge Stephen, paras 25-26; Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, para. 12.)."

<sup>365</sup> HYPERWAR. IMTFE, **Judgement (English Translation)**, PART A - Chapter I, Establishment and Proceedings of the Tribunal. Disponível em:<<http://ibiblio.net/hyperwar/////PTO/IMTFE/IMTFE-1.html>>. Acesso em: 11 set. 2009.

<sup>366</sup> HYPERWAR. IMTFE, **Judgement (English Translation)**, Annex A-1, The Potsdam Declaration, 26 July 1945. Disponível em:<<http://ibiblio.net/hyperwar/////PTO/IMTFE/IMTFE-A1.html>>. Acesso em: 11 set. 2009.

<sup>367</sup> HYPERWAR. IMTFE, **Judgement (English Translation)**, Annex 3 Moscow Conference Agreement. Disponível em: <<http://ibiblio.net/hyperwar/////PTO/IMTFE/IMTFE-A3.html>>. Acesso em: 11 set. 2009.

#### 4.2.1 Constituição

Assim, em janeiro de 1946, o Comandante Supremo das Forças Aliadas, que era também o Comandante Chefe dos EUA no Japão, General D. MacArthur, proclamou a Carta do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, doravante denominado Tribunal de Tóquio.<sup>368</sup> MacArthur derivou sua autoridade para estabelecer o Tribunal do Instrumento de Rendição assinado pelo Japão e da Conferência de Moscou. O julgamento terminou com a condenação de todos acusados, com sete penas de morte, dezesseis prisões perpétuas e prisões por determinado lapso temporal.<sup>369</sup>

A Carta do Tribunal de Tóquio<sup>370</sup> se assemelhou bastante à Carta do Tribunal de Nuremberg que lhe serviu de modelo, porém tem caráter mais autoritário. O Tribunal era subordinado a um comando militar, o Supremo Comandante Militar, ao qual foi deferida toda autoridade e não como em Nuremberg, cujo Tribunal se reportava aos Estados signatários dos vários instrumentos que lhe embasaram a origem. Quanto à finalidade, nos mesmos moldes de Nuremberg, o Tribunal foi instituído para o *juízo imediato e punição dos maiores criminosos de guerra do Extremo Oriente* (artigo 1, Carta).

Tanto quanto em Nuremberg, os vencedores da guerra inovaram a ordem jurídica internacional, impondo padrões antes desconhecidos no direito costumeiro internacional. O Tribunal, a Carta, o direito internacional aplicável, enfim, o procedimento e até o julgamento majoritário deixam transparecer influência política, através de vários instrumentos de controle sobre os atores do julgamento (Juízes, acusação e defesa), do procedimento (no tumulto processual de admissão indiscriminada de provas) e a imposição de celeridade do julgamento. Na opinião de Dear e Foot, a abrangência dos crimes que iriam ser levados a julgamento, conforme previsto da Declaração de *Potsdam* (1945), foi expandida na Proclamação do Supremo Comandante, que criou a Carta do Tribunal. A Carta previa os crimes de

---

<sup>368</sup> HYPERWAR. IMTFE, **Judgement (English Translation)**, Annex 4 Special Proclamation, Establishment of an International Military Tribunal for the Far East. Disponível em: <<http://ibiblio.net/hyperwar/////PTO/IMTFE/IMTFE-A4.html>>. Acesso em: 11 set. 2009.

<sup>369</sup> WERLE, 2005, p. 11-12.

<sup>370</sup> HYPERWAR. IMTFE, **Judgement (English Translation)**, Annex 5 Charter of the International Military Tribunal for the Far East. Disponível em: <<http://ibiblio.net/hyperwar/////PTO/IMTFE/IMTFE-A5.html>>. Acesso em: 11 set. 2009.

guerra convencionais e outros crimes como os crimes contra paz e o crime de agressão.<sup>371</sup>

O julgamento majoritário entendeu que a Carta era decisiva e obrigatória para o Tribunal e, portanto, inquestionável e que seriam inaceitáveis quaisquer alegações quanto à jurisdição e o direito enquanto previsto na Carta. E foi o que ocorreu com as quatro primeiras alegações: a) quanto à ausência de autoridade do Comandante Supremo para estabelecer o Tribunal em nome dos aliados e incluir na Carta os crimes contra paz; b) sobre a legalidade da guerra de agressão, já que o Pacto de Paris não pretendia expandir o conceito de crimes de guerra nem transformar a guerra em crime; c) sendo a guerra um ato de Estado, não haveria responsabilidade penal individual; d) e que a Carta constituía *ex post facto law*. Todos os pontos foram afastados com *simples remissão* ao Julgamento de Nuremberg, com o qual o Tribunal expressou concordância majoritária. No sétimo ponto, o Tribunal não aceitou a exclusão de sua jurisdição sobre os prisioneiros de guerra, entendendo inaplicável a Convenção de Genebra (1929), que previa o julgamento através de uma Corte marcial. O sexto ponto foi deixado para exame posterior.<sup>372</sup>

O quinto ponto que se referia ao reconhecimento de que a jurisdição do Tribunal, cuja origem foi derivada do Instrumento de Rendição e da Declaração de *Potsdam*, limitar-se-ia aos crimes de guerra convencionais reconhecidos pelo direito internacional na época, como mencionados no artigo 5 (b), Carta. A argumentação foi totalmente rechaçada, sem, contudo, fornecer uma fundamentação convincente. Nas palavras do Tribunal:

Aggressive war was a crime at international law long prior to the date of the Declaration of Potsdam, and there is no ground for the limited interpretation of the Charter which the defence seeks to give it.

A special argument was advanced that in any event the Japanese Government, when they agreed to accept the terms of the Instrument of Surrender, did not in fact understand that those Japanese who were alleged to be responsible for the war would be prosecuted.

There is no basis in fact for this argument. It has been established to the satisfaction of the Tribunal that before the signature of the Instrument of Surrender the point in question had been considered by the Japanese

---

<sup>371</sup> DEAR, I. C. B.; FOOT, M. R. D.. Far East War Crimes Trials. In: **The Oxford Companion to World War II**. Oxford University Press. 2001. Encyclopedia.com. Disponível em: <<http://www.encyclopedia.com>>. Acesso em: 13 set. 2009.

<sup>372</sup> HYPERWAR. IMTFE, **Judgement (English Translation)**, Chapter II, The Law, (a) Jurisdiction of the Tribunal. Disponível em: <<http://ibiblio.net/hyperwar/////PTO/IMTFE/IMTFE-2.html>>. Acesso em: 11 set. 2009.

Government and the then members of the Government, who advised the acceptance of the terms of the Instrument of Surrender, anticipated that those alleged to be responsible for the war would be put on trial. [...].<sup>373</sup>

Beigbeder concorda que a Carta do Tribunal tenha sido produto de um projeto americano, produzido por americanos e aprovado unilateralmente pelo Comandante Supremo das Forças Aliadas no Japão, na forma de uma ordem executiva, objetivando o imediato julgamento e punição dos *maiores criminosos de guerra do Extremo Oriente*. O Comandante Supremo teria indicado onze Juízes dos nomes oferecidos pelos signatários do Acordo de Rendição e, quanto a este aspecto, no Tribunal de Tóquio, teria havido um número maior de países representados pelos Juízes do que no julgamento de Nuremberg, contrapondo-se à falta de representatividade dos Estados na constituição do Tribunal.<sup>374</sup>

Se os Juízes não estivessem de algum modo, comprometidos politicamente com os Estados Signatários, ou com os fatos, até seria plausível aceitar-se a questão da maior representatividade da comunidade internacional, relativamente a Nuremberg. Outros problemas além da indicação pelas nações vitoriosas são apontados por Dear e Foot:

A second source of controversy concerns the justices. The competency of at least two of them was in doubt, for one was not a judge in his own country (China) and the other, from the USSR, understood neither English nor Japanese, the official languages of the court. As for the principle of judicial impartiality, since the justices all came from countries that had suffered at the hands of the Japanese, they could not have been expected to be unbiased. Two justices were especially open to doubts on this point by virtue of their own experience: Jaranilla had survived the Bataan death march and imprisonment by the Japanese, and Webb had been prominently involved in investigating conventional Japanese war crimes in the New Guinea campaign. At the end of the trial, Jaranilla would stand out among the justices for arguing that the final sentences were too lenient in several instances.<sup>375</sup> [grifo nosso]

Não se pode falar que os Estados vitoriosos detivessem representatividade da comunidade internacional como um todo, mas certamente incorporavam o poder das potências dominantes no cenário internacional da época, como entende Köchler, de maneira que não caracteriza o Tribunal militar como genuinamente

---

<sup>373</sup> HYPERWAR. IMTFE, **Judgement (English Translation)**, Chapter II, The Law, (a) Jurisdiction of the Tribunal. Disponível em: <<http://ibiblio.net/hyperwar/////PTO/IMTFE/IMTFE-2.html>>. Acesso em: 11 set. 2009.

<sup>374</sup> BEIGBEDER, 1999, p. 54 e 55.

<sup>375</sup> DEAR; FOOT, 2001.

internacional.<sup>376</sup> Para Beigbeder pelo menos, a Carta de Nuremberg foi negociada pelos aliados e posteriormente endossada por dezenove outros governos, gozando de maior representatividade dos anseios da comunidade internacional.<sup>377</sup>

O Tribunal de Tóquio não pode ser caracterizado como Tribunal internacional pela sua origem. Consistiu praticamente num Tribunal de ocupação pós-guerra, imposto pelos EUA sobre o Império Japonês. E consoante se verá de suas características, simplesmente justificou uma espécie de execução institucionalizada, à qual, felizmente, alguns dos Juízes não aderiram e tiveram a coragem de expressar as ilegalidades e abusos em suas opiniões dissidentes. Não foi um Tribunal estabelecido segundo os ditames do direito internacional costumeiro e nem segundo os princípios gerais derivados dos direitos nacionais. Como um Tribunal de ocupação também não observou o direito costumeiro de guerra. Estes aspectos podem dar uma pequena idéia do porquê a publicação do julgamento ocorreu tão tardiamente apenas em 1977.<sup>378</sup>

Na visão panorâmica de Beigbeder, a Carta do Tribunal de Tóquio, embora posterior cronologicamente, não constituiu um avanço sobre as normas e princípios estabelecidos na Carta de Nuremberg, mas um retrocesso. Uma das principais características do Tribunal no que se refere ao *rule of law*, foi sua constituição realizada com total desrespeito à divisão de poderes, agravando-se o fato pela autoridade militar do Comandante Supremo. O mesmo poder que proclamou a constituição do Tribunal tinha total ingerência sobre a estrutura e funcionamento do mesmo, quer através de nomeações, quer através do poder de reformar as sentenças. Enquanto o Tribunal de Nuremberg contrariamente se originou de uma decisão coletiva das Forças Aliadas, o Tribunal de Tóquio foi criado unicamente pelos EUA como potência vitoriosa no Extremo Oriente e Pacífico. A Carta do Tribunal foi promulgada pelo comando militar, o que permitiu um controle considerável sobre a constituição e funcionamento do mesmo, como na escolha dos Juízes, do Juiz Presidente do Tribunal, do Promotor-chefe (artigos 2, 3, 8, Carta). O

---

<sup>376</sup> KÖCHLER, 2003, p. 149-151.

<sup>377</sup> BEIGBEDER, 1999, p. 60-63.

<sup>378</sup> BEIGBEDER, 1999, p. 74: "The judgment of the Tribunal, as a whole, including the majority judgment, the separate, dissenting and concurring opinions and the Official Transcript of the Proceedings, were only published in 1977, at the initiative of former Justice Röling and C. F. Rüter, professor of Criminal Law at the University of Amsterdam. Was the American decision not to publish the Tribunal's judgment due to the fear that publication might have attracted too many and too public legal challenges as well as potentially embarrassing political and moral questions? In contrast, the 42 volumes of the Nuremberg Tribunal's records were promptly published in 1947."

advogado de defesa estava sujeito à aprovação do Tribunal (artigo 9). Ainda de acordo com o artigo 17, o Comandante Supremo também gozava da autoridade judicial para alterar as sentenças do Tribunal, exceto para agravar a punição. O Tribunal não pôde ser considerado de forma alguma um Tribunal do *rule of law*.<sup>379</sup>

De fato, o Tribunal de Tóquio representa a imposição da justiça dos vitoriosos, com a imposição do direito aplicável ao julgamento, com caráter *ad hoc* e duração predeterminada, neste caso específico, um Tribunal de exceção. Havia o domínio e controle político da situação desde a constituição, procedimentos, indicação de membros, até de aspectos do julgamento e das sentenças. Na ausência de tantas garantias elementares do direito penal, inclusive das garantias mínimas previstas no direito costumeiro para os prisioneiros de guerra, conclui-se que o Tribunal teve natureza puramente política. A constituição baseada em uma proclamação militar, sem respaldo em tratado internacional ou na adesão posterior de Estados à sua constituição, resultou em ínfima representatividade da comunidade internacional. Houve manifestações a respeito da legalidade da constituição do Tribunal nas opiniões separadas dos Juízes. O Juiz Bernard (representante da França), na sua opinião dissidente, defendeu a constitucionalidade da criação do Tribunal, baseada no *direito natural*, nas suas palavras:

It is to a superior authority recognized as such by all the parties concerned or most of them that belongs the right of settling differences among parties. The acceptance of this principle within each nation is sufficient proof of its conformity to natural and universal law, respect of which indeed supplies the very foundation of law and civil society. A Universal authority would be the one competent to create Tribunals to judge individuals accused of crimes against universal order. But for want of an organism endowed with such universal authority, he who possessed of actual power and moral authority sufficient to assume that duty can set up the necessary Tribunals for the trial of persons suspected of acts supposed to be in criminal infringement of natural and international law. For this purpose he can give the rules of procedure for securing the appearance of the Accused before the Tribunal for the judgment of the Accused is also for execution of the judgment.<sup>380</sup>

---

<sup>379</sup> KÖCHLER, 2003, p. 157-161. Ver também: BEIGBEDER, 1999, p. 60-63: "While the overt objective of the trial was to punish those who had started an aggressive war, an international crime under the Tribunal's Charter, one of the judges later affirmed that MacArthur's real aim was to avenge the treacherous attack on Pearl Harbor, which had brought humiliation on the US nation and its military forces, an attack which should be branded as an 'enormous crime, a grave violation of the laws of war'. In doing so, and in exposing the Japanese atrocities, it would take the blame off the American government and the American military commanders for the use of atomic weapons at Hiroshima and Nagasaki."

<sup>380</sup> BOISTER, Neil. **Documents on the Tokyo International Military Tribunal**: charter, indictment and judgments. Edited by Neil Boistyer and Robert Cryer. Oxford University Press, 2008, p. 664.

O Juiz Pal (representante da Índia), na sua opinião dissidente, rejeitou o argumento com base no direito natural, explicando que, no estágio rudimentar de desenvolvimento da comunidade internacional da época impediria o recurso aos preceitos de direito natural para ditar o que é certo ou errado:

[...] I should only add that the international community has not as yet developed into “the world commonwealth” and perhaps as yet no particular group of nations can claim to be custodian of “the common good”. International life is not yet organized into a community under a rule of law. A community life has not even been agreed upon as yet. Such an agreement is essential before the so-called natural law may be allowed to function in the manner suggested. It is only when such group living is agreed upon, the conditions required for successful group life may supply some external criteria that would furnish some standard against which the rightness or otherwise of any particular decision can be measured.<sup>381</sup>

#### 4.2.2 Jurisdição e Poderes

O artigo 5, Carta, estabeleceu a responsabilidade penal individual, tanto na condição de pessoas individualmente consideradas, ou como membros de organizações criminosas para crimes contra a paz, crimes convencionais de guerra e crimes contra a humanidade. Não houve, no entanto, a previsão de declarar o caráter criminoso de *organizações*, como em Nuremberg. Os crimes encontram-se descritos na própria Carta constitutiva sem referência expressa, no entanto, às fontes do direito que poderiam ser utilizadas pelo Tribunal, dando a entender a remissão às fontes clássicas do direito internacional público de forma geral, em especial o direito costumeiro de guerra. A condição de oficial ou de estar cumprindo ordens de Estado não afastaria a responsabilidade penal individual, de idêntica forma como previsto em Nuremberg (artigo 6, Carta Tóquio). O procedimento adotado baseou-se primordialmente no *sistema acusatório americano*, mas aspectos do sistema inquisitorial também se encontram presentes (artigos 11 a 15).

A Carta não estabeleceu critérios para identificar os maiores criminosos de guerra no Extremo Oriente. Não houve regras de estabelecimento de jurisdição *ratione personae* (artigo 1 e artigo 5 *caput*, Carta Tóquio). A seleção das *pessoas*

---

<sup>381</sup> BOISTER, 2008, p. 873.

que foram processadas foi bastante arbitrária e injusta, como descrevem, Dear e Foot:

First, the selection of defendants was somewhat arbitrary in that before the trial 250 Japanese officials had been arraigned on suspicion of war crimes, of whom 28 were indicted as a representative sample of the country's pre-war and wartime leadership. The main criterion used in selecting them was the belief, expressed by one of the prosecution lawyers, that 'No person was to be included as a defendant unless the evidence used against him was so strong as to render negligible the chances of acquittal.'

[...] the former foreign minister Tōgō Shigenori, who was known to have worked assiduously for peace both in 1941 and again in 1945. What is more, certain individuals who might have been expected to stand trial in Tokyo were exempted. The most famous was Emperor Hirohito, in whose name Japan had gone to war. [...] General Abe Nobuyuki and Admiral Yonai Mitsumasa, both former prime ministers, and a number of other key government leaders, were also conspicuously absent.<sup>382</sup> [grifo nosso]

O Juiz Presidente Webb (representante da Austrália), em sua opinião separada, manifesta sua inconformidade com a imunidade atribuída ao imperador japonês e explicita o caráter político desta opção:

The authority of Emperor was proved beyond question when he ended the war. The outstanding part played by him in starting as well as ending it was the subject of evidence led by the Prosecution. But the Prosecution also made it clear that the Emperor would not be indicted. This immunity of the Emperor, as contrasted with the part he played in launching the war in the Pacific, is I think a matter which this Tribunal should take into consideration in imposing sentences. It is, of course, for the Prosecution to say who will be indicted: but a British Court in passing sentence would. I believe, take into account, if it could, that the leader in the crime, though available for trial, had granted immunity. If, as in cases of murder, the court must by law impose capital punishment, the prerogative of mercy would probably be exercised to save the lives of the condemned.

The Emperor's authority was required for war. If he did not want war he should have withheld his authority. It is no answer to say that he might have been assassinated. That risk is taken by all rulers who must still do their duty. No ruler can commit the crime of launching aggressive war and then validly claim to be excused for so doing because his life would otherwise have in danger.

The suggestion that the Emperor was bound to act on advice is contrary to the evidence. If he acted advice it was because he saw fact.

I do not suggest the Emperor should have been prosecuted. That is beyond my province. His immunity was, no doubt, decided upon in the interest of all of the Allied Powers.

Justice requires me to take into consideration the Emperor's immunity when determining the punishment of the accused found guilty: that is all.

In fairness to him it should be stated that the evidence indicates that was always in favour of peace, but as he elected to play the part of a constitutional Monarch he accepted ministerial and other advice for war,

---

<sup>382</sup> DEAR; FOOT, 2001.

most probably against his better judgment. However, in order to end the war he asserted his undoubted authority and saved Japan. <sup>383</sup> [grifo nosso]

O Juiz Bernard, na sua opinião dissidente, manifestou-se a respeito da imunidade do imperador, classificando a acusação como iníqua:

The prosecution was carried out *in personam* and not *in rem*, [...] The consequences of this inequality are particularly apparent and regrettable in regard to Emperor Hiroito whom the trial revealed could have been counted among the suspects and whose absence from the trial, while making one wonder whether, if his case is measured by a different standard, international justice would merit to be exercised, was certainly detrimental to the defense of the Accused. <sup>384</sup>

O Juiz Röling (representante da Holanda), na sua opinião separada, fez uma observação quanto à pessoa de Shigemitsu, em suas palavras:

Although admitting that there may be grounds for mitigation of punishment in the case of a person entering a War-Cabinet in order to end the war as soon as possible, it is contended in the majority judgment that the mere fact of entering such a Cabinet in the capacity of Foreign Minister, as Shigemitsu did in 1943, is per se a crime. It seems that this view is incorrect and untenable. It would compel statesmen, who desire to work for peace, to abstain from holding positions in which they could achieve their desire. It would, in any war, prevent anybody from joining his government, unless had supported the war whole-heartedly. To enter a cabinet, and to assume an office through which one obtains the power necessary to be able to work for peace, is a duty rather than a crime. This Tribunal should unequivocally establish the rule that he who enters his government is involved. <sup>385</sup>

Quanto aos fatos considerados no julgamento, o Tribunal de Tóquio não admitiu a prova concernente ao uso das bombas atômicas e o julgamento majoritário não mencionou a questão <sup>386</sup>, exceção feita a dois Juízes que apresentaram votos divergentes. O Juiz Jaranilla (representante das Filipinas) considerou justificado o uso da bomba porque teria definitivamente derrotado o império japonês, enquanto o Juiz Pal, teria condenado o bombardeio. <sup>387</sup> O Juiz Jaranilla, em voto divergente, assim, se pronunciou quanto ao uso das bombas atômicas:

---

<sup>383</sup> BOISTER, 2008, p. 638 e 639.

<sup>384</sup> BOISTER, 2008, p. 675.

<sup>385</sup> BOISTER, 2008, p. 801.

<sup>386</sup> Os bombardeios atômicos consistem num dos mais intrigantes silêncios jurídicos. Houve em 1963 um pronunciamento da Corte Distrital de Tóquio condenando as bombas nucleares.

<sup>387</sup> Os principais documentos sobre o julgamento de Tóquio foram publicados, entre os quais o julgamento majoritário e as opiniões em separado dos Juízes em: BOISTER, 2008.

If a means is justified by an end, the use of the atomic bomb was justified, for it brought Japan to her knees and ended the horrible war. If the war had gone on longer, without the use of the atomic bomb, how many more thousands and thousands of helpless men, women and children would have needlessly died and suffered, and how much more destruction and devastation, hardly irreparable, would have been wrought? <sup>388</sup>

O Juiz Rölling mencionou o bombardeio, ressaltando apenas a necessidade de prevenir guerras no futuro e o crime de agressão dos japoneses:

The dreadfulness of World War II may have made us realize the necessity of preventing wars in the future. But we need not discuss here whether the horror of the atomic bomb opened our eyes to the criminality of Japanese aggression. <sup>389</sup>

O Juiz Pal condenou veementemente os bombardeios nucleares. O Juiz preanunciou uma nova era na qual a humanidade deveria ser considerada interligada como um todo, reconheceu o inominável sofrimento das vítimas civis dos ataques e observou que o julgamento dos líderes da nação derrotada não contribuiria para a paz e a justiça. Nas suas corajosas palavras:

The atom bomb during the Second World War, it is said, has destroyed selfish nationalism and the last defense of isolationism more completely than it raised an enemy city. I believed that it has ended one age and begun another – the new and unpredictable age of soul. [...]  
Perhaps these blasts have brought home to mankind “that every human being has a state in the conduct not only of national affairs but also of world affairs”. Perhaps those explosives have awakened within us the sense of unity of mankind, – the feeling that: “We are a unity of humanity, linked to all our fellow human beings, irrespective of race, creed or color, by bonds which have been fused unbreakably in the diabolical heat of those explosions.” All this might have been the result of these blasts. But certainly these feelings were non-existent at the time when the bombs were dropped. I, for myself, do not perceive any such feeling of broad humanity in the justifying words of those who were responsible for their use. [...]  
On entering into August, successive atomic bomb raids were made by the U.S. Army on the cities of Hiroshima and Nagasaki, victimizing the majority of the citizens of both cities, and upon it becoming know that the miserable plight of the said victims was absolutely beyond words, the general feeling of animosity appears to have soared up to its zenith again.  
Let not “the implication of atomic explosion” fail to “spur men of judgment. [...] to seek a method whereby the peoples of the earth can live in peace and justice.” But the course of action signified in the trial and punishment of the leaders of a defeated nation does not indicate much appreciation of this implication. Perhaps it has been truly said that “the turbulent emotions aroused by watching trials of hated enemy leaders [...] will leave little room

---

<sup>388</sup> BOISTER, 2008, p. 655.

<sup>389</sup> BOISTER, 2008, p. 700.

for consideration of the fundamentals of world union [...]” “Public understanding of the real condition of peace would not be increased, but rather confused, by all the emphasis upon one detail, the trials.”<sup>390</sup> [grifo no original]

A Carta não previu critérios da jurisdição *ratione temporis* do Tribunal. Com relação a este fato, o Juiz Pal salientou que foram levados a julgamento fatos anteriores à Declaração de Potsdam (1945) e ao Instrumento de Rendição do Japão (1945), relativos a outras hostilidades:

In view of this finding, and in view of my decision on the question of law involved in this objection, I am of opinion that this Tribunal would have no jurisdiction over the matters involved in counts 2, 18, 25, 26, 35, 36, 51 and 52 of the indictment, for the simple reason that the hostilities relating to these matters ceased long before the Potsdam Declaration of 26 July 1945 and the Japanese Surrender of 2 September 1945. As already pointed out by me, the crimes triable by this Tribunal must be limited to those committed in or in connection with the hostility which ended in the surrender of 2 September 1945. International law does not invest the victors with any right more extensive than this. There is nothing in the Potsdam Declaration and the instrument of Surrender which would entitle the Supreme Commander or the Allied Powers to try and punish the vanquished for any crime committed in or in connection with any other hostility. There is nothing in the Charter that would extend its provisions to hostilities other than those ended by the Surrender.

In my opinion, in the absence of any express reference to the contrary, the terms of the Potsdam Declaration, as also of the Surrender, must be limited to such hostilities as were being terminated by them. As I have already pointed out, a victor's power under international law does not entitle him to sit on trial over the vanquished for all his life's doings. Neither the Potsdam Declaration nor the deed of Surrender nor the Charter expressly covers this matter.<sup>391</sup> [grifo no original]

Ao Tribunal foi deferido o poder de editar regras de procedimento consistentes com o Estatuto (artigo 7, Carta). No artigo 12, o Tribunal tinha o dever de tomar medidas estritas para evitar qualquer ação procrastinatória e desconsiderar questões ou declarações irrelevantes, ou qualquer coisa parecida. As regras são extremamente flexíveis e podem ser consideradas como inexistentes. Com um mínimo de esforço de persuasão, qualquer situação razoavelmente plausível poderia ser justificada. O artigo 13, ao tratar das provas, estabeleceu que o Tribunal não se encontrava submetido a regras técnicas de prova e propôs que se adotasse um

---

<sup>390</sup> BOISTER, 2008, p. 867-868, 1419 e 1425.

<sup>391</sup> BOISTER, 2008, p. 1316-1317.

procedimento *célere e não técnico*, priorizando-se a conveniência sobre os aspectos estritamente jurídicos.

Köchler comenta que, no que se refere às regras de procedimento e prova, o artigo 13 da Carta de Tóquio incorporou o artigo 19 da Carta de Nuremberg, porém possibilitou a admissibilidade mais ampla de provas dando enorme margem para arbitrariedade e influência política: "All purported admissions or statements of the accused are admissible", o que resultou na admissão de muito material que normalmente seria descartado como prova.<sup>392</sup> O procedimento foi igualmente caracterizado por um grau extremo de arbitrariedade resultante da definição vaga das regras de procedimento e prova nas Cartas de ambos Tribunais de Tóquio e Nuremberg, como aponta Köchler:

Although the Tribunals, according to their respective charters, applied unified standards - in itself an achievement over the handling of war crimes cases according to different sets of rules on the national level -, those standards were formulated in such a vague manner that the proceedings were characterized by an extreme degree of arbitrariness. Thus, the advantage of unified rules was outweighed by the lack of due process resulting from the rather vague definition of the rules of procedure and evidence in the charters of the Tribunals.<sup>393</sup>

A Seção III, da Carta, sob o título: *Devido Processo para o Acusado* é a própria antítese do devido processo legal. A admissibilidade de prova não estava normatizada por regras técnicas. O procedimento deveria ser *célere e não, técnico* por excelência. Qualquer prova seria admitida, desde que parecesse ter algum valor probatório (artigo 13 (a), Carta). No artigo 13 (c) há uma lista de provas que poderiam ser admitidas, que pode ser resumido sob a rubrica *qualquer documento era admissível*.<sup>394</sup>

---

<sup>392</sup> KÖCHLER, 2003, p.157-161: "The Indian judge at the Tokyo Tribunal, Radhabinod Pal, one of the very few members of the Tribunal with a solid legal background, in no uncertain terms branded such procedural rules as incompatible with international judicial standards: "In prescribing the rules of evidence for this trial the Charter practically discarded all the procedural rules devised by the various national systems of law, based on litigious experience and tradition, to guard a Tribunal against erroneous persuasion, and thus left us, in the matter of proof, to guide ourselves independently of any artificial rules of procedure." judge Pal frankly admitted: "Following these provisions of the Charter we admitted much material which normally would have been discarded as hearsay evidence."

<sup>393</sup> KÖCHLER, 2003, p. 149-151.

<sup>394</sup> BEIGBEDER, 1999, p. 60-63: "Three of the judges, Justices Bernard, Röling and Pal, found that the defendants were not granted sufficient guarantees for their defence, or that the Tribunal unfairly construed the evidence, or ignored it, or that the Tribunal's method of procedure and rulings crippled the defence. In his defence appeal to General MacArthur of 21 November 1948, defence counsel for all defendants claimed that 'The trial was Unfair' and 'The Verdict is Not Based on Evidence'."

Alguns Juízes reconheceram que o procedimento do julgamento foi regular tendo sido conferidas as garantias necessárias à defesa dos acusados, porém, outros consideraram o procedimento arbitrário. O Juiz Pal rejeitou o Tribunal como um todo, caracterizando-o como *vindictive retaliation*<sup>395</sup> e que as regras de procedimento se desviavam de qualquer padrão dos direitos nacionais:

In prescribing the rules of evidence for this trial the Charter practically discarded all the procedural rules devised by the various national systems of law, based on litigious experiences and tradition, to guard a Tribunal against erroneous persuasion, and thus left us, in the matter of proof, to guide ourselves independently of any artificial rules of procedure. [grifo nosso]<sup>396</sup>

O mesmo Juiz relatou o pronunciamento do Juiz Presidente, apontando que a decisão do Tribunal quanto às provas apresentadas mudaria dia-a-dia, conforme a sua composição, mesmo diante da boa vontade de trabalho dos Juízes, principalmente em virtude da ausência de regras de procedimento e provas claras:

The President said: “[...] I am not here to offer any apology on behalf of the Tribunal, but as you know the Charter says we are not bound by any technical rules of evidence. That not merely prevents us from following our own technical rules – we could hardly do that because there are eleven nations represented and in some particulars they differ in these technical rules – but it has the effect of preventing us from substituting any other body of technical rules of our own. All we can do on each piece of evidence as it is presented is to say whether or not it has probative value, and the decision on that question may depend on the constitution of the court. Some times we have eleven members: some times we have had as low as seven. And you cannot say, I cannot say, that on the question of whether any particular piece of evidence has probative value you always get the same decision from seven judges as you would get from eleven. [...]. The Charter does not allow us to adopt them in any event. It is contrary to the spirit of the Charter. The decision of the Court will vary with its constitution from day to day. There is no way of overcoming it.”<sup>397</sup> [grifo nosso]

O Juiz Pal acabou considerando as provas destituídas de valor:

Opinions, in so far as they may be founded on no evidence or illegal evidence, are worthless, and in so far as they may be founded on legal evidence tend to usurp the functions of the Tribunal whose province alone it is to draw conclusions of fact or law. Unless we are prepared to allow this usurpation and accept his own conclusions without troubling ourselves as to the character of the materials on which such conclusion might be based this

---

<sup>395</sup> KÖCHLER, 2003, p. 157-161.

<sup>396</sup> BOISTER, 2008, p. 932.

<sup>397</sup> BOISTER, 2008, p. 962.

evidence must be rejected as worthless for our present purposes.<sup>398</sup> [grifo nosso]

O Juiz Jaranilla se manifestou a favor do reconhecimento do devido processo legal no julgamento de Tóquio:

In fact, if any criticism should be made at all against this Tribunal, it is only that the Tribunal has acted with so much leniency in favor of the accused and has afforded them, through their counsel, all the opportunity to present any and all pertinent defenses that they had, thus protracting the trial. Both the prosecution and the defense have been treated equally and afforded equal rights and privileges.

Furthermore, victorious states have the right to try war criminals pending the signing of the peace treaty, such as in the present case. Even granting that such a treaty has already been executed, unless otherwise provided, it will not in any way be an impediment to the carrying out of the Potsdam Declaration or the Instrument of Surrender. Which do not impose any limitation or condition whatever under which the trial of the supposed war criminals can or should be carried out. No provision of any kind in international law which would impede the trial of criminal suspects as here has been cited.<sup>399</sup> [grifo nosso]

O Juiz Bernard também exarou opinião em relação aos procedimentos do Tribunal em sua opinião dissidente. Considerou que não foram concedidas aos acusados, garantias suficientes para a sua defesa:

Essential principles, violation of which would result in most civilized nations in the nullity of the entire procedure, and the right of the Tribunal to dismiss the case against the Accused, were not respected, I will only emphasize that:

The Defendants, in spite of the fact that the charges concerned crimes of the most serious nature, proof of which lent itself to the greatest of difficulties, were directly indicted before the Tribunal and without being given an opportunity to endeavor to obtain and assemble elements for the defense by means of a preliminary inquest conducted equally in favor of the Prosecution as of the Defense by a magistrate independent of them both and in the course of which they would have been benefited by the assistance of the defense counsel. The actual consequences of this violation of principles have been, in my opinion, particularly serious at the present case.

The prosecution was carried out *in personam* and not *in rem*, the [...] if his case is measured by a different standard, international justice would merit to be exercised, was certainly detrimental to the defense of the Accused.<sup>400</sup>

[...] All the part of the judgment relative to the findings of fact was prepared by a drafting committee and submitted by the latter as its preparations progressed, first to a committee of seven judges called the 'Majority'. Copy of this draft was also distributed to the four other members of the Tribunal. The latter were called upon to submit their previews to the majority in view of

---

<sup>398</sup> BOISTER, 2008, p. 1006.

<sup>399</sup> BOISTER, 2008, p. 650 e 651.

<sup>400</sup> BOISTER, 2008, p. 675.

their discussion, and should the case arise, for modification of the draft. But the eleven judges which compose the Tribunal were never called to meet to discuss orally a part of or in its entirety this part of the judgment.<sup>401</sup> [grifo nosso]

O Juiz Röling também considerou insuficiente a defesa dos acusados:

This statement, in my opinion, does not comply with the procedure in this trial. On several occasions, the Tribunal has denied the accused the right to prove aggressive intentions on the part of other countries. It seems to me incorrect subsequently to state in the judgment that there is no evidence. There was in Japan, as has been mentioned before, a group which feared Soviet Russia, who feared the Comintern, and the relation between the two. However, in this trial, the Tribunal shared the prosecution's view: "that the rules of the communist international are irrelevant for any purpose of this inquiry." (T, 23741) and refused documentary evidence of the decisions of the Comintern of 1935, in which Germany and Japan were mentioned as the principal enemies of communism.<sup>402</sup> [grifo nosso]

O julgamento não pode ser caracterizado como devido processo legal e realmente não foram asseguradas garantias mínimas procedimentais, inclusive quanto à admissibilidade e valoração da prova colhida.

#### **4.2.3 Princípios de Direito Penal**

O Tribunal não gozava de qualquer independência política. Os membros do Tribunal foram apontados pelo Comandante Supremo, de nomes indicados pelos signatários do instrumento de rendição e Índia e Filipinas (artigo 2, Carta). O chefe dos Promotores também era designado pelo Comandante Supremo e os Promotores, pelos Estados signatários. Os defensores poderiam ser indicados por Estados que combateram em guerra com Japão (artigo 8). Conforme já ressaltado, também não havia neutralidade ou imparcialidade de alguns Juízes quanto aos fatos da guerra. É de se admirar que alguns Juízes não se tenham submetido e tivessem tido a coragem de apresentar opiniões dissidentes. Não havia direito à apelação, porém, ao Comandante Supremo atribuía-se a faculdade, a qualquer tempo, de

---

<sup>401</sup> BOISTER, 2008, p. 675.

<sup>402</sup> BOISTER, 2008, p. 719 e 720.

reduzir ou, de outra maneira, alterar a sentença, exceto para aumentá-la. (artigo, 17, Carta).

No julgamento de Tóquio, além da responsabilidade penal individual adotada nos mesmos moldes de Nuremberg, também foi reconhecida a responsabilidade por omissão. Assim, o Tribunal de Tóquio confirmou e reforçou o precedente de Nuremberg, reconhecendo a responsabilidade penal individual de altos oficiais ao perpetrarem guerra de agressão, crimes de guerra convencionais e crimes contra a humanidade. Tóquio fez uma contribuição adicional para o direito penal internacional, ainda que haja algumas controvérsias ao reconhecer a responsabilidade penal por omissão.<sup>403</sup>

A criminalidade por omissão foi uma das inovações do Tribunal de Tóquio e, no julgamento majoritário, sob o título *Responsabilidade por Crimes de Guerra contra Prisioneiros*, foi considerado o direito costumeiro da Convenção de Haia IV (1907) e a Convenção de Genebra sobre Prisioneiros de Guerra (1929) para embasar esse tipo de responsabilidade. Nas palavras do Tribunal:

A member of a Cabinet which collectively, as one of the principal organs of the Government, is responsible for the care of prisoners is not absolved from responsibility if, having knowledge of the commission of the crimes in the sense already discussed, and omitting or failing to secure the taking of measures to prevent the commission of such crimes in the future, he elects to continue as a member of the Cabinet. This is the position even though the Department of which he has the charge is not directly concerned with the care of prisoners. A Cabinet member may resign. If he has knowledge of ill-treatment of prisoners, but elects to remain in the Cabinet thereby continuing to participate in its collective responsibility for protection of prisoners he willingly assumes responsibility for any ill-treatment in the future.<sup>404</sup>

No entanto, a responsabilidade por omissão também foi ponto de discórdia entre os Juízes, nas palavras de Beigbeder:

---

<sup>403</sup> BEIGBEDER, 1999, p. 75: "The Tokyo Judgment concluded 'the atrocities were either secretly ordered or willfully permitted by the Japanese Government or individual members thereof and by the leaders of the armed forces'. Count 55 of the Judgment alleges that the accused mentioned 'deliberately and recklessly disregarded their legal duty to take adequate steps to secure the observance and prevent breaches' of the laws of the war. Seven accused were sentenced under this count. When he published the Judgment of the Tokyo Tribunal, in 1977, Röling expected that recognized liability for omission could have an important function in the prevention and termination of what is called 'systemic war criminality'."

<sup>404</sup> HYPERWAR. IMTFE, **Judgement (English Translation)**, Chapter II, The Law, (b) Responsibility for War Crimes Against Prisoners, Disponível em: < <http://ibiblio.net/hyperwar/////PTO/IMTFE/IMTFE-2.html>, Acesso em: 11 set. 2009.

The issue of negative criminality was another ground for discord. The defendants at Tokyo (not a Nuremberg) were accused of having 'deliberately and recklessly disregarded their legal duty to take adequate steps to secure the observance and prevent breaches' of the law and customs of war (Count 55 of the indictment). Justice Pal argued that this did not constitute a crime under the Charter, while Justices Bernard and Röling sought to narrow its scope.<sup>405</sup>

Com relação ao reconhecimento deste tipo de responsabilidade no julgamento de Tóquio, o Juiz Röling, na sua opinião separada, fez a observação pertinente de que esse tipo de responsabilidade ainda não estava previsto no direito internacional:

The problem which has to be faced here is the question whether there are some persons responsible for the fact that they did not prevent the commission of crimes. This responsibility for "omission" is a very restricted one, in domestic law recognized only in special cases where the legal duty was clearly indicated. This duty to act varies in different countries with the degree of liberal individualism. The modern trend in most countries is to emphasize the duty of the individual towards his fellow citizens or the community. However, there does not appear to be a similar trend in international law. The American Rules of Land Warfare until 1944 carried this provision: "The commanders ordering the commission of such acts, or under whose authority they are committed by their troops, may be punished by the belligerent into whose hands they may fall." (Art. 347, last sentence.)<sup>406</sup>

A responsabilidade por omissão, apesar das divergências entre os Juízes, foi reconhecida no julgamento majoritário consistindo em inovação da ordem jurídica internacional.

#### **4.2.4 Princípio do *Nullum Crimen Sine Lege***

O julgamento majoritário menciona uma enorme lista de tratados violados pelo Japão para fundamentar o julgamento, no entanto, em nenhum dos instrumentos há claramente a atribuição de responsabilidade penal individual.<sup>407</sup> O julgamento estabeleceu que o Tribunal julgava dentro dos limites do direito

---

<sup>405</sup> BEIGBEDER, 1999, p. 60-63.

<sup>406</sup> BOISTER, 2008, p. 704.

<sup>407</sup> HYPERWAR. IMTFE, **Judgement (English Translation)**, Annex 6 Appendix B List of Articles of Treaties violated by Japan and incorporated in Groups One and Two, Disponível em: <<http://ibiblio.net/hyperwar/PTO/IMTFE/IMTFE-A6B.html>>. Acesso em: 11 set. 2009.

internacional existente quando do estabelecimento da Carta e que o princípio da legalidade não significava limitação de soberania, mas um princípio de justiça. Como expôs Beigbeder:

On the general question of the alleged retroactive application of the Tokyo law, the majority judgment also relied on Nuremberg: the Allies had acted within the limits of existing international law in establishing the Charter: its definition of crimes was decisive and binding. Quoting again the Nuremberg judgment [...], the majority held that 'The maxim "nullum crimen sine lege" not a limitation of sovereignty but is in general a principle of justice.' The problem with this affirmation is that the maxim is more than a 'principle of justice': non-retroactivity of criminal laws is an essential legal principle that applies without exception to national criminal law and justice, as a fundamental guarantee for defendants.<sup>408</sup>

Segundo McGoldrick, o julgamento foi mais dividido do que em Nuremberg. Houve desacordo entre os Juízes sobre a base legal do Tribunal, jurisdição de guerra ou jurisdição com base no consentimento Japão. Não se cogitou se a jurisdição era exercida com base na autoridade da comunidade internacional como no julgamento de Nuremberg. Não houve a possibilidade de processar os aliados, em especial quanto aos bombardeios nucleares de Hiroshima e Nagasaki.<sup>409</sup> Três Juízes registraram votos dissidentes, nas palavras de Dear e Foot:

Significantly, although eight justices supported the final judgement, three—Pal, Henri Bernard of France, and B. V. A. Röling of the Netherlands—recorded dissenting opinions. Pal's was the most comprehensive in finding all the defendants innocent on all counts. He denied that a conspiracy had been established and that aggressive war was a crime in international law, to cite only two of his objections. In addition, the majority opinion was divided on specific points. For instance, Webb opposed the death sentence, unsuccessfully, arguing that none of the defendants should be executed since the emperor, under whose formal authority they had acted, had been exempted from trial.<sup>410</sup>

---

<sup>408</sup> BEIGBEDER, 1999, p. 60-63.

<sup>409</sup> MCGOLDRICK, 2004, p. 20 e 21: "There is evidence that MacArthur exercised substantial influence on the trials to ensure that they would not threaten the success of the occupation. The Tribunal applied rules of international law. Japanese counsel assisted by US attorneys represented the defendants. The trial lasted two and a half years. Judgment was much more divided than at Nuremberg. There were disagreements between the judges as to whether the legal basis of the trial was (i) belligerent jurisdiction or (ii) the consent of Japan. There was no argument that it was done on the authority of the international community. The Tribunal indicted 28 representative Japanese political and military leaders, and tried and convicted 25 of them. Of the 25, seven were sentenced to hang, 16 to life in prison, one to 20 years in prison and one to seven and a half years in prison. Conspiracy was charged. This was controversial but was brushed aside by the Tribunal. However, there was no provision for organisations to be charged. Allied Tribunals tried over 5,000 other Japanese for war crimes. As with Nuremberg, the Tokyo trial was selective. There was no possibility of Allied prosecutions, for example, in relation to the nuclear bombings of Hiroshima and Nagasaki."

<sup>410</sup> DEAR; FOOT, 2001.

Tal qual o Tribunal de Nuremberg concluiu, também o Tribunal de Tóquio entendeu que a máxima do princípio da legalidade não constituía uma limitação da soberania que pudesse impedir julgamentos *ex post facto*, mas um princípio de justiça. Como resumiu Boot, as objeções com base no *ex post facto law* foram rejeitadas pelo Tribunal.<sup>411</sup> O Juiz filipino considerou que o princípio da legalidade não seria aplicável ao direito internacional, nas suas palavras:

Arguments have been adduced to the effect that the Charter of this Tribunal defined war crimes and contains provisions for the trial of war criminals, which cannot be held retroactive. Citing the maxim of nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, [...] I believe that this cannot be well sustained in this case because we are not dealing with national laws of a country or a national violator of its laws, but we are concerned with international law and the violators of the same as the authors of international crimes.

Assuming the lack of domestic legislation or any other legislation on the subject, it does not follow that an international court cannot justifiably punish acts universally accepted as contrary to the law of nations. I am quite certain that this International Military Tribunal, created as an international court by the Allied Powers, may legally try and punish individuals who have violated the laws and customs of war which laws and customs of war are considered as part of the law of nations. There is no denying that this war is the most hideous, hateful and destructive wherein such untold atrocities have been perpetrated and committed. Shall we overlook and let calmly the international criminal acts go unnoticed and unpunished? The offenders of international law are citizens of the world and as such are subject to international law whether or not that law has been made part of the law of the land.<sup>412</sup> [grifo no original]

O mesmo Juiz considerou que os atos do Japão e de seus líderes foram objeto de fortes e repetidos protestos por parte das forças aliadas, nas suas palavras:

On this point, it should be pertinent to remember that long before the war the acts of Japan and her leaders had been the subject of strong repeated protests and warnings on the part of the Allied Powers. Even during the war, the Allied Powers continued to make such protests and warnings. Japan and her leaders were perfectly conscious that they were embarking on a war of conquest and of hate, in defiant violation of her commitments and of international law, [...] They knew that in case of their defeat, they would be brought to justice for their crimes. The Allied Powers had made their position clear. Japan and her leaders accepted their terms. The defense of *ex post facto law* is, in this case, unsustainable.<sup>413</sup>

---

<sup>411</sup> BOOT, 2002, p. 199.

<sup>412</sup> BOISTER, 2008, p. 651.

<sup>413</sup> BOISTER, 2008, p. 652.

Para o Juiz Presidente Webb, apresenta-se claramente que o rigor positivista não se aplica ao direito internacional:

International Law may be supplemented by rules of justice and general principles of law: rigid positivism is no longer in accordance with International Law. The natural law of nations is equal in importance to the positive or voluntary.<sup>414</sup>

Nas palavras do Juiz Pal, em sua opinião dissidente o Tribunal aplicou *ex post facto law*:

But whatever be the prosecution view, in my opinion, the criminality or otherwise of the acts alleged must be determined with reference to the rules of international law existing at the date of the commission of the alleged acts. In my opinion, the charter cannot and has not defined any such crime and has not, in any way, limited our authority and jurisdiction to apply the rules of international law as may be found by us the facts alleged in this case. [grifo nosso]

[...] As I have noticed already, prisoners can be tried and punished only for breaches of recognized rules of law. Any power of the nature contemplated in item 3 (a) above will obliterate the centuries of civilization which stretch between us and the days of summary slaying of the vanquished.

[...] If the authors of the charter had the right to legislate and give the law which the Tribunal would be bound to administer, then while administering that law, the Tribunal would have no business to raise such questions. If such authors are ever called upon to justify their action, then only such considerations would be relevant. The question now before us is whether the author or authors of the charter had right to legislate and give the law defining war crimes for the trial of the prisoners of war in their custody.

I do not see what is there in these provisions which authorizes such a revolutionary creation of ex post facto international law. Of course, law can also be created illegally otherwise than by the recognized procedures – ex injuria ius oritur: Any law. NOW created in this manner and applied WILL perhaps be the law henceforth.<sup>415</sup> [grifo no original]

Consoante a exposição de Cassese, o Juiz Röling respondeu ao argumento *ex post facto*, dizendo que o princípio da legalidade constituía não um princípio de justiça, mas uma regra política, válida somente se adotada expressamente para proteger os cidadãos contra a arbitrariedade dos tribunais, ou contra a arbitrariedade dos legisladores.<sup>416</sup> O Juiz Röling, na sua opinião separada, assim, se manifestou:

[...] If the principle of “*nullum crimen sine praevia lege*” were a principle of justice, the Tribunal would be bound to exclude for that very reason every crime created into the Charter *ex post facto*, it being the first duty of the

<sup>414</sup> BOISTER, 2008, p. 635.

<sup>415</sup> BOISTER, 2008, p. 822, 833-834 e 840.

<sup>416</sup> CASSESE, 2003a, p. 143 e 144.

Tribunal to mete out justice. However, this maxim is not a principle of justice but a rule of policy, valid only if expressly adopted, [...]  
Nor does this rule consider the question whether a certain act was criminally wrong at the moment it was committed, but only the question as to whether that act was or was not forbidden under penalty. As such, the prohibition of ex post facto law is an expression of political wisdom, not necessarily applicable in present international relations. [...]<sup>417</sup> [grifo nosso]

Para Boot, no julgamento de Tóquio, a proibição do *ex post facto law* é uma expressão do desejo político, não necessariamente aplicável às relações internacionais. Não é tarefa e nem está dentro do poder do Tribunal julgar o desejo de certa política. O Juiz Rölling observou que crimes no direito internacional podem ser comparáveis aos crimes políticos nas legislações nacionais, onde o elemento decisivo é muito mais o perigo do que a culpa. O criminoso é considerado muito mais um inimigo, do que um vilão que a punição enfatiza como uma medida política, muito mais do que uma retribuição judicial. Os crimes contra a paz devem ser entendidos dessa maneira. O mesmo Juiz entendeu que a pena capital não deveria ser dada para ninguém que fosse culpado apenas do crime contra a paz, mas o princípio dominante neste crime é o caráter perigoso do indivíduo que o cometeu, então a punição deveria ser determinada por considerações de segurança.<sup>418</sup>

Discute-se que os crimes contra a paz, em especial o *conspiracy* e o *crime de agressão* não existiam no direito internacional costumeiro e que não havia base igualmente para responsabilizar criminalmente indivíduos que teriam praticado atos de Estado.<sup>419</sup> Segundo Beigbeder, houve dissidência entre os Juízes: de acordo com o Juiz francês, o *Kellog-Briand Pact* era irrelevante na determinação da criminalidade da guerra de agressão. A guerra de agressão já era crime em virtude do direito natural, segundo a razão e a consciência universal, de maneira que a defesa com base no *ex post facto* não subsistiu. O Juiz Pal manteve opinião dissidente de que a distinção entre guerra justa e injusta pertence à teoria dos filósofos do direito e que a regra referente ao crime contra a paz constituía legislação *ex post facto*.<sup>420</sup> Ilustrativamente, o Juiz Bernard aduziu, em sua opinião dissidente:

---

<sup>417</sup> BOISTER, 2008, p. 700.

<sup>418</sup> BOOT, 2002, p. 200 e 201.

<sup>419</sup> GONÇALVES, 2001, p. 189: "M. Rölling, Juiz holandês em Tóquio ainda acrescentou que "a preparação militar para uma guerra não significa necessariamente que se esteja planejando uma agressão" [...] Já o Juiz Pal, da Índia, concordando com Bernard e Rölling, expressou em seu voto que "posto que não podemos definir em que consiste uma guerra de agressão, todos os juízos que sobre este ponto emita o Tribunal militar para o Extremo Oriente não constituem outra coisa que a *opinião do vencedor sobre o vencido*" [...]"

<sup>420</sup> BEIGBEDER, 999, p. 60-63.

There is no doubt in my mind that such a war is and always has been a crime in the eyes of reason and universal conscience, - expressions of natural law upon which an international Tribunal can and must base itself to judge the conduct of the accused tendered to it.<sup>421</sup>

Na visão do Juiz Pal, nenhum tipo de guerra transformou-se em crime antes da IIª Guerra:

In my judgment no category of war became a crime in international life up to the date of commencement of the world war under our consideration. Any distinction between just and unjust war remained only in the theory of the international legal philosophers. The Pact of Paris did not affect the character of war and failed to introduce any criminal responsibility in respect of any category of war in international life. No war became an illegal thing in the eye of international law as a result of this Pact. War itself, as before remained outside to province of law, its conduct only having been brought under legal regulations. No customary law developed so as to make any war a crime. The international community itself was not based on a footing which would justify the introduction of the conception of criminality in international life.<sup>422</sup>

Beigbeder ainda assinala que as Convenções de Genebra e Haia eram voltadas para que os Estados sancionassem as violações ao direito humanitário em nível nacional, não em nível de justiça internacional. Com relação ao conceito do crime de *conspiracy* contido em ambas as Cartas, de Tóquio e Nuremberg, constituiu-se em conceito peculiar do direito anglo-saxão, tendo sido resistido em Nuremberg pelos representantes da URSS e da França na Conferência de Londres. No Tribunal de Tóquio, tanto o Presidente do Tribunal quanto o Juiz Pal estabeleceram que o conceito de *conspiracy* não pertenceria ao direito internacional, embora o Promotor chefe e o julgamento por maioria tenham acolhido a versão oposta. Definitivamente não houve acordo, entre os Juízes, de que o crime de *conspiracy* teria ficado provado razoavelmente e que se tratava de um crime de direito internacional.<sup>423</sup>

---

<sup>421</sup> BOISTER, 2008, p. 670.

<sup>422</sup> BOISTER, 2008, p. 873.

<sup>423</sup> BEIGBEDER, 999, p. 60-63: "The Geneva and Hague Conventions relied on states to sanction individual perpetrators of violations of humanitarian law, i.e. on national, not international, justice. As noted in the previous chapter, the legal concept of 'conspiracy', contained in both Tribunals' Charters is peculiar to Anglo-Saxon legal systems, and was resisted in Nuremberg by the French and Soviet representatives at the London Conference. In Tokyo, both President Webb and Judge Pal rightly asserted that conspiracy had never been a part of international law, although the Chief prosecutor and the majority judgment held the opposite view. There was no agreement among all the judges that conspiracy had been proved beyond doubt, and that conspiracy was a crime under international law. The majority judgment held that aggressive war was an international crime, basing itself on part of the Nuremberg judgment, with the latter's interpretation of the legal effect of the Pact of Paris of 1928: its text has been quoted in Chapter 2. War crimes came under the jurisdiction of the Geneva and Hague

Boot observa que ambos os Tribunais Internacionais Militares de Nuremberg e de Tóquio consideraram que o princípio da legalidade não tinha sido violado porque a conduta imputada aos acusados já era considerada como constitutiva de crime sob o direito internacional. No geral, esta também era a visão dos tribunais nacionais e dos tribunais militares que processaram indivíduos por terem cometido crimes de guerra e crimes contra a humanidade durante a IIª Guerra Mundial. De acordo com estes julgamentos, o direito internacional costumeiro, mesmo os princípios gerais do direito, ou direito humanitário (*laws of humanity*), poderiam servir como base legal para atribuir responsabilidade criminal aos indivíduos. Na sua opinião, esta visão do princípio da legalidade parece ter sido parcialmente aceita na literatura porque o sistema de direito internacional, em sendo diferente dos sistemas legais nacionais, fez com que o princípio fosse aplicado de forma peculiar.<sup>424</sup>

O Tribunal de Tóquio apresentou indubitavelmente caráter político e um clássico exercício da justiça dos vencedores como um arremate do conflito armado, um instrumento de poder nas mãos do comando militar e não como aplicação de direito penal como instrumento de justiça, como corajosamente foi colocado pelo Juiz Pal.<sup>425</sup>

#### **4.2.5 Princípio da *Nulla Poena Sine Lege***

O Tribunal tinha o poder de impor ao acusado a pena de morte ou semelhante punição que fosse determinada como justa (artigo 16, Carta). O princípio

---

laws, with the reservations expressed above. The legal notion of crimes against humanity was another innovation created by the Nuremberg Charter and reproduced in the Tokyo Charter.”

<sup>424</sup> BOOT, 2002, p. 220 e 221.

<sup>425</sup> KÖCHLER, 2003, p.157-161: “Judge Pal was courageous enough to denounce the Tribunal [...] ‘as a purely political affair and a classical exercise of victors’ justice. [...] he not only raised the problematic issue of how to define “aggressive war” [...] the legitimacy of legal proceedings whenever a trial is created as an instrument of politics or as a continuation of armed conflict: [...] Rejecting the judgment of the Tokyo Tribunal in toto, he warned his colleagues: “The name of justice should not be allowed to be invoked only for the prolongation of the pursuit of vindictive retaliation. Judge Pal also raised the issue of the detonation of nuclear bombs over Hiroshima and Nagasaki. He was the only judge of the Tribunal who did so and who indicated that, in his evaluation, the entire trial was farcical. [...] This was documented in General MacArthur’s attitude of considering the basic requirements of fairness and due process a hindrance to the expedient conduct of the trials. The arrogance of power of a supreme military commander, accompanied by an almost total lack of knowledge about criminal law as an instrument of justice, has gone down in history as a corollary of the Tokyo proceedings.”

da *nulla poena sine lege* praticamente inexistente porque o citado artigo deixa aos Juizes uma ampla discricionariedade para fixar as penalidades impostas, não há critérios, limites máximos ou mínimos, enfim há total liberalidade. As Cartas de Nuremberg e Tóquio previam a possibilidade de pena de morte, prisão perpétua ou outras penalidades determinadas pelos tribunais como justas, com a possibilidade adicional de decretar o perdimento de propriedades furtadas.

Conforme já se enfatizou ao Comandante Supremo, cabia a faculdade, a qualquer tempo, de reduzir ou, de outra maneira, alterar a sentença, exceto para aumentá-la. (artigo, 17, Carta). Segundo Dear e Foot, os condenados foram executados após a revisão e aprovação pelo Supremo Comandante, sem que a apelação dirigida à Suprema Corte Americana tivesse sido apreciada:

[...] Their executions were carried out on 23 December 1948 after MacArthur had reviewed and approved the verdict and after the United States Supreme Court had ruled, in considering a defence appeal, that it had no jurisdiction to review the IMTFE judgement. In the case of Hirota Kōki, a career diplomat and former prime minister who was the only civilian executed (primarily for having allegedly failed to prevent Japanese atrocities during the China incident), he was sentenced to death on the basis of a narrow six to five majority vote. The other six went to the gallows after a seven to four majority vote in each instance. Of the remaining defendants, sixteen were sentenced to life imprisonment; Tōgō Shigenori, to twenty years' imprisonment; and Shigemitsu Mamoru, a former foreign minister, to seven years' imprisonment, although he would be released by MacArthur in 1950. <sup>426</sup>

No período pós-guerra, o direito aplicado por Nuremberg e Tóquio foi confirmado e desenvolvido de maneira mais precisa em numerosos julgamentos perante tribunais nacionais e tribunais militares. A *Control Council Law nº 10* constituiu uma base legal comum para a punição de pessoas culpadas de crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade, nos julgamentos subsequentes nas quatro zonas ocupadas. <sup>427</sup> No Japão, a situação teria sido um pouco diferente no pós-guerra, segundo Dear e Foot:

---

<sup>426</sup> DEAR; FOOT, 2001.

<sup>427</sup> WERLE, 2005, p. 12 e 13: “[...] Some of these trials are documented in an extensive collection published by the United Nations War Crimes Commission. As a common legal basis for the trials in the occupied zones, Law No. 10 on the Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity (CCL No. 10), issued by the Allied Control Council on 20 December 1945, was of outstanding importance. With this law, the Allied Control Council accepted and improved upon the model of the Nuremberg war crimes trial. The law was intended to ensure that the subsequent trials in the four occupied zones would rest on a uniform legal basis. Following the model of the Nuremberg Charter, Article 2 of CCL No. 10 included crimes against peace, war crimes and crimes against humanity. For crimes against humanity, it should be emphasized, CCL No. 10 included

Soon after the trial, all those who had been arraigned but not indicted were released. Six of the convicted defendants subsequently died in prison. On 7 April 1958, the others were set free by the Japanese government after its appeals for clemency to the signatories of the 1951 San Francisco peace treaty had been approved, as Article 11 of the treaty had stipulated. Because Article 11 also stated Japan's acceptance of the IMTFE judgement, and the results of other Allied war crimes trials in the Far East, the Japanese government subsequently felt under no obligation to pursue the matter of Japanese war crimes. As a consequence, in post-independence Japan, in contrast to Germany, there have been no further prosecutions relating to the Second World War.<sup>428</sup>

Köchler assinalou que ambos os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio julgaram crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. A lista de crimes estabelecida em ambas Cartas serviu como base para esforços de codificação e projetos de justiça penal internacional até os dias de hoje. No entanto, estes tribunais também (a) exerceram jurisdição sobre estes crimes em base seletiva, tanto quanto aos fatos, como às pessoas levadas a julgamento; e (b) operaram através de procedimentos de emergência que não alcançaram os mínimos requisitos de qualquer sistema legal nacional no tempo de sua constituição. Foram tribunais políticos para pacificar a situação nos países derrotados, para a restauração do direito internacional, jamais instrumentos de justiça universal. Por causa de sua origem e finalidades políticas, teriam fracassado em fazer justiça à comunidade internacional. Os tribunais não foram genuinamente internacionais, mas regionais em sua estrutura. Foram instaurados pelos aliados, havendo comprometimento da imparcialidade e da neutralidade dos tribunais na sua constituição e na escolha dos Juízes. Embora os tribunais, de acordo com as respectivas Cartas aplicassem *standards* unificados, estes padrões foram formulados de maneira vaga, e os procedimentos foram caracterizados por um grau extremo de arbitrariedade. A vantagem das regras unificadas foi suprimida pela vaga definição das regras de processo e prova. Os tribunais responderam a um certo desejo de vingança. Por causa destas características, os tribunais não cumpriram os requisitos de razoabilidade (*fairness*) e o devido processo legal (*due process*). Esses tribunais não foram capazes de fixar padrões gerais para a prática da justiça penal internacional porque não mantiveram a distância necessária da paixão dos acontecimentos, autenticando a propaganda de guerra dos vitoriosos. O legado

---

an improvement that still has an effect today: the nexus to war crimes or crimes against peace required by the Nuremberg Charter was eliminated. [...]"

<sup>428</sup> DEAR; FOOT, 2001.

histórico destes julgamentos foi que a lista dos crimes estabelecida nas Cartas dos dois tribunais militares *ad hoc* transformou-se como uma base padrão para esforços de codificação e projetos de justiça penal internacional até o presente. Não que os tribunais gozassem de autoridade para estabelecer este legado, mas como os primeiros precedentes históricos levados a cabo, servindo como pano de fundo para posteriores desenvolvimentos. , na verdade, estes tribunais exerceram sua jurisdição sem reconhecer os direitos de defesa em sua plenitude e foram mais instrumentos políticos que instrumentos de realização de justiça. <sup>429</sup>

Interessante notar que o Tribunal de Tóquio não tem um caráter efetivamente internacional, exceto pelo fato de que lhe foi atribuído este caráter no seu estabelecimento, o que demandou, em consequência, a aplicação do direito internacional e pelo fato de os Juízes pertencerem a diversas nacionalidades. Embora sob a roupagem de Tribunal internacional, foi de certa forma imposto pelo Estado vencedor, EUA, ao Estado vencido, o Império Japonês. Sua classificação se enquadraria com razoabilidade como um Tribunal militar de ocupação pós-guerra, cujo direito aplicável estaria previsto nas convenções internacionais, em especial, na Convenção de Genebra (1929), assinada e ratificada pelos EUA, Reino Unido, Alemanha e França; assinada, porém, não ratificada pelo Japão <sup>430</sup> (artigos 60 a 66) e a IVª Convenção de Haia (1907), assinada e ratificada pelos mesmos Estados, EUA, França, Alemanha, Federação Russa, Reino Unido e Japão <sup>431</sup> (artigos 2, 8 e 43). O direito de guerra teria alguma chance, dependendo da interpretação que lhe fosse dada, de ser considerado direito mais favorável aos acusados, em muitos pontos mais *específico e determinado* do que a própria Carta do Tribunal. Com especial destaque para o artigo 64, da Convenção de Genebra, *in verbis*: “Every prisoner of war shall have the right of appeal against any sentence against him in the same manner as persons belonging to the armed forces of the detaining Power.”. Consoante a corajosa exposição do Juiz Pal, na sua opinião dissidente:

---

<sup>429</sup> KÖCHLER, 2003, p. 149-151.

<sup>430</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Convention relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 27 July 1929.** Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/305?OpenDocument>>. Acesso em: 25 set. 2009.

<sup>431</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907.** Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/195?OpenDocument>>. Acesso em: 25 set. 2009.

But to say that the victor can define a crime at his will and then punish for that crime would be to revert back to those days when he was allowed to devastate the occupied country with fire and sword, appropriate all public and private property therein, and kill the inhabitants or take them away into captivity. [...].

Prisoners of war, so long as they remain so, are under the protection of international law. No national state, neither the victor nor the vanquished, can make any ex post facto law affecting their liability for past acts, particularly when they are placed on trial before an international Tribunal. Their own state might try and punish them in its own national court, either already existing or created specially for the purpose; and, even if we assume that for this purpose, it might create some ex post facto law binding on such national Tribunal, it does not follow that it could have been competent to create law for the application by an international Tribunal. So long as the prisoners are placed on trial before an international Tribunal, it does not matter whether as prisoners of war, by the victor state, or, as its citizens, by the vanquished state, neither state can legislative so as to give any ex post facto law to be applied by that international Tribunal in order to determine their crime. Such states might have an option in the matter of setting up the Tribunal: they might create a national Tribunal for the trial. We are not concerned with what they set up an international Tribunal, they cannot create any law defining the crime for such a Tribunal. <sup>432</sup> [grifos no original]

Consoante as sábias palavras do Juiz Pal:

[...] it is high time that international law should recognize the individual as its ultimate subject and maintenance of his right as its ultimate end. [...] This certainly is to be done by a method very different from that of trial of war criminals from amongst the vanquished nations. [...] <sup>433</sup> [grifos no original]

O legado do Tribunal de Tóquio pode ser expresso nas acirradas discussões jurídicas e pela luta travada entre direito e política, bem como na coragem de alguns Juízes em denunciar as ilegalidades e arbitrariedades cometidas no julgamento.

---

<sup>432</sup> BOISTER, 2008, p. 829-837.

<sup>433</sup> BOISTER, 2008, p. 870 e 871.

## 5 MANIFESTAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL. TRIBUNAIS *AD HOC*

Apesar das várias tentativas históricas de julgamento de criminosos de guerra, todas infrutíferas, a verdadeira história do direito penal internacional tem início após a IIª Guerra Mundial, traduzindo-se através da história e desenvolvimento das instituições, com a instalação dos primeiros precedentes que se tornaram realidades, os tribunais militares internacionais de Nuremberg e Tóquio.<sup>434</sup> Posteriormente, as Nações Unidas se ocuparam, em quatro oportunidades, com a criação de um Tribunal penal internacional.<sup>435</sup>

Boot resume o panorama após a IIª Guerra Mundial. A tese de que o princípio da legalidade não se aplicava ao direito internacional da mesma forma que no direito nacional derivou do Julgamento do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Nos primeiros anos após a guerra, a aplicação retroativa de legislação concernente à punição de crimes de guerra e crimes contra a humanidade não era rejeitada. Esses atos eram, de modo geral, considerados criminosos não apenas no direito internacional, como também na maioria dos sistemas nacionais. A literatura, antes do estabelecimento dos tribunais *ad hoc*, reiterava o argumento anterior no que se refere ao princípio de justiça e fazia referência ao artigo 7 (2), Convenção Européia sobre Direitos Humanos e ao artigo 15 (2), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Após o estabelecimento dos tribunais *ad hoc*, referências às condutas criminalizadas de acordo com os princípios gerais do direito ficaram menos proeminentes. Isto pode ser explicado pelo fato de que aos tribunais internacionais *ad hoc* é permitido aplicar normas concernentes à sua jurisdição material, desde que

---

<sup>434</sup> MCGOLDRICK, 2004, p. 13 e 14: "In substance, therefore, 'The real history of international criminal law begins after WW II, and is often a history of institutions'. Until the 1990s, the only successful historical precedents at the international level were the International Military Tribunals (IMTS) at Nuremberg and Tokyo. Both were major political events and were affected by political pressures."

<sup>435</sup> RAMA-MONTALDO, 1994, p. 879: "Luego de la IIª Guerra mundial, y con anterioridad al renacimiento de la Idea de estos últimos años, las Naciones Unidas se ocuparon en cuatro oportunidades del asunto: (1) en los artículos I y VI de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio adoptada y abierta a la firma y ratificación o adhesión por la Asamblea General en su resolución 260 A(III) de 9 de diciembre de 1948; (2) en el mandato otorgado a la Comisión de Derecho Internacional (1948-1950); (3) mediante la creación de la "Comisión de Jurisdicción Penal Internacional (1951-1953) y (4) en los artículos I y V de la Convención Internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid adopte abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 3068 (XXVIII) de 30 de noviembre de 1973."

as normas se tenham tornado, acima de qualquer dúvida, parte do direito internacional costumeiro.<sup>436</sup>

## 5.1 TRIBUNAL PARA EX-IUGOSLÁVIA

Os tribunais penais internacionais têm contribuído para a construção e sistematização da justiça penal internacional, com especial destaque para o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, ICTY<sup>437</sup> que teve sua constituição motivada para responsabilizar os crimes cometidos durante a guerra civil e que terminou por desintegrar a Iugoslávia.<sup>438</sup>

Antes da opção do estabelecimento do Tribunal por resolução do Conselho de Segurança, foram consideradas outras possibilidades. O Secretário-Geral opinou, dizendo que o Tribunal internacional poderia ser estabelecido através de tratados entre os Estados. Também houve sugestão de que a Assembleia Geral pudesse, como órgão mais representativo da comunidade internacional, participar do estabelecimento do Tribunal, através do projeto ou revisão do Estatuto, já que não teria poderes para criar obrigações vinculantes para os Estados (artigos 10, 11, 17 e 101, Carta das Nações Unidas).<sup>439</sup>

De acordo com o Relatório do Secretário-Geral:

22. In the light of the disadvantages of the treaty approach in this particular case and of the need indicated in resolution 808 (1993) for an effective and expeditious implementation of the decision to establish an international Tribunal, the Secretary-General believes that the International Tribunal should be established by a decision of the Security Council on the basis of Chapter VII of the Charter of the United Nations. Such a decision would constitute a measure to maintain or restore international peace and security, following the requisite determination of the existence of a threat to the peace, breach of the peace or act of aggression.

23. This approach would have the advantage of being expeditious and of being immediately effective as all States would be under a binding obligation

---

<sup>436</sup> BOOT, 2002, p. 216-218.

<sup>437</sup> Foi escolhido o termo ICTY, em inglês, como abreviatura para se referir ao Tribunal, em virtude de seu largo uso, ao invés do termo correspondente em português, TPIY, que soa menos familiar.

<sup>438</sup> Um resumo sobre os conflitos que causaram a desintegração da Iugoslávia pode ser encontrado em SCHILLING, Voltaire. **Iugoslávia: a destruição de uma Nação**. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/atualidade/iugoslavia.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

<sup>439</sup> MORRIS, 1998, v. 1, p. 80-83.

to take whatever action is required to carry out a decision taken as an enforcement measure under Chapter VII.

24. In the particular case of the former Yugoslavia, the Secretary-General believes that the establishment of the International Tribunal by means of a Chapter VII decision would be legally justified, both in terms of the object and purpose of the decision, as indicated in the preceding paragraphs, and of past Security Council practice.<sup>440</sup>

O Relatório do Secretário-Geral concluiu que a decisão do Conselho de Segurança sob o Capítulo VII para o estabelecimento do Tribunal seria a mais consistente com a necessidade de efetiva e rápida implantação do Tribunal, em consonância com a prática anterior do Conselho de Segurança em medidas sob o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas.

### 5.1.1 Constituição

Em 22 de fevereiro de 1993, o Conselho de Segurança decidiu que um Tribunal penal internacional seria estabelecido para processar os responsáveis por violações do direito do internacional humanitário, cometidas no território da antiga Iugoslávia desde 1991, através da resolução 808. As circunstâncias fáticas foram determinantes para deflagrar a constituição do Tribunal, as notificações contínuas de amplas violações ao direito internacional humanitário, como mortes em massa e limpeza étnica e o reconhecimento de que essa situação representava ameaça à paz e segurança internacionais.<sup>441</sup>

Em 25 de maio de 1993, o Conselho de Segurança, por unanimidade, aprovou a resolução 827, estabelecendo um Tribunal internacional para o único propósito de processar os responsáveis por violações sérias ao direito internacional humanitário, no território da antiga Iugoslávia, entre 01 de janeiro de 1991 e a data a

---

<sup>440</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808.** Disponível em: <site [http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_re808\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2009.

<sup>441</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Security Council resolution 808 (1993).** Disponível em: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_808\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_808_1993_en.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2009.

ser determinada pelo Conselho de Segurança como de restauração da paz (ICTY).<sup>442</sup> As circunstâncias fáticas que motivaram a criação do Tribunal são reiteradas e caracterizadas como flagrantes violações do direito humanitário internacional, tais como mortes em massa, detenção e estupro de mulheres e a continuidade da prática de purificação étnica. Objetivava-se dar um fim aos crimes que estavam sendo cometidos, trazer à justiça os responsáveis e contribuir para a restauração e manutenção da paz. O Estatuto do Tribunal, juntamente com o Relatório do Secretário-Geral, foram anexados à resolução. Trata-se de um Tribunal *ad hoc*, constituído posteriormente aos fatos que julga e não permanente, tendo um termo final de jurisdição a ser estabelecido pelo Conselho de Segurança.<sup>443</sup>

Mesmo diante da resistência da ex-Iugoslávia, o Tribunal penal internacional foi estabelecido pela ONU. Os documentos constitucionais do ICTY foram duas resoluções do Conselho de Segurança e o relatório do Secretário-Geral (SG), este último aprovado pelo Conselho de Segurança (CS). O relatório, que foi preparado a pedido do próprio conselho e adotado por unanimidade, assegurava que o Conselho de Segurança não estaria legislando, pois o ICTY apenas aplicaria direito preexistente. As resoluções com base legal no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas são legalmente vinculantes aos membros da ONU.<sup>444</sup>

O Estatuto, na versão que atualmente apresenta, já sofreu inúmeras emendas através de sucessivas resoluções do Conselho de Segurança. Ilustrativamente, a resolução 1329 de 30 de novembro de 2000 alterou concomitantemente os Estatutos dos dois tribunais internacionais quanto à composição das Câmaras de Apelação: a partir de então, o artigo 14, Estatuto ICTY, possibilitou que dois Juízes (permanentes, eleitos ou indicados de acordo com o artigo 12 *bis*, Estatuto ICTR) passassem a ser membros das Câmaras de Apelação que servem a ambos os tribunais internacionais e o artigo 13, Estatuto ICTR, sobre a composição dos membros das Câmaras de Apelação.<sup>445</sup> A resolução 1503 de 28 de agosto de 2003

---

<sup>442</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Security Council resolution 827 (1993)**. Disponível em: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_827\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf)> Acesso em: 29 ago. 2009.

<sup>443</sup> BOOT, 2002, p. 224-225; McGOLDRICK, 2004, p. 22-24; BEIGBEDER, 1999, p.150.

<sup>444</sup> McGOLDRICK, 2004, p. 22-24.

<sup>445</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Security Council resolution 1329 (2000)**. Disponível em: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_1329\\_2000\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_1329_2000_en.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2009.

alterou o artigo 15, Estatuto ICTR e requereu ao Secretário-Geral que indicasse uma pessoa para ser o Promotor do ICTR, cujo encargo até então era acumulado pelo Promotor do ICTY.<sup>446</sup> A resolução 1534, de 26 de março de 2004, é interessante, no sentido de que requer que os processos dos tribunais internacionais sejam revistos, particularmente com a intenção de determinar quais processos deveriam ser remetidos para as jurisdições nacionais competentes.<sup>447</sup> As resoluções não influem na jurisdição *ratione materiae*, porém interferem diretamente sobre o funcionamento e estrutura do Tribunal enquanto órgão subsidiário das Nações Unidas, submetendo-o ao poder regulamentar do Conselho de Segurança.

Para Boot, o propósito do Conselho de Segurança não seria de legislar normas internacionais. Assim, com relação à extensão da jurisdição, o conselho apenas incluiu o direito internacional em vigência ao tempo do estabelecimento do Tribunal. Os membros do conselho concordaram que *os instrumentos incluídos na jurisdição do Tribunal constituíam, além de qualquer dúvida, parte do direito internacional costumeiro*, resultando ao mesmo tempo num acordo de que a jurisdição não violaria o princípio do *nullum crimen sine lege*. Qualquer outra discussão como a possível violação da proibição da legislação *ex post facto* tornou-se desnecessária: o direito era preexistente aos fatos. Outros aspectos do princípio foram deixados para as Câmaras do Tribunal decidir futuramente.<sup>448</sup>

Percebe-se uma evolução institucional, cujas características principais são resumidas por Beigbeder. O ICTY diferiu, quanto à sua origem, dos tribunais militares que o precederam, Nuremberg e Tóquio: não é um Tribunal estabelecido pelos Estados vitoriosos, mas órgão subsidiário das Nações Unidas e, como tal, vinculando todos os membros da ONU com maior representatividade da comunidade internacional e legitimidade que os anteriores. Quanto à constituição, o novo Tribunal tem uma composição internacional, em significativo progresso em relação a Nuremberg, onde os Juízes e Promotores pertenciam apenas aos países vitoriosos.

---

<sup>446</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Security Council resolution 1503 (2003)**. Disponível em: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_1503\\_2003\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_1503_2003_en.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2009.

<sup>447</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Security Council resolution 1534 (2004)**. Disponível em: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_1534\\_2004\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_1534_2004_en.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2009.

<sup>448</sup> BOOT, 2002, p. 248.

Os Juízes são eleitos pela Assembléia Geral através de uma lista oferecida pelo Conselho de Segurança. O Presidente é eleito pelos Juízes. O Promotor age independentemente como um órgão separado do Tribunal, não recebendo instruções de qualquer governo ou outras fontes. O Promotor é indicado pelo Conselho de Segurança e nomeado pela Assembléia Geral. Ao contrário de Nuremberg, uma pessoa não poderá ser processada *in absentia*. O Tribunal tem Câmaras de Julgamento e apelação.<sup>449</sup>

Discute-se a legalidade da constituição do ICTY por resolução do Conselho de Segurança como órgão subsidiário da ONU, com base no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Arangio-Ruiz procura justificar o fundamento legal da criação do Tribunal internacional. Crítica a combinação das previsões do Capítulo VII com o artigo 29, porque o CS teria poderes para recomendar que as partes em disputa levassem a controvérsia perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ), não havendo previsão da possibilidade de estabelecimento de tribunais internacionais, salvo através de uma interpretação amplíssima. As medidas do Capítulo VII não incluem o exercício de qualquer forma de legislação ou jurisdição direta ou indireta. Igualmente, acha difícil a justificativa da base legal nos artigos 41 ou 42, Carta. Justifica-se que, se o CS pode tomar medidas com o uso de forças armadas contra um Estado, teria implicitamente poderes para tomar medidas não militares diretamente e não só através dos Estados envolvidos. Também crítica o porquê de o Tribunal ter sido considerado como necessário à manutenção e restauração da paz e segurança internacionais. Situação diversa haveria com a aplicação real e literal do artigo 42, Carta, caso tivesse ocorrido uma operação militar armada no Estado e assim, o Conselho de Segurança poderia estabelecer tribunais, analogicamente, como de costume no direito internacional fazem os Estados beligerantes.<sup>450</sup>

Morris observou que Conselho de Segurança tem tomado uma variedade de medidas pelo Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, as quais não estão especificamente enumeradas na lista exemplificativa do artigo 41, algumas anteriores ao estabelecimento do Tribunal internacional. Os poderes do Conselho de

---

<sup>449</sup> BEIGBEDER, 1999, p. 152 e 153.

<sup>450</sup> ARANGIO-RUIZ, Gaetano. The establishment of the International Criminal Tribunal for the former territory of Yugoslavia and the doctrine of implied powers of the United Nations. In: **Dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc a una Corte Permanente**: atti del Convegno, Roma 15-16 dicembre 1995 / 1996. A cura di Flavia LATTANZI ed Elena SCISO. Napoli: Editoriale Scientifica, 1996, p. 40-44.

Segurança não são ilimitados e estão sujeitos aos propósitos e princípios das Nações Unidas (artigo 24, Carta). O artigo 29 possibilita ao Conselho de Segurança a criação de órgãos subsidiários para a realização de suas funções. Anteriormente ao estabelecimento do ICTY, o Conselho de Segurança já havia estabelecido outros órgãos subsidiários com funções *regulamentares*, como por exemplo, comissões investigativas, comitês encarregados de interpretar e administrar regimes sancionatórios, comissões para delimitar questões de disputas sobre fronteiras, entre outras.<sup>451</sup> A justificação da base legal para o estabelecimento do Tribunal pode ser razoavelmente embasada em vários artigos da Carta das Nações Unidas, através de uma interpretação teleológica dos seus dispositivos, ademais autorizada pelo artigo 31, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, no entanto, considera-se normalmente insuficiente este embasamento.

As circunstâncias fáticas que motivaram a criação do Tribunal são legítimas, constituindo graves violações ao direito internacional humanitário, que justificam adequada e suficientemente medidas para evitar uma internacionalização do conflito, bem como a necessidade do Tribunal para promover a pacificação interna, o restabelecimento da supremacia do direito, ao possibilitar a responsabilização penal.

Na ausência de normas expressas ou explícitas e considerando a prática anterior do Conselho de Segurança, a legalidade da constituição do Tribunal pode ser embasada no artigo 24, Carta, ou nos poderes residuais do próprio Conselho, ou ainda nos poderes implícitos da Organização das Nações Unidas. A teoria dos poderes implícitos está bem estabelecida no direito internacional. Decorre da necessidade de as organizações internacionais atingirem efetivamente seus objetivos e finalidades diante da impossibilidade de previsão de todas as hipóteses de exercício de poderes em seus instrumentos constitutivos e da imprevisibilidade imanente à riqueza da realidade fática.

Os poderes implícitos, para Skubiskewski, são por definição suplementares àqueles definidos no instrumento constitutivo, porém isto não implica que a única base para dedução sejam os poderes expressos. Os propósitos e funções da organização também constituem base para a dedução desses poderes. Trata-se de um exercício de interpretação. A essencialidade e a necessidade são fatores que, embora de caráter subjetivo, definem e limitam o escopo dos poderes implícitos.

---

<sup>451</sup> Exemplos de outras medidas em: MORRIS, 1998, v. 1, p. 83 e 84.

Estes poderes adicionais são necessários ou essenciais para o cumprimento das tarefas ou propósitos da organização, para o desenvolvimento de suas funções, ou para a existência dos poderes explícitos garantidos. Ambos os poderes expressos e os poderes implícitos estão relacionados ao instrumento constitutivo como fonte e estrutura para as implicações decorrentes.<sup>452</sup> Poderes implícitos decorrem do conjunto dos poderes expressos e são limitados àqueles que são necessários ao exercício dos poderes expressamente conferidos. Rama-Montaldo explica que os poderes expressos podem ser inferidos poderes implícitos, ao passo que os *inherent powers* não decorrem da personalidade de direito internacional, mas das funções e finalidades expressas ou implicitamente reconhecidas no instrumento constitutivo.<sup>453</sup> Pastor Ridruejo expõe que o ato constitutivo pode conceder competências a um órgão internacional de modo expresso ou implícito. Há não apenas competências que expressamente foram atribuídas pelos respectivos atos constitutivos, como também aquelas que resultem necessárias para o exercício das funções previstas nos instrumentos fundacionais, interpretando-se as regras convencionais com base nos princípios da razoabilidade e do efeito útil.<sup>454</sup> A prática internacional mostra que, ao implementar seus objetivos, os órgãos internacionais realizam várias atividades e exercitam direitos para os quais não há previsão expressa nos seus documentos constitutivos, conforme Rama-Montaldo.<sup>455</sup> É possível a aplicação desta teoria ao Conselho de Segurança e à ONU, nas palavras de Arangio-Ruiz:

7. As you all know, however, the scholars who are satisfied with the establishment procedure chosen by the United Nations do not confine themselves to relying on Chapter VII. Failing legitimation of the process under the provisions considered so far, they resort to what they consider to be the broader provisions contained in Article 24 of the Charter. This is the Article upon which the ICJ would have formulated or applied the theory of the <<residual>> powers of the Security Council. [...]

20. I should now turn briefly to a second, even more problematic, source of alleged legitimation [...] distinct from and broader than the <<residual powers>> provision allegedly contained in Article 24, is the doctrine of the implied powers of the United Nations and particularly of the Security Council. According to that doctrine, the constitutive instruments of international organizations are, more than just treaties, constitutions, and their interpretation should be made accordingly. The United Nations Charter, in

---

<sup>452</sup> SKUBISZEWSKI, Krzysztof. Implied powers of international organizations. In: **International Law at a Time of Perplexity**: essays in honour of Shabtai Rosenne. Y. Dinstein editor. Brill Academic Publishers, 1989, p. 856-861.

<sup>453</sup> RAMA-MONTALDO, Manuel. International legal personality and implied powers of international organizations. **British Year book of International Law**, 1970, p. 112-155.

<sup>454</sup> PASTOR RIDRUEJO, José A. **Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales**. Novena edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 658-659.

<sup>455</sup> RAMA-MONTALDO, 1970, p. 122.

particular, as the constituent instrument of an international organization of general competence, would present sufficient similarities to the constitution of a State to warrant the analogical extension to the Charter's interpretation doctrine of the <<implied powers>> of the federal governments [...] <sup>456</sup>

Na *Opinião Consultiva da Namíbia*, a CIJ se manifestou, reconhecendo que o Conselho de Segurança possuía poderes gerais além daqueles estritamente previstos através da Carta, em consonância com a teoria dos poderes implícitos:

110. As to the legal basis of the resolution, Article 24 of the Charter vests in the Security Council the necessary authority to take action such as that taken in the present case. The reference in paragraph 2 of this Article to specific powers of the Security Council under certain chapters of the Charter does not exclude the existence of general powers to discharge the responsibilities conferred in paragraph 1. Reference may be made in this respect to the Secretary-General's Statement, presented to the Security Council on 10 January 1947, to the effect that "the powers of the Council under Article 24 are not restricted to the specific grants of authority contained in Chapters VI, VII, VIII and XII [...] the Members of the United Nations have conferred upon the Security Council powers commensurate with its responsibility for the maintenance of peace and security. The only limitations are the fundamental principles and purposes found in Chapter 1 of the Charter. <sup>457</sup>

Quer com base nos dispositivos expressas da Carta, ou através de uma interpretação teleológica, ou ainda nos poderes residuais ou implícitos do Conselho de Segurança, ou mesmo das Nações Unidas, na verdade, o somatório destes argumentos, que não são auto-excludentes ou contraditórios, demonstra que o ICTY está legal e legitimamente estabelecido. É um Tribunal internacional estabelecido pelo direito.

Buteau e Oosthuizen resumem que, no *Caso Tadic*, o primeiro caso apresentado, a Câmara de Julgamento decidiu que o Tribunal não tinha natureza constitucional para examinar a legalidade dos atos dos órgãos das Nações Unidas, mas se tratava de um Tribunal penal com poderes claramente definidos, com jurisdição penal específica e limitada, limites aos quais iria confinar seus julgamentos e, ainda, que não dispunha de autoridade para investigar a legalidade de sua criação pelo CS, porém defendeu que o Tribunal não foi criado arbitrariamente. A Câmara de

---

<sup>456</sup> ARANGIO-RUIZ, 1996, p. 40-44.

<sup>457</sup> INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. **Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)**. Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/53/5595.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

Apelação, no entanto, tomou outra posição sobre o mesmo questionamento, concluindo que, enquanto a jurisdição primária ou substantiva não permitiria a revisão de atos de outros órgãos das Nações Unidas, o Tribunal poderia, em exercendo sua jurisdição incidental, examinar a legalidade de seu estabelecimento pelo Conselho de Segurança somente para o propósito de estabelecer sua jurisdição primária sobre o caso concreto. McGoldrick comenta que a parte mais interessante da análise da legalidade do estabelecimento do ICTY, no *Caso Tadic*, foi que a Câmara de Apelação aceitou que possuía jurisdição para apreciar a legalidade do estabelecimento do ICTY (*la compétence de la compétence*), decidindo que o ICTY foi constituído dentro dos poderes do Conselho de Segurança, conferidos pelo artigo 41, Carta das Nações Unidas, e, portanto, foi estabelecido legalmente. Outros argumentos contra a legalidade e legitimidade do Tribunal também foram rejeitados.<sup>458</sup>

No *Caso Tadic* acima mencionado, a Câmara de Julgamento, ao defender a criação do Tribunal como não arbitrária, faz um histórico *legislativo* demonstrando que tanto a comunidade internacional quanto os Estados envolvidos no conflito tiveram com antecedência e oficialmente acesso e previsibilidade às providências que iriam ser tomadas bem como as respectivas conseqüências:

16. Although it is not for this Trial Chamber to judge the reasonableness of the acts of the Security Council, it is without doubt that, with respect to the former Yugoslavia, the Security Council did not act arbitrarily. To the contrary, the Security Council's establishment of the International Tribunal represents its informed judgement, after great deliberation, that violations of international humanitarian law were occurring in the former Yugoslavia and that such violations created a threat to the peace. [...] First, with its resolution 764, adopted on 13 July 1992, the Security Council stressed that "persons [...] are *individually responsible* in respect of such breaches". Second, the Security Council publicized this condemnation by adopting, on 12 August 1992, resolution 771 [...] Third, by resolution 780 of 6 October 1992, the Security Council established the Commission of Experts to investigate these violations of international humanitarian law. [...] Finally, on 22 February 1993, by resolution 808, the Security Council decided that an international Tribunal should be established [...] On 25 May 1993, in

---

<sup>458</sup> BUTEAU, Michele; OOSTHUIZEN, Gabriel. When the Statute and Rules are silent: the inherent powers of the Tribunal. In: **Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk McDonald**. Ed. by Richard May [...] [et al.]. 2001, p. 65-81. Ver também: MCGOLDRICK, 2004, p. 34-36.

resolution 827, the Security Council adopted the draft Statute and thus established the International Tribunal [...] <sup>459</sup>

A Câmara de Apelação, no mesmo caso, examinou a questão da legalidade sob outro enfoque, considerando que o Tribunal teria poder implícito em virtude de sua natureza judicial para examinar a própria jurisdição sobre o caso concreto, e avaliou a prática anterior do CS, admitindo como legítima a ampla discricionariedade para suas decisões:

18. This power, known as the principle of "*Kompetenz-Kompetenz*" in German or "*la compétence de la compétence*" in French, is part, and indeed a major part, of the incidental or inherent jurisdiction of any judicial or arbitral Tribunal, consisting of its "jurisdiction to determine its own jurisdiction." It is a necessary component in the exercise of the judicial function and does not need to be expressly provided for in the constitutive documents of those Tribunals, although this is often done (see, e.g., Statute of the International Court of Justice, artigo 36, para. 6). [...]

It can thus be said that there is a common understanding, manifested by the "subsequent practice" of the membership of the United Nations at large, that the "threat to the peace" of Article 39 may include, as one of its species, internal armed conflicts [...]

31. Once the Security Council determines that a particular situation poses a threat to the peace or that there exists a breach of the peace or an act of aggression, it enjoys a wide margin of discretion in choosing the course of action [...]

These powers are coercive *vis-à-vis* the culprit State or entity. But they are also mandatory *vis-à-vis* the other Member States, who are under an obligation to cooperate with the Organization (Article 2, paragraph 5, Articles 25, 48) and with one another (Articles 49), in the implementation of the action or measures decided by the Security Council. [...]

it is evident that the measures set out in Article 41 are merely illustrative examples which obviously do not exclude other measures. [...]

In sum, the establishment of the International Tribunal falls squarely within the powers of the Security Council under Article 41 [...] <sup>460</sup>

Com relação ao caráter *ad hoc*, resumindo e comentando as idéias de Rama-Montaldo, considera-se que um Tribunal criado em resposta a uma situação determinada poderia perder sua neutralidade e deixar-se contaminar por elementos

---

<sup>459</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Dusko Tadic**, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 August 1995. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/100895.htm>>. Acesso em: 01 set. 2009.

<sup>460</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Dusko Tadic**. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>. Acesso em: 01 set. 2009.

políticos, descumprindo as normas de objetividade e imparcialidade, já que nos direitos nacionais, normalmente, os tribunais *ad hoc* foram instrumentos típicos utilizados por regimes totalitários, em prejuízo dos direitos humanos e em prejuízo da manutenção da supremacia do direito. O mero caráter *ad hoc* isoladamente não chega a viciar a legitimidade do Tribunal se estiverem presentes outras condições essenciais que assegurem independência e objetividade mínimas ao órgão. De fato, o ICTY não foi estabelecido por potências vencedoras para julgar os crimes das potências vencidas, mas um Tribunal criado pela comunidade internacional como uma medida tendente a restaurar a paz e a segurança internacional ameaçadas. O Conselho de Segurança, que é um órgão político de composição limitada, exerce grande influência no funcionamento e estrutura do Tribunal, através de sucessivas resoluções. Tal fato é relativamente compensado pelo papel exercido pela Assembleia Geral (AG), órgão plenário das Nações Unidas, no processo de eleição dos Juízes, reforçando a legitimidade do Tribunal. O direito a ser aplicado pelo Tribunal, embora com base no direito costumeiro é considerado direito preexistente à sua criação. Sua jurisdição não apresenta o caráter de seletividade dos tribunais militares anteriores porque se estende a autores de todas as partes no conflito, assim, como a crimes cometidos antes e depois de sua criação, desde que dentro da jurisdição *ratione temporis*. O Estatuto tem vários dispositivos expressas sobre os direitos do acusado, bem como com relação aos Juízes, procedimento, *fair trial*, etc. Finalmente, o Tribunal, no desempenho de suas funções, poderá atuar totalmente livre de considerações políticas, não estando sujeito ao controle do Conselho de Segurança.<sup>461</sup> Como órgão subsidiário da Organização das Nações Unidas (ONU), está submetido às dispositivos da Carta e administrativa e financeiramente, às regulamentações cabíveis. Ainda que se trate de um Tribunal *ad hoc* não permanente é um Tribunal mais independente e representativo do que os predecessores Nuremberg e Tóquio. Pode-se reconhecer que se trata de um Tribunal estabelecido pelo direito, legal e legitimamente. Neste sentido, a decisão da Câmara de Julgamento, no *Caso Tadic*:

32. Then it is said that international law requires that criminal courts be independent and impartial and that no court created by a political body such as the Security Council can have those characteristics. Of course, criminal courts worldwide are the creations of legislatures, eminently political bodies. [...] The question whether a court is independent and impartial depends not

---

<sup>461</sup> RAMA-MONTALDO, 1994, p. 865-893.

upon the body that creates it but upon its constitution, its judges and the way in which they function. The International Tribunal has, as its Statute and Rules attest, been constituted so as to ensure a fair trial to an accused and it is to be hoped that the way its Judges administer their jurisdiction will leave no room for complaints about lack of impartiality or want of independence.<sup>462</sup>

A Câmara de Apelação, no mesmo caso, manifestou-se também no sentido de que o Tribunal foi estabelecido de acordo com os padrões do direito internacional vigentes:

46. An examination of the Statute of the International Tribunal, and of the Rules of Procedure and Evidence adopted pursuant to that Statute leads to the conclusion that it has been established in accordance with the rule of law. The fair trial guarantees in Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights have been adopted almost verbatim in Article 21 of the Statute. Other fair trial guarantees appear in the Statute and the Rules of Procedure and Evidence. For example, Article 13, paragraph 1, of the Statute ensures the high moral character, impartiality, integrity and competence of the Judges of the International Tribunal, while various other provisions in the Rules ensure equality of arms and fair trial.

47. In conclusion, the Appeals Chamber finds that the International Tribunal has been established in accordance with the appropriate procedures under the United Nations Charter and provides all the necessary safeguards of a fair trial. It is thus "established by law."<sup>463</sup>

### 5.1.2 Jurisdição e Poderes

O artigo 1, Estatuto ICTY, estabelece a jurisdição geral do Tribunal *ratione personae, ratine loci, ratione materiae* e a jurisdição *ratione temporis*. A jurisdição se exercerá sobre pessoas (artigo 6 e 7), no território da antiga Iugoslávia (artigo 8), por sérias violações ao direito humanitário internacional, cometidas desde 1991. Os artigos 2 ao 5 do Estatuto listam os crimes que o Tribunal está autorizado a processar e julgar. Os crimes contra a paz estão omitidos. Em termos de jurisdição

---

<sup>462</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Dusko Tadic**, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 August 1995. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/100895.htm>>. Acesso em: 01 set. 2009.

<sup>463</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Dusko Tadic**. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>. Acesso em: 01 set. 2009.

material, em outras palavras, há jurisdição sobre as graves violações às Convenções de Genebra, violações ao direito e costumes de guerra e crimes contra a humanidade. O artigo sobre crimes contra a humanidade tem origem no artigo 6, Carta de Nuremberg, acrescentado de referência ao estupro e à tortura. As referências às violações ao direito e costumes de guerra no artigo 3, Estatuto ICTY, englobam o artigo 3 comum às Convenções de Genebra. O Tribunal tem contribuído substancialmente para o desenvolvimento das normas de direito penal internacional, enfatizando a aplicação do direito penal internacional tanto aos conflitos armados internacionais como aos conflitos não internacionais, influenciando no desenvolvimento dos conceitos dos crimes internacionais. Com relação aos crimes contra a humanidade, o Tribunal declarou que a relação com os crimes de guerra, como requerido na Carta de Nuremberg, não é necessária sob o direito internacional costumeiro.<sup>464</sup>

Há jurisdição concorrente entre o ICTY e os tribunais nacionais da ex-Iugoslávia, mas o ICTY tem primazia sobre as jurisdições nacionais (artigo 9, Estatuto ICTY). Pelo artigo 20 há as garantias do *fair trial*, *expeditious trial* e a garantia de que os procedimentos sejam conduzidos de acordo com as Regras de Procedimento e Prova (RPP) (artigo 15), com respeito aos direitos do acusado e proteção de vítimas e testemunhas (artigos 21 e 22). As garantias do *fair trial* são bastante extensas e derivadas do artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Julgamentos *in absentia* não são possíveis (artigo 21 (d)) e também não há possibilidade de imposição da pena de morte (artigo 24). Há possibilidade de apelação e revisão criminal (artigo 25 e 26). O Tribunal não tem caráter permanente, mas não há termo final para a jurisdição na resolução 827: o termo final está relacionado com a restauração e manutenção da paz e segurança no território da ex-Iugoslávia, de acordo com o Relatório do Secretário-Geral. Anualmente o Tribunal deverá apresentar relatório ao Conselho de Segurança e à Assembleia Geral (artigo 34).<sup>465</sup>

O princípio do *ne bis in idem* está previsto no artigo 10, Estatuto, não permitindo duplo processo se a pessoa já foi julgada pelo Tribunal internacional

---

<sup>464</sup> MOSE, Erik. Impact of human rights conventions on the two *ad hoc* Tribunals. In: **Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden**. Essays in honor of Asbjorn Eide. Morten Bergsmo (editor). Leiden/ Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 184 e 185.

<sup>465</sup> MCGOLDRICK, 2004, p. 25-28.

(regra 13, RPP), porém poderá ocorrer duplo processo se o primeiro julgamento ocorreu perante um Tribunal nacional. Excetuando-se o previsto no artigo 10 (2), Estatuto, que possibilita a aceitação de julgamentos regulares realizados perante tribunais nacionais, o Tribunal internacional não está vinculado a determinações de quaisquer tribunais (regra 12, RPP). O Tribunal poderá, no entanto, remeter o processo a outro Tribunal, conforme o procedimento da regra 11 *bis*, RPP. De acordo com o disposto na regra 11 *bis* (C), RPP e em conformidade com a resolução 1534 (2004) do Conselho de Segurança <sup>466</sup>, deve-se considerar, na apreciação do deslocamento do processo para outro Tribunal, a gravidade do crime e a responsabilidade do acusado.

No *Caso Tadic*, a defesa arguiu o princípio do *ne bis in dem* porque tinha sido iniciado um processo na Alemanha. A Câmara de Julgamento enfatizou que deve haver um julgamento de mérito sobre as mesmas acusações, caso contrário, o processo internacional continua concomitantemente ao processo nacional e, como o caso teria sido encaminhado ao Tribunal pela Alemanha, não poderia haver novo julgamento nacional sobre os mesmos crimes. <sup>467</sup>

### 5.1.2.1 Poderes Implícitos

A teoria dos poderes implícitos pode ser aplicada aos tribunais penais internacionais. Gaeta destaca que os tribunais internacionais podem exercer poderes não expressamente previstos nos seus Estatutos, ao regular sua atuação jurisdicional. Os poderes expressos, geralmente, são regulados em detalhe nas regras de procedimento. Os tribunais internacionais e Juízes em opiniões individuais, citam alguns poderes como tendo natureza inerente (*inherent nature*) tais como o poder para estabelecer a própria jurisdição (*compétence de la compétence*), o poder

<sup>466</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Security Council resolution** 1534 (2004). Disponível em: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_1534\\_2004\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_1534_2004_en.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2009.

<sup>467</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Dusko Tadic**. Case N° IT-94-1-T. Decision on the Defence motion on the principle of non-bis-in-idem, 14 November 1995. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/951114.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2009.

para interpretar e revisar as próprias decisões, de corrigir erros materiais, entre outros. A razão de ser da admissão destes poderes decorre da rudimentar institucionalização judiciária no plano internacional, cada Tribunal constituindo-se em um organismo unicelular. Os instrumentos constitutivos têm lacunas, pois não conseguem prever os meios e poderes necessários para enfrentar e resolver todas as possíveis situações nos procedimentos judiciais para tornar efetiva a jurisdição.<sup>468</sup> A Câmara de Julgamento no *Caso Blaskic*, reconheceu e aplicou a teoria dos poderes implícitos, nas palavras de Gaeta:

International courts and Tribunals have relied rarely upon the doctrine of implied powers to justify the exercise of powers not expressly envisaged in their constitutive instruments. The only clear instance can be found in the case law of the ICTY. In its decision of 18 July 1997 in the *Blaskic (Subpoena)*. Trial Chamber II declared that the International Tribunal possessed all those powers which, albeit not expressly granted, could be “implied” by its constitutive instrument in order to enable it to fulfil its fundamental purposes and to allow it to function effectively. According to Trial Chamber II, such powers – which were characterized as inherent – had to be derived from the constitutive instrument of the International Tribunal by resorting to the doctrine of implied powers. The Trial Chamber thus made express reference to the doctrine applied to the interpretation of the United Nations Charter by the ICJ, in a few well known cases, with a view to recognizing the legitimate exercise, by the United Nations organs, of powers not expressly conferred upon them by the Charter. On this ground, the Trial Chamber held that the International Tribunal had the inherent power to issue a *subpoena duces tecum* to a State or a State official for the production of government orders. This holding was, however, reversed on appeal.<sup>469</sup>

Mundis, referindo-se ao mesmo *Caso Blaskic*, resume, no entanto, que a Câmara de Apelação concluiu que o Tribunal não poderia emitir *subpoenas* diretamente aos Estados porque não dispõe de poderes coercitivos perante os

---

<sup>468</sup> O conteúdo desses poderes traz algumas perplexidades. Alguns vislumbram os poderes inerentes (*inherent powers*) nos poderes judiciais (*judicial powers*) com base legal nas fontes do direito internacional, os princípios de direito internacional ou princípios gerais de direito comuns a maioria dos direitos nacionais, outros argüem que estes poderes podem ser derivados através de dedução necessária dos próprios instrumentos constitutivos, assumindo como equivalentes os *implied powers* e os *inherent powers* e portanto tendo como base legal o próprio instrumento constitutivo; e para uma terceira corrente de pensamento, *inherent powers* envolve todos os poderes derivados da natureza judicial e do exercício destes poderes que são necessários para regular várias questões atinentes a administração da justiça, tendo por base o direito internacional costumeiro. (GAETA, Paola. *Inherent powers of international Tribunals*. In: **Man's Inhumanity to Man**: essays in international law in honour of Antonio Cassese. Edited by Lal Chand Vohrah, Fausto Pocar, Yvone Featherstone, Olivier Fourmy, Christine Graham, John Hocking and Nicholas Robson. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 353-372).

<sup>469</sup>GAETA, 2003, p. 353-372.

Estados e não pode impor penalidades por descumprimento, reconhecendo que este poder não tem a natureza de poder implícito às funções do Tribunal.<sup>470</sup>

Os Juízes encontram limites ao exercício de poderes não expressos nos princípios fundamentais do direito penal internacional e nos direitos fundamentais do acusado. Como explica Gaeta:

[...] In particular, reference can be made to the Trial Chamber II judgment in Kupreskic, where the Chamber held that the exercise of powers inherent in the Tribunal's functions may have found a limitation in the need to safeguard fully the rights of the accused. Consequently, in the case at issue, the Trial Chamber found that the *iura novit curia* principle, although normally applied to international judicial proceedings, could not be relied upon by the Tribunal because its application might infringe upon the rights of the accused, particularly the right to be informed "promptly and in detail" of the "nature and cause of the charge against him".<sup>471</sup>

A utilização da teoria dos poderes implícitos pelos tribunais penais internacionais envolve risco potencial de arbitrariedades e infringência ao princípio da legalidade em todas as suas dimensões. Poderes implícitos não estão codificados, padecem de indeterminação, não obedecem à anterioridade e não se sujeitam à interpretação estrita. São poderes ocultos que são revelados através de uma interpretação teleológica, efetiva e prática dos atos constitutivos das organizações internacionais.

O artigo 15, Estatuto ICTY, confere expressamente poderes aos Juízes para serem adotadas regras de procedimento e prova e muitos dos problemas enfrentados pelo Tribunal poderiam ser resolvidos mediante a adoção de novas regras ou emenda de regras já existentes, sem se valer de conceitos mais indeterminados e abertos, salvo na impossibilidade de criar novos patamares normativos, na visão de Buteau e Oosthuizen.<sup>472</sup>

Impõe-se uma ponderação de valores. A ordem internacional impõe limites à flexibilidade de exercício de poderes pelo Tribunal nas normas internacionais de *jus*

---

<sup>470</sup> MUNDIS, Daryl A.. The legal character and status of the rules of procedure and evidence of the *ad hoc* International Criminal Tribunals. **International Criminal Law Review**, vol. 1, afl. 3-4, 2001, p. 216-227. Consultar também: INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Blaskic**. Case N° IT-95-14-T. Judgement, 3 March 2000. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

<sup>471</sup> GAETA, 2003, p. 369-370. INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Kupreskic**. Case N° IT-95-16-T. Judgement, 14 January 2000, parágrafo 740. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

<sup>472</sup> BUTEAU; OOSTHUIZEN, 2001, p. 79-81.

*cogens*, cuja autoridade e efeitos já foram reconhecidos pelo ICTY. A Câmara de Julgamento expressamente menciona as normas de *jus cogens*, no *Caso Furundzija*:

154. Clearly, the *jus cogens* nature of the prohibition against torture articulates the notion that the prohibition has now become one of the most fundamental standards of the international community. Furthermore, this prohibition is designed to produce a deterrent effect, in that it signals to all members of the international community and the individuals over whom they wield authority that the prohibition of torture is an absolute value from which nobody must deviate.<sup>473</sup>

O ICTY atribuiu o caráter de *jus cogens* aos princípios fundamentais de direito humanitário, conforme se pode observar no *Caso Kupreskic*:

520. Furthermore, most norms of international humanitarian law, in particular those prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide, are also peremptory norms of international law or *jus cogens*, i.e. of a non-derogable and overriding character.<sup>474</sup>

### 5.1.2.2 Regras de Procedimento e Prova

Como descreve Boas, ao Tribunal foi concedida a prerrogativa de criar e emendar suas próprias Regras de Procedimento e Prova (RPP) (preâmbulo da resolução 827, CS e artigo 15, Estatuto ICTY). O primeiro corpo de 125 regras foi adotado na segunda sessão do plenário dos Juízes, em 11 de fevereiro de 1994. As regras de procedimento em Nuremberg eram extremamente breves, consistindo em apenas 11 dispositivos, havendo uma discricionariedade ampla na admissão das provas apresentadas. Tóquio igualmente não estava vinculado a regras técnicas de produção de prova, deveria aplicar "to the greatest extent possible expeditious and non-technical procedure". Suas regras de procedimento eram também extremamente breves constituindo-se em 9 dispositivos. O poder extraordinário dos

---

<sup>473</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Furundzija**. Case N° IT-95-17/1-T. Judgement, 10 December 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009. Ver também: CASSESE, 2001, p. 144 e 145.

<sup>474</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Kupreskic**. Case N° IT-95-16-T. Judgement, 14 January 2000, parágrafo 520. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

Juízes do ICTY em adotar e emendar suas próprias regras, dá ao ICTY a habilidade de se adaptar às necessidades reais da justiça criminal e, ao mesmo tempo, abre discussões de que, além de órgão judicial, o Tribunal funciona como órgão legislativo.<sup>475</sup>

Concordo que o Tribunal tem e exerce efetivamente poderes legislativos. As RPP conforme vigentes atualmente sofreram 43 emendas, de 1994 a 2009, o que denota dois aspectos: substancialmente, que o instrumento normativo não tem estabilidade quanto ao conteúdo; e que o procedimento que possibilita as emendas é flexível suficiente para permitir esta quantidade de alterações. O procedimento de emendas das regras está previsto na regra 6, RPP: uma emenda deve ser aprovada por unanimidade dos Juízes Permanentes, em conformidade com a regra 96 (quórum e voto) e não poderá operar em prejuízo dos direitos do acusado em processos pendentes. Isto significa que as alterações se aplicam tão logo vigentes, salvo nos processos pendentes em que possam causar algum prejuízo aos direitos do acusado. A flexibilidade com que as RPP são mudadas e emendadas traz incertezas e riscos potenciais de ofensa aos direitos do acusado.

No entanto, Mundis justifica a necessidade desta abordagem diante do dinamismo da jurisdição internacional, plausível tão somente se o Tribunal não se afastar de seus *legítimos* objetivos e propósitos. Nas suas palavras:

The Judges are entrusted with the responsibility for adopting and amending the Rules. Because of the evolving nature of international humanitarian law, this quasi-legislative function is necessarily a fluid process. The Judges have enormous burdens for safeguarding both the due process rights of the accused and the international community's demands that justice be meted for those most responsible for serious violations of international humanitarian law. Added to this balance is the Statutory requirement that the accused be provided a fair and expeditious trial. This requires constant re-evaluation of the Rules in light of trial practice and jurisprudence. Further clarification in the Rules to address the situations described above may prove useful and would give the parties greater certainty over the conduct of the proceedings.<sup>476</sup>

As regras de procedimento e prova do ICTY foram construídas pelos Juízes e também podem ser modificadas pelos Juízes, refletindo a experiência obtida pelo Tribunal atendendo ao princípio de flexibilidade, no entender de Boas. Reconhece-

---

<sup>475</sup> BOAS, Gideon. Creating laws of evidence for international criminal law: the ICTY and the principle of flexibility. **Criminal law forum**: an international journal: the official journal of the Society for the Reform Criminal Law, vol. 12. Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 72 e 73. Consultar também: MUNDIS, 2001, p. 192 e 193.

<sup>476</sup> MUNDIS, 2001, p. 216-227.

se que as regras estão baseadas em princípios gerais de direito penal, fundamentais aos maiores sistemas legais do mundo através de balanceamento entre os sistemas de *common law* e *civil law*.<sup>477</sup> McGoldrick concorda com este enfoque na medida em que caracteriza o Tribunal como *sui generis*:

The ICTY has adopted a largely adversarial approach, but there are significant elements that are more familiar to inquisitorial systems. The result has been described as 'sui generis'. There is no investigating judge to collect the evidence. As in a common law regime, this task falls to the Prosecutor. After confirmation of the indictment by a judge, the defence is entitled to collect and to have access to all relevant evidence. Both the prosecution and the defence are reciprocally bound to disclose all documents and witnesses. In *Prosecutor v Furundzia* (1998) the Prosecutor had failed to disclose that 'witness A' had received psychological counseling. The trial chamber subsequently found that A's memory had not been affected by any psychological disorder she may have had. Individuals, organizations, or Governments may, by leave, present written or oral submissions as *amicus curiae*, and a number of such briefs have been submitted. This is unusual in a common law adversarial context of a prosecutor against the defence without any third party intervention. It is more common in continental systems of law. The third parties must be seen as representing the wider interests of victims or the values of elements of the international community.<sup>478</sup>

Na opinião de Safferling, sob o ponto de vista procedimental, o ICTY encontra maior representatividade dos sistemas jurídicos do mundo que os seus predecessores Nuremberg e Tóquio. O procedimento no Tribunal de Nuremberg estava baseado exclusivamente no *adversarial system* anglo-americano, com a exceção de que julgamentos *in absentia* eram permitidos pelo artigo 12, Carta. Com os tribunais penais *ad hoc* nasceu um procedimento internacional mais genuíno, não havendo adesão específica a um determinado sistema jurídico ou de direito nacional, mas combinando normas de vários sistemas.<sup>479</sup>

Quanto à admissibilidade de provas, para McGoldrick, o ICTY seguiu o modelo dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, nos quais não havia previsão de normas técnicas. Não se desejava prender o procedimento a regras restritivas e de ordem técnica, cabendo aos Juízes a responsabilidade de avaliar o valor probatório das provas produzidas. Toda prova relevante foi admitida perante o ICTY a não ser que o seu valor probatório fosse sobrepujado pela necessidade de assegurar um *fair*

---

<sup>477</sup> BOAS, 2001, p. 41-66.

<sup>478</sup> MCGOLDRICK, 2004, p. 32.

<sup>479</sup> SAFFERLING, 2001, p. 33 e 34.

*trial*, ou nos casos em que a prova foi obtida mediante a violação séria de direitos humanos.<sup>480</sup>

A inadmissibilidade de provas como prevista na regra 95, RPP, de forma indeterminada e genérica como se observa no emprego dos termos *substantial doubt*, ou *integrity of proceedings*, por exemplo, possibilita ampla discricionariedade para a valoração das provas apresentadas. A previsão do artigo 89 (C) amplia ainda mais a discricionariedade ao estabelecer que *a Câmara pode receber qualquer prova relevante que julgue ter um valor probatório*. A regra 98 confere amplos poderes ao Tribunal para determinar *de ofício* a produção de provas adicionais. A primazia do Tribunal (artigo 9 (2), Estatuto) é reforçada pela regra 89, ao prever que o Tribunal aplicará as regras conforme previstas nas RPP, não havendo vinculação às regras de prova dos direitos nacionais. No caso de violência sexual, na regra 96, há um abrandamento com relação à necessidade de colaboração da vítima no processo e outras questões subjetivas ligadas à condição da vítima, nas palavras de McGoldrick:

As part of the special emphasis on crimes against women in the rules of procedure there are special provisions as to the standard of evidence, and matters of credibility of the witness, which may be raised by the defence. In particular, no corroboration of the victim's testimony is required in matters of sexual assault. The victim's previous sexual conduct is irrelevant and inadmissible. If a defence of consent is raised, the Tribunal may take note of factors that vitiate consent, including physical violence, and moral or psychological constraints. Before evidence of a victim's consent is admitted the accused has to satisfy the Trial Chamber in camera that the evidence is relevant and credible. There can be a pre-trial hearing on the consent issue. The rules are clearly gender-friendly.<sup>481</sup>

O ICTY tem adotado uma postura de *aplicação flexível* das regras de procedimento e prova. Como explica Mundis, nem o Estatuto, nem as RPP têm qualquer disposição sobre a obrigatoriedade ou discricionariedade da aplicação das regras de procedimento e prova. A regra 5 estabelece que a não obediência às RPP

---

<sup>480</sup> McGOLDRICK, 2004, p. 29-32: "One of the remarkable features of the conflict in the former Yugoslavia is the amount of official and non-official documentation available. It is probably the best-recorded crisis in the course of human history. Notwithstanding this, the trials before the ICTY have primarily been based on oral testimony. The uniqueness of the ICTY's task and the limited scope of the express provisions of its Statute left the ICTY with a substantial amount of discretion in approaching a variety of issues ranging from matters of evidence, procedure, administration and organisation. The ICTY approached these with a commendable degree of sensitivity and intelligence particularly in dealing with the phenomenon of 'ethnic cleansing'. The ICTY has 'attempted to strike a balance between the strictly constructionist and the teleological approaches in the interpretation of the Statute'. This balance is principally reflected in its rules of procedure and evidence."

<sup>481</sup> McGOLDRICK, 2004, p. 29-32.

não invalidam o procedimento na ausência de prejuízo material para as partes. Quanto às provas: a regra 89(A) estipula que as *regras de prova* previstas nas RPP são obrigatórias para as Câmaras do Tribunal, enquanto que as *regras nacionais de prova* não são vinculantes; e a regra 89(B) concede certo nível de discricção às Câmaras para completar lacunas, desde que em consonância com o espírito do Estatuto e princípios gerais de direito. Na presença de lacunas e na ausência de prejuízo há muita flexibilidade.<sup>482</sup>

As normas do Estatuto e das RPP de fato permitem uma aplicação bastante flexível das regras na presença de lacunas e na ausência de prejuízo, no entanto, há limites, alguns são expressos e outros, implícitos, na medida em que certos procedimentos não se coadunariam nem com o espírito do Estatuto e nem com os princípios gerais de direito. Há uma delimitação do conteúdo das matérias que podem ser reguladas via RPP, conforme o artigo 15, Estatuto ICTY, as RPP devem regular os procedimentos, a admissão de provas, a proteção de vítimas e testemunhas e outras matérias pertinentes. As regras de prova, como previstas nas RPP, são obrigatórias. O Tribunal não poderá afastar uma regra por mera conveniência em um caso concreto, porque isto equivale *mutatis mutandis* a uma emenda à regra às avessas, em completa contradição com a regra 6. Neste caso, há prejuízo, em virtude de desrespeito aos direitos do acusado, pelo não cumprimento da anterioridade prevista na regra 6 (D). Na ausência da previsão expressa do princípio da legalidade no Estatuto, *os direitos do acusado* servem como substitutivos às funções que o princípio normalmente exerceria.

Além deste aspecto interno às RPP, Mundis destaca que o Plenário do ICTY tem o poder de emendar as RPP para refletir a prática e jurisprudência das Câmaras e coloca a questão de se o órgão poderá reverter uma decisão da Câmara através de uma subsequente emenda das RPP? Noticia que, em várias ocasiões, os Juízes no plenário teriam revertido decisões das Câmaras através das emendas das RPP. Como os registros das decisões do plenário não são públicas, os observadores especulam o porquê de certas regras serem emendadas logo após a sua interpretação pelas Câmaras de Apelação: para reverter a decisão da Câmara de

---

<sup>482</sup> MUNDIS, 2001, p. 196-206.

Apelação ou porque a regra não permitiu aplicação satisfatória necessitando uma adaptação evolutiva.<sup>483</sup>

De fato, o plenário tem poder de emendar as RPP (regras 6 (A) e 24 (ii), RPP) e de dispor acerca do funcionamento interno das Câmaras (regra 24 (iv)). A regra 29 prevê que as deliberações das Câmaras são realizadas privativamente. O poder de emendar as regras de procedimento e prova sem uma qualificação ou limitações de ordem objetiva e a ausência de publicidade de atos facilmente permite a burla do princípio da legalidade e a condução política dos julgamentos, anulando os benefícios que uma maior flexibilidade nas regras procedimentais poderia trazer frente às mudanças na realidade.

Nem todas as regras tratam de questões atinentes ao procedimento e prova. A regra 77, RPP prevê a infração do *contempt of court*, que é estabelecida através do *poder implícito* conferido ao Tribunal como disposto no item (A). Não há gradação de penalidades entre as várias modalidades de atos que possam caracterizar a infração (item (B)). As penalidades aplicáveis são prisão ou multa como previsto no item (C). As penas de multa podem ser convertidas em prisão (artigo 77 bis, (iv)). A regra 77 bis (D) prevê a dupla incriminação pelo *contempt of court*. A regra 91 estabelece a infração de *falso testemunho mediante declaração solene*, cujas penas são previstas na letra (G). Como as infrações prevêem a aplicação da pena de prisão, têm caráter eminentemente penal. Trata-se de criação de crimes administrativamente pelos Juízes, através das RPP. Além das RPP, os Juízes têm um poder regulamentar bastante largo para outras regras menores tais como Regras de Detenção e Diretivas Práticas.<sup>484</sup>

---

<sup>483</sup> MUNDIS, 2001, p. 207.

<sup>484</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Detention**. Disponível em:<<http://www.icty.org/sections/LegalLibrary/Detention>>. Acesso em: 01 set. 2009. INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Practice Directions**. Disponível em:<<http://www.icty.org/sections/LegalLibrary/PracticeDirections>>. Acesso em: 01 set. 2009.

### 5.1.3 Fontes

O ICTY recorre à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), 1969, para interpretar seu Estatuto.<sup>485</sup> A jurisprudência ora refere-se explicitamente à aplicação da convenção, ora a aplica sem fazer referência. Exemplificativamente, no *Caso Delalic*, há menção expressa à sua aplicação:

1161. It is well settled that an interpretation of the Articles of the Statute and provisions of the Rules should begin with resort to the general principles of interpretation as codified in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. [...].<sup>486</sup>

Boot expõe que os Estatutos são as fontes primárias do direito, dentro da prática dos tribunais *ad hoc*. Se o Estatuto for insuficiente ou incompleto, o direito costumeiro internacional é considerado. Se o direito costumeiro for lacunoso, recorre-se aos princípios gerais de direito penal internacional e, se semelhantes princípios não são encontrados, recorre-se aos princípios gerais de direito penal comuns à maioria dos sistemas jurídicos do mundo. O direito nacional é utilizado para determinar o surgimento de princípios gerais de direito penal comum à maioria dos sistemas jurídicos. Os tribunais sempre fazem referência a precedentes de outros tribunais de guerra, particularmente, a fim de estabelecer a existência e conteúdo de regras do direito internacional costumeiro. Partes dos julgamentos se constituem em direito criado pelos Juízes, pois os Estatutos nem sempre fornecem todos detalhes e nem os Juízes dos tribunais sempre podem antecipar todas as possíveis lacunas quando redigem as regras de procedimento e evidência. Também nem sempre é possível estabelecer a existência e conteúdo de uma regra de direito internacional costumeiro simplesmente porque falta a prática estatal, ou a prática

---

<sup>485</sup> SCHABAS, William A. Interpreting the statutes of the ad hoc Tribunals. In: **Man's Inhumanity to Man: essays in international law in honour of Antonio Cassese**. Edited by Lal Chand Vohrah, Fausto Pocar, Yvone Featherstone, Olivier Fourmy, Christine Graham, John Hocking and Nicholas Robson. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 852: "To say that the Vienna Convention provisions form part of customary international law cannot be very helpful because they remain the customary international law applicable to treaties as such, and not necessarily to sui generis instruments like the Statutes. [...] That is, the Vienna Convention provisions largely recapitulate rules applied in domestic legal system to the interpretation of domestic legal instruments. For this reason, they should be applicable to the Statutes of the ad hoc Tribunals on the same basis as such legal norms as the admissibility of the defences of duress and necessity and similar matters."

<sup>486</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Delalic et al.** Case Nº IT-96-21-T. Judgement, 16 November 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/cel-tj981116e.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

estatal é de difícil averiguação, e/ou a *opinio juris* apresenta-se igualmente deficiente. A prática dos tribunais relembra o sistema de *common law*, porém aos tribunais não se aplica a vinculação aos precedentes (*stare decisis*).<sup>487</sup>

O direito penal internacional ainda se encontra em estágio rudimentar de desenvolvimento de normas de direito material e procedimental. Ambos os Estatutos dos tribunais *ad hoc* não enumeram claramente as fontes de direito a serem utilizadas e nem sua hierarquia relativa, caso em que se deve recorrer às fontes clássicas do direito internacional público mencionadas no artigo 38, Estatuto, CIJ. Cassese explica que as fontes e sua hierarquia foram estabelecidas por construção jurisprudencial: primeiramente, os tribunais *ad hoc* devem aplicar os seus *Estatutos*, e, em segundo lugar, devem aplicar os *tratados internacionais* aos quais os Estatutos se referem explicitamente. Quando esses textos normativos não resolvem o problema ou deixam grande margem de ambigüidade, os tribunais estão autorizados a utilizar *princípios gerais de direito penal internacional* ou *princípios gerais de direito internacional*. Finalmente, se esses princípios se mostrarem inoperantes, faz-se referência a fontes subsidiárias, especialmente aos *princípios gerais de direito penal reconhecidos na maioria dos sistemas jurídicos do mundo*.<sup>488</sup> A lista das fontes e sua possível ordem hierárquica podem ser depreendidas no *Caso Furundzija*:

177. This Trial Chamber notes that no elements other than those emphasised may be drawn from international treaty or customary law, nor is resort to general principles of international criminal law or to general principles of international law of any avail. The Trial Chamber therefore considers that, to arrive at an accurate definition of rape based on the criminal law principle of specificity (*Bestimmtheitsgrundsatz*, also referred to by the maxim "*nullum crimen sine lege stricta*"), it is necessary to look for principles of criminal law common to the major legal systems of the world. These principles may be derived, with all due caution, from national laws.<sup>489</sup>

Os tribunais internacionais utilizam-se de princípios de direito penal reconhecidos pela comunidade das nações. Para Cassese, esses princípios são obtidos através de uma pesquisa de direito comparado nos principais sistemas

---

<sup>487</sup> BOOT, 2002, p. 251 e 252.

<sup>488</sup> CASSESE, 2003c, p. 19 e 20.

<sup>489</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Furundzija**. Case Nº IT-95-17/1-T. Judgement, 10 December 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

jurídicos do mundo. Este recurso em direito internacional é subsidiário por natureza e deve ser adotado quando outros recursos como tratados, costume, princípios gerais de direito internacional, normas produzidas por fontes secundárias de direito internacional falharem. Um princípio de direito penal pertence a esta classe apenas se o princípio for previsto tanto em sistemas de *common law*, quanto de *civil law*, bem como em outros sistemas legais como o sistema islâmico, o sistema dos países asiáticos e os sistemas do continente africano. Não se deve simplesmente transpor construções legais típicas de sistemas nacionais diretamente para o direito internacional, a não ser que se harmonizem com as características específicas do direito internacional.<sup>490</sup> A referência ao direito nacional também é mencionada no *Caso Furundzija*:

178. Whenever international criminal rules do not define a notion of criminal law, reliance upon national legislation is justified, subject to the following conditions: (i) unless indicated by an international rule, reference should not be made to one national legal system only, say that of common-law or that of civil-law States. Rather, international courts must draw upon the general concepts and legal institutions common to all the major legal systems of the world. This presupposes a process of identification of the common denominators in these legal systems so as to pinpoint the basic notions they share; (ii) since “international trials exhibit a number of features that differentiate them from national criminal proceedings”, account must be taken of the specificity of international criminal proceedings when utilising national law notions. In this way a mechanical importation or transposition from national law into international criminal proceedings is avoided, as well as the attendant distortions of the unique traits of such proceedings.<sup>491</sup>

No *Caso Kvočka* é ressaltada a diferença entre a jurisdição internacional e as jurisdições nacionais quanto à administração de justiça. A Câmara de Julgamento assim, se manifestou:

16. While allusions to the practice in civil- and common-law jurisdictions are helpful, the sole determinant of the law applied by the International Tribunal is its Statute and Rules; moreover, the influence of domestic criminal law practice on the work of the International Tribunal must take due account of the very real differences between a domestic criminal jurisdiction and the system administered by the International Tribunal.<sup>492</sup>

---

<sup>490</sup> CASSESE, 2003a, p. 32 e 33.

<sup>491</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Furundzija**. Case N° IT-95-17/1-T. Judgement, 10 December 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

<sup>492</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Kvočka**. Decision on Preliminary Motions on the form of the Indictment, 12 April 1999. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kvočka/tdec/en/90412FI56822.htm>>. Acesso em: 05 set. 2009.

### 5.1.3.1 Direito Penal Costumeiro

Na visão do Secretário-Geral, no Relatório para o ICTY, a aplicação do princípio *nullum crimen sine lege* requer que o Tribunal aplique o direito internacional humanitário que, sem sombra de dúvida, pertença ao direito internacional costumeiro, de maneira que o problema da adesão de alguns e não de todos os Estados a determinadas convenções internacionais não fosse levantado. O relatório lista as fontes consideradas como pertencentes, sem sombra de dúvida, ao direito costumeiro:

33. According to paragraph 1 of resolution 808 (1993), the international Tribunal shall prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991. This body of law exists in the form of both conventional law and customary law. While there is international customary law which is not laid down in conventions, some of the major conventional humanitarian law has become part of customary international law.

34. In the view of the Secretary-General, the application of the principle *nullum crimen sine lege* requires that the international Tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise. This would appear to be particularly important in the context of an international Tribunal prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law.

35. The part of conventional international humanitarian law which has beyond doubt become part of international customary law is the law applicable in armed conflict as embodied in the Geneva Conventions of August 12, 1949 for the Protection of War Victims; the Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and the Regulations annexed thereto of October 18, 1907; the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948; and the Charter of the International Military Tribunal of August 8, 1945.<sup>493</sup>

A jurisprudência tem confirmado que o Estatuto do Tribunal não criou novos crimes, mas forneceu jurisdição ao Tribunal sobre crimes que já estavam anteriormente previstos pelo direito costumeiro, como se pode observar da decisão no *Caso Delalic*:

---

<sup>493</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808**. Disponível em: <site [http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_re808\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2009.

The Accused is no doubt correct when he states that the Tribunal's Statute does not create new offences but rather serves to give the Tribunal jurisdiction over offences which are already part of customary law.

[...] Moreover, the Report of the Secretary-General to the Security Council of 1993 on the Statute of this Tribunal in his exposition of Articles 2,3,4 and 5 of the Statute clearly referred the crimes enumerated in them to their sources of international humanitarian law, for example, the Geneva Conventions of 1949, the Hague Convention (IV) of 1907, the Nuremberg Charter of 1945 and the Genocide Convention of 1948. [...] <sup>494</sup>

De fato, na ausência de uma autoridade legislativa internacional, para Werle, o direito costumeiro tem um papel importante no desenvolvimento e adaptação do direito internacional às novas realidades de valores. No que se refere à caracterização do direito costumeiro, no caso específico do direito penal internacional pode existir discrepância entre as declarações dos Estados e o que efetivamente praticam e implementam. Assim, a falta de prática estatal, ou mesmo o comportamento contrário ao conteúdo da norma pode, ao invés de afastá-la, confirmar a sua existência e validade. <sup>495</sup>

No *Caso Krstic*, destacam-se os passos tomados para a interpretação dos crimes previstos no Estatuto, face ao direito penal costumeiro:

541. The Trial Chamber must interpret Article 4 of the Statute taking into account the state of customary international law [...] The Trial Chamber first referred to the codification work undertaken by international bodies. The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide [...] As a supplementary means of interpretation, the Trial Chamber also consulted the preparatory work and the circumstances which gave rise to the Convention. Furthermore, the Trial Chamber considered the international case-law [...] The Report of the International Law Commission (ILC) on the Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind received particular attention. [...] the Chamber gave consideration to the work done in producing the Rome Statute [...], the finalised draft text of the elements of crimes completed by the Preparatory Commission for the International Criminal Court in July 2000. Although that document post-dates the acts involved here, it has proved helpful in assessing the state of customary international law which the Chamber itself derived from other sources. In this regard, it should be noted that all the States attending the conference, whether signatories of the Rome Statute or not, were eligible to be represented on the Preparatory Commission. From this perspective, the document is a useful key to the *opinio juris* of the States. Finally, the Trial

---

<sup>494</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Delalic**. Decision on Application for leave to Appeal, 6 December 1996. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/acdec/en/61206FI3.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

<sup>495</sup> WERLE, 2005, p. 47: "The reason for the significance of verbal acts is that international criminal law continues to suffer from a chronic lack of willingness on the part of states to not only acknowledge, but also to implement, its penal norms. A considerable discrepancy continues to exist between the declarations of states, often well-disposed toward international criminal law, and the generally much more reluctant practice of state prosecution. [...]"

Chamber also looked for guidance in the legislation and practice of States, especially their judicial interpretations and decisions.<sup>496</sup>

O Tribunal tem reconhecido, em caso de incerteza na interpretação, segundo Schabas, uma presunção em favor da *interpretação de acordo com o direito penal costumeiro*, embora não haja regras neste sentido na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.<sup>497</sup> O recurso ao direito costumeiro tem sido utilizado para a interpretação de vários aspectos ligados à responsabilidade penal individual, nas palavras de Schabas:

Although the Secretary-General's report referred only to the subject matter jurisdiction provisions in terms of conformity with customary international law, this approach has been extended by the Tribunals in addressing the scope of criminal participation [...] Trial Chambers have also turned to customary international law in assessing the mental and physical elements of aiding and abetting. With respect to the ambit of superior responsibility [...] the Trial Chambers have favoured an interpretation corresponding to the state of customary international law.<sup>498</sup>

Mose demonstra a enorme influência que o direito internacional dos direitos humanos exerce na interpretação dos crimes previstos no Estatuto e na jurisprudência do ICTY.<sup>499</sup> No *Caso Delalic*, optou-se por uma interpretação de acordo com o *desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos*:

266. This interpretation of the Convention is fully in accordance with the development of the human rights doctrine which has been increasing in force

---

<sup>496</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Krstic.** Case Nº IT-98-33-T. Judgement, 2 August 2001. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

<sup>497</sup> SCHABAS, 2003, p. 872-877: "The judges have, in effect, often applied such a presumption when considering challenges based on the nullum crimen sine lege rule. This is not all that different than the approach taken by many national courts, favouring interpretations corresponding to widely-recognised fundamental rights and freedoms over those that do not. For example, Trial Chamber III of the ICTY stated that "the principle of legality is the underlying principle that should be relied on to assess the subject matter jurisdiction of the International Tribunal, and that the International Tribunal only has jurisdiction over offences that constituted crimes under customary international law at the time the alleged offences were committed"

<sup>498</sup> SCHABAS, 2003, p. 872-877.

<sup>499</sup> MOSE, 2003, p. 184 e 185: "The first illustration is the definition of torture, which is a crime against humanity under the Statutes and also constitutes a grave breach of the Geneva Conventions. [...] A further discussion followed in Celebici, where the ICTY Trial Chamber referred extensively to several international human rights conventions prohibiting torture [...] Another example is rape [...] The Trial Chamber in Celebici [...] agreed with the interpretation adopted in the case law of the Inter-American Commission [...] and the European Court in Strasbourg [...] ICTY case law on enslavement as a crime against humanity has included references to the Slavery Convention of 1926, ILO Conventions on Forced and Compulsory Labour, the CCPR, ACHR, ACHPR and ECHR [...] Without further discussion it can safely be concluded that human rights conventions and case law from the treaty-based supervisory bodies have shed light on crimes enumerated in the Statutes. [...]"

since the middle of this century. It would be incongruous with the whole concept of human rights, which protect individuals from the excesses of their own governments, to rigidly apply the nationality requirement of article 4, that was apparently inserted to prevent interference in a State's relations with its own nationals. Furthermore, the nature of the international armed conflict in Bosnia and Herzegovina reflects the complexity of many modern conflicts and not, perhaps, the paradigm envisaged in 1949. In order to retain the relevance and effectiveness of the norms of the Geneva Conventions, it is necessary to adopt the approach here taken.<sup>500</sup>

A jurisprudência do ICTY é pródiga em precedentes que aplicam o direito costumeiro. No entanto, com relação ao elemento mental, a Câmara de Julgamento aplicou o *direito costumeiro vigente na época em que o crime foi cometido*:

390. [...] the Trial Chamber is bound to apply customary law as it existed at the time of the commission of the alleged offences. Accordingly, the Trial Chamber must, in its construction of Article 7(3), give full consideration to the standard established by article 86 of Additional Protocol I, in addition to these precedents.

393. [...] This standard, which must be considered to reflect the position of customary law at the time of the offences alleged in the Indictment, is accordingly controlling for the construction of the *mens rea* standard established in Article 7(3). The Trial Chamber thus makes no finding as to the present content of customary law on this point [...]<sup>501</sup>

Há precedentes que promovem uma *atualização do direito costumeiro*, como se pode verificar da decisão no *Caso Dusko Tadic*:

221. In addition to the aforementioned case law, the notion of common plan has been upheld in at least two international treaties. The first of these is the International Convention for the Suppression of Terrorist Bombing, adopted by consensus by the United Nations general Assembly through resolution 52/164 of 15 December 1997 and opened for signature on 9 January 1998. [...] The negotiating process does not shed any light on the reasons behind the adoption of this text. This Convention would seem to be significant because it upholds the notion of a "common criminal purpose" as distinct from that of aiding and abetting [...] Although the Convention is not yet in force, one should not underestimate the fact that it was adopted by consensus by all the members of the General Assembly. It may therefore be taken to constitute significant evidence of the legal views of a large number of States.

---

<sup>500</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Delalic et al.** Case N° IT-96-21-T. Judgement, 16 November 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/cel-tj981116e.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>501</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Delalic et al.** Case N° IT-96-21-T. Judgement, 16 November 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/cel-tj981116e.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

222. A substantially similar notion was subsequently laid down in Article 25 of the Statute of the International Criminal Court, adopted by a Diplomatic Conference in Rome on 17 July 1998 (“Rome Statute”).<sup>502</sup> [grifo nosso]

### 5.1.3.2 Precedentes

A jurisprudência de tribunais internacionais e nacionais é freqüentemente mencionada. Para HARRIS, a referência a precedentes jurisprudenciais ocorre em virtude da generalidade com que o Estatuto define os crimes dentro da jurisdição do Tribunal, da vaga normatização em tratados e convenções internacionais, tanto de aspectos procedimentais quanto materiais e às incertezas peculiares ao direito costumeiro internacional. Ainda que os crimes estejam previstos no Estatuto, os elementos dos crimes não estão. Especialmente após a IIª Guerra, houve a produção de grande material jurisprudencial sobre crimes internacionais. Na prática as Câmaras usam jurisprudência de outros tribunais, inclusive decisões de tribunais nacionais, para interpretar artigos e regras com textura aberta.<sup>503</sup>

As decisões judiciais de outros tribunais penais internacionais, tribunais de direitos humanos ou tribunais nacionais podem subsidiar as decisões do ICTY. Os precedentes judiciais na seara internacional não são vinculantes, isto é, a eles não se aplica a doutrina do precedente, como geralmente tem sido aceito no direito internacional. Assim, os precedentes funcionam apenas como argumentação persuasiva. De regra, as decisões dos tribunais internacionais produzem efeito vinculante apenas entre as partes em determinado caso concreto. O Estatuto da CIJ é expresso no artigo 159 a respeito. Igualmente a doutrina do precedente não se aplica às Câmaras da Corte Européia de Direitos Humanos.<sup>504</sup>

O ICTY refere amplamente a jurisprudência na fundamentação de suas decisões, como por exemplo, no trecho do julgamento abaixo transcrito, sem reconhecer, no entanto, qualquer efeito vinculante aos precedentes citados:

---

<sup>502</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Dusko Tadic.** Case Nº IT-94-1-A. Judgement, 15 July 1999. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2009.

<sup>503</sup> HARRIS, Claire. Precedent in the Practice of the ICTY. In: **Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk McDonald.** Ed. by Richard May [et al.], 2001, p. 341-343.

<sup>504</sup> ARCHBOLD, 2003, parágrafo 2-15f.

227. As the Tribunal is charged with the application of customary law, the Appeals Chamber will briefly consider the case-law in relation to whether there is a duty in customary law to know of all subordinate activity, breach of which will give rise to criminal responsibility in the context of command or superior responsibility. [...]  
[...] The Appeals Chamber therefore confines itself to stating that the case-law relied on by the Prosecution was not uniform on this point. No force of precedent can be ascribed to a proposition that is interpreted differently by equally competent courts.<sup>505</sup>

Para Cassese, a Corte Européia de Direitos Humanos (CoEDH), ao elucidar princípios comuns aos quarenta e quatro Estados membros, extrai os princípios aplicados por estes países, do ponto de vista de direito comparado, importantes para elucidar princípios gerais da justiça penal, comuns aos maiores sistemas de direito no mundo. O mesmo valor não se pode atribuir à jurisprudência da Corte Americana, porque a maioria de seus membros são países de *civil law*, enquanto dentre os países membros da Corte Européia há países de *civil law* e de *common law*. A influência das Cortes de direitos humanos ocorre tanto no campo processual penal internacional quanto no campo de direito material, especialmente na pesquisa dos elementos dos crimes.<sup>506</sup>

A utilização de precedentes internos ao próprio Tribunal tem fundamento no princípio do *fair trial*. Segundo MOSE, a Corte Européia de Direitos Humanos estabeleceu que normalmente deve seguir suas decisões anteriores e apenas pode se apartar destes entendimentos se houver fundadas razões para assim, proceder.<sup>507</sup>

Quanto ao ICTY, no julgamento do *Caso Aleksovski*, o Tribunal, tendo em vista a necessidade de certeza, estabilidade e previsibilidade na jurisdição criminal,

---

<sup>505</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Delalic et al.** Case Nº IT-96-21-A. Judgment, 20 February 2001. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

<sup>506</sup> CASSESE, 2003c, p. 24-26: "First and foremost, it should be noted that the main influence of European Court case law has been with respect to international criminal procedure. The ICT judges have found it necessary to resort to Strasbourg case law in defining the rights of the accused during arrest and pre-trial detention, as well as the conditions for ensuring the impartiality of the Tribunal and implementation of the principle of "equality of arms". [...] However, the influence of Strasbourg has also been felt on questions substantive criminal law. [...] the crimes set out in their Statutes are not precisely defined, generally referring back to international humanitarian law and customary rules of international criminal law. [...] the judge has an important role to play in searching for the elements that may be of aid in interpreting the relevant provisions. Of course, the European Convention is one of those elements, but the influence of the Strasbourg Court cannot be explained solely by the imprecision of the Statutes. It is also due to the similitude between the interests protected by the European Court and the two *ad hoc* criminal Tribunals."

<sup>507</sup> MOSE, 2003, p. 183 e 184.

concluiu que as Câmaras de Apelação devem seguir como regra suas decisões anteriores, podendo, no entanto, mudá-las por razões de justiça:

101. The fundamental purpose of the Tribunal is the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law. The Appeals Chamber considers that this purpose is best served by an approach which, while recognising the need for certainty, stability and predictability in criminal law, also recognises that there may be instances in which the strict, absolute application of that principle may lead to injustice.

102. The principle of the continuity of judicial decisions must be balanced by a residual principle that ensures that justice is done in all cases. [...]

105. An aspect of the fair trial requirement is the right of an accused to have like cases treated alike, so that in general, the same cases will be treated in the same way and decided as Judge Tanaka said, "possibly by the same reasoning. [...]

109. It is necessary to stress that the normal rule is that previous decisions are to be followed, and departure from them is the exception. The Appeals Chamber will only depart from a previous decision after the most careful consideration has been given to it, both as to the law, including the authorities cited, and the facts.<sup>508</sup>

Dentro do ICTY, as Câmaras de Julgamento estão vinculadas às decisões das Câmaras de Apelação por várias razões elucidadas no julgado:

113. The Appeals Chamber considers that a proper construction of the Statute requires that the *ratio decidendi* of its decisions is binding on Trial Chambers for the following reasons: (i) the Statute establishes a hierarchical structure in which the Appeals Chamber is given the function of settling definitively certain questions of law and fact arising from decisions of the Trial Chambers. [...] (ii) the fundamental mandate of the Tribunal to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law cannot be achieved if the accused and the Prosecution do not have the assurance of certainty and predictability in the application of the applicable law; and (iii) the right of appeal is [...] a component of the fair trial requirement, which is itself a rule of customary international law and gives rise to the right of the accused to have like cases treated alike.

Finalmente, entre as Câmaras de Julgamento não há qualquer vinculação:

114. The Appeals Chamber considers that decisions of Trial Chambers, which are bodies with coordinate jurisdiction, have no binding force on each other, although a Trial Chamber is free to follow the decision of another Trial Chamber if it finds that decision persuasive.<sup>509</sup>

---

<sup>508</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Aleksovski**. Case N<sup>o</sup> IT-95-14/1-A. Judgment, 24 March 2000. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/en/ale-asj000324e.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

<sup>509</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Aleksovski**. Case N<sup>o</sup> IT-95-14/1-A. Judgment, 24 March 2000. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/en/ale-asj000324e.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

### 5.1.3.3 Referência aos Direitos Nacionais

A referência aos direitos nacionais constitui fonte subsidiária de interpretação para os tribunais internacionais. O ICTY delineou os requisitos desta referência: devem ser considerados conceitos gerais e instituições legais comuns aos maiores sistemas jurídicos do mundo, cuja mera transposição direta para o direito internacional deve ser evitada.<sup>510</sup>

Whenever international criminal rules do not define a notion of criminal law, reliance upon national legislation is justified, subject to the following conditions: (i) unless indicated by an international rule, reference should not be made to one national legal system only, say that of common-law or States. Rather, international courts must draw upon the general concepts and legal institutions common to all the major legal systems of the world. This presupposes a process of identification of the common denominators in these-legal systems so as to pinpoint the basic notions they share; (ii) since "international trials exhibit a number of features that differentiate them from national criminal proceedings", account must be taken of the specificity of international criminal proceedings when utilising national law notions. In this way a mechanical importation or transposition from national law into international criminal proceedings is avoided, as well as the attendant distortions of the unique traits of such proceedings.<sup>511</sup>

Cassese demonstra o perigo de transpor noções de um sistema de direito para outro, tendo em vista que o conceito transposto perde contato com as suas origens e adquire novas conotações ressaltando o caráter subsidiário e de último recurso ao direito nacional. Nas palavras do autor:

Any time international provisions include notions and terms of art originating in national criminal law, the interpreter must first determine whether these notions or terms are given a totally autonomous significance in the international context, i.e., whether, once transposed onto the international level, they have acquired a new lease of life, absolutely independent of their original meaning. If the result of this enquiry is in the negative, the international judge must satisfy himself whether the transplant onto the international procedure entails for the notion or term an adaptation or adjustment to the characteristic features of international proceedings. This exploration should be undertaken by examining whether the general context of international proceedings and the object of the provisions regulating them delineate with sufficient precision the scope and purpose of the notion and its role in the international setting. Only if this enquiry leads to negative

<sup>510</sup> SCHABAS, 2003, p. 880-884.

<sup>511</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Furundzija**. Case Nº IT-95-17/1-T. Judgement, 10 December 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009. Ver também: CASSESE, 2001, p. 144 e 145.

conclusions is one warranted to draw upon national legislation and case -law and apply the national legal construct or terms as they are conceived and interpreted in the national context.<sup>512</sup> [grifos no original]

O objetivo primeiro do Tribunal é aplicar o direito humanitário internacional, conforme se expôs no Relatório do Secretário-Geral para o ICTY, parágrafo 19, no entanto, o Tribunal poderá fazer referência aos direitos nacionais, nas palavras do Secretário-Geral, no parágrafo 36:

36. Suggestions have been made that the international Tribunal should apply domestic law in so far as it incorporates customary international humanitarian law. While international humanitarian law as outlined above provides a sufficient basis for subject-matter jurisdiction, there is one related issue which would require reference to domestic practice, namely, penalties (see para. 111).<sup>513</sup>

O parágrafo 111 do relatório precede o artigo 24, Estatuto ICTY, onde há menção de referência ao direito nacional da ex-lugoslávia, à jurisprudência dos tribunais na cominação de penas de prisão, com o objetivo obter parâmetros para determinação do lapso temporal das penas.

No *Caso Delalic* reconhece-se que o Tribunal deve aplicar o direito internacional e suas fontes clássicas:

414. It is obvious that the subject matter jurisdiction of the Tribunal is constituted by provisions of international law. It follows, therefore, that recourse would be had to the various sources of international law as listed in Article 38 of the Statute of the ICJ, namely international conventions, custom, and general principles of law, as well as other subsidiary sources such as judicial decisions and the writings of jurists. Conversely, it is clear that the Tribunal is not mandated to apply the provisions of the national law of any particular legal system.<sup>514</sup>

O Tribunal igualmente não está obrigado a aplicar qualquer norma de direito nacional no que se refere às regras de procedimento e prova, regra 89 (A), RPP, tal qual foi decidido no *Caso Alekovski*:

---

<sup>512</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Erdemovic**. Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, 7 October 1997. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/aciug/en/erd-adojcas971007e.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

<sup>513</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808**. Disponível em: <[site http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_re808\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2009.

<sup>514</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Delalic et al.** Case Nº IT-96-21-T. Judgement, 16 November 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/cel-tj981116e.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

[...] In support of this contention, the Appellant refers to the sometimes elaborate rules in national jurisdictions covering the circumstances when courts are entitled to hold that witnesses are unavailable to give evidence. However, there is no reason to import such rules into the practice of the Tribunal, which is not bound by national rules of evidence. The purpose of the Rules is to promote a fair and expeditious trial, and Trial Chambers must have the flexibility to achieve this goal.<sup>515</sup>

Em outra decisão, em consonância com a sugestão do parágrafo 36 do relatório acima mencionado, no *Caso Dusko Tadic*, há referência ao direito penal nacional da ex-Iugoslávia, destacando a implementação das Convenções de Genebra e Protocolos para justificar que os acusados tiveram ampla acessibilidade e previsibilidade sobre os crimes internacionais que lhes são imputados, bem como a aplicação da convenção e protocolos em conflitos internos, assim, transcrevemos:

135. It should be added that, in so far as it applies to offences committed in the former Yugoslavia, the notion that serious violations of international humanitarian law governing internal armed conflicts entail individual criminal responsibility is also fully warranted from the point of view of substantive justice and equity. As pointed out above [...] such violations were punishable under the Criminal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia and the law implementing the two Additional Protocols of 1977. The same violations have been made punishable in the Republic of Bosnia and Herzegovina by virtue of the decree-law of 11 April 1992. Nationals of the former Yugoslavia as well as, at present, those of Bosnia-Herzegovina were therefore aware, or should have been aware, that they were amenable to the jurisdiction of their national criminal courts in cases of violation of international humanitarian law.<sup>516</sup>

Em outro precedente, no *Caso Tadic*, o Tribunal afasta por completo a aplicação do direito nacional porque, em virtude de sua diversidade, não se pode extrair princípios gerais de direito e, também por ausência de conexão com o parágrafo 36 do relatório:

225. It should be emphasised that reference to national legislation and case law only serves to show that the notion of common purpose upheld in international criminal law has an underpinning in many national systems. By contrast, in the area under discussion, national legislation and case law cannot be relied upon as a source of international principles or rules, under the doctrine of the general principles of law recognised by the nations of the world: for this reliance to be permissible, it would be necessary to show that

---

<sup>515</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Aleksovski**. Decision on Prosecutor's Appeal on Admissibility of Evidence, 16 February 1999. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acdec/en/90216EV36313.htm>>. Acesso em: 01 set. 2009.

<sup>516</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Dusko Tadic**. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>. Acesso em: 01 set. 2009.

most, if not all, countries adopt the same notion of common purpose. More specifically, it would be necessary to show that, in any case, the major legal systems of the world take the same approach to this notion. The above brief survey shows that this is not the case. Nor can reference to national law have, in this case, the scope and purport adumbrated in general terms by the United Nations Secretary-General in his Report, where it is pointed out that "suggestions have been made that the international Tribunal should apply *domestic law* in so far as it *incorporates* customary international humanitarian law". [...]

292 In the area under discussion, domestic law does not originate from the implementation of international law but, rather, to a large extent runs parallel to, and precedes, international regulation.<sup>517</sup>

#### 5.1.4 Princípios de Direito Penal

Na opinião de Cassese, a aplicação dos princípios gerais de direito penal no direito internacional decorre de uma transposição gradual destas noções dos sistemas jurídicos nacionais para a ordem internacional, transformando-os em princípios de direito penal internacional. Já os princípios gerais de direito internacional consistem em princípios próprios ao sistema de direito internacional, e, assim, a sua identificação não requer uma pesquisa profunda de direito comparado nos maiores sistemas do mundo, mas podem ser deduzidos e generalizados das próprias características principais do direito internacional.<sup>518</sup> Uma vez que os princípios gerais de direito se transportam para o direito internacional via tratados ou através do direito costumeiro, transformam-se em princípios gerais de direito internacional, adquirindo vida própria e, portanto, sujeitando-se às normas do sistema em que se encontram inseridos: o direito internacional público.

Confirmando a internacionalização dos direitos humanos para o direito internacional, no *Caso Tadic (Interlocutory Appeal)*, a Câmara de Apelação, ICTY, reconheceu que o direito internacional se está transformando, de uma orientação anteriormente voltada para a soberania estatal, para uma nova orientação voltada à vida humana, tornando sem sentido a distinção entre conflitos armados internos e conflitos internacionais:

---

<sup>517</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Dusko Tadic.** Case Nº IT-94-1-A. Judgement, 15 July 1999. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2009.

<sup>518</sup> CASSESE, 2003a, p. 30-33.

Fourthly, the impetuous development and propagation in the international community of human rights doctrines, particularly after the adoption of the Universal Declaration of Human Rights in 1948, has brought about significant changes in international law, notably in the approach to problems besetting the world community. A State-sovereignty-oriented approach has been gradually supplanted by a human-being-oriented approach. Gradually the maxim of Roman law *hominum causa omne jus constitutum est* (all law is created for the benefit of human beings) has gained a firm foothold in the international community as well. It follows that in the area of armed conflict the distinction between interstate wars and civil wars is losing its value as far as human beings are concerned.<sup>519</sup>

Com relação à importância e abrangência do princípio da dignidade da pessoa humana, podemos citar, no *Caso Furundzija*:

The general principle of respect for human dignity is the basic underpinning and indeed the very *raison d'être* of international humanitarian law and human rights law; indeed in modern times it has become of such paramount importance as to permeate the whole body of international law. This principle is intended to shield human beings from outrages upon their personal dignity, whether such outrages are carried out by unlawfully attacking the body or by humiliating and debasing the honour, the self-respect or the mental well being of a person.<sup>520</sup>

Em vários casos, o ICTY tem afirmado a existência de princípios gerais comuns à maioria dos sistemas jurídicos do mundo e os tem aplicado. No *Caso Erdemovic*, a Câmara de Julgamento concluiu, com base em princípios, que os crimes contra a humanidade devem ser apenados com as mais severas penas:

30. As in international law, the States which included crimes against humanity in their national laws provided that the commission of such crimes would entail the imposition of the most severe penalties permitted in their respective systems. As regards the relevant laws in the former Yugoslavia, [...] the Criminal Code of the Socialist Federative Republic of Yugoslavia [...] prescribed the harshest penalties for the commission of acts of genocide or war crimes against the civilian population.

31. The Trial Chamber thus notes that there is a general principle of law common to all nations whereby the severest penalties apply for crimes against humanity in national legal systems. It thus concludes that there exists in international law a standard according to which a crime against

---

<sup>519</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Dusko Tadic**. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>. Acesso em: 01 set. 2009.

<sup>520</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Furundzija**. Case N° IT-95-17/1-T. Judgement, 10 December 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

humanity is one of extreme gravity demanding the most severe penalties when no mitigating circumstances are present.<sup>521</sup>

No *Caso Furundzija*, a Câmara de Julgamento, para conceituar o crime de estupro, utilizou princípios gerais dos maiores sistemas jurídicos do mundo:

177. [...] The Trial Chamber therefore considers that, to arrive at an accurate definition of rape based on the criminal law principle of specificity [...] it is necessary to look for principles of criminal law common to the major legal systems of the world. These principles may be derived, with all due caution, from national laws.<sup>522</sup>

No *Caso Kupreskic*, a Câmara de Julgamento também buscou princípios gerais comuns aos vários sistemas jurídicos, para decidir questão de concurso de crimes:

669. In delving into this new area of international criminal law, the Trial Chamber will rely on general principles of international criminal law and, if no such principle is found, on the principles common to the various legal systems of the world, in particular those shared by most civil law and common law criminal systems. In this search for and examination of the relevant legal standards, and the consequent enunciation of the principles applicable at the international level, the Trial Chamber might be deemed to set out a sort of *ius praetorium*. However, its powers in finding the law are of course far more limited than those belonging to the Roman *praetor*: under the International Tribunal's Statute, the Trial Chamber must apply *lex lata* i.e. existing law, although it has broad powers in determining such law.<sup>523</sup>

No *Caso Blaskic*, a Câmara de Julgamento concluiu que o princípio da proporcionalidade da pena com relação à gravidade do crime é um princípio geral:

796. However, the principle of proportionality, a general principle of criminal law, and Article 24(2) of the Statute call on the Trial Chamber to bear in mind the seriousness of the offence and could consequently constitute the legal basis for a scale of sentences. The first question which arises therefrom concerns the existence of a scale of seriousness of the crimes over which

---

<sup>521</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Erdemovic**. Case N° IT-96-22-T. Sentencing Judgement, 29 november 1996. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-ts91961129e.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2009.

<sup>522</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Furundzija**. Case N° IT-95-17/1-T. Judgement, 10 December 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

<sup>523</sup> GAETA, 2003, p. 369-370. INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Kupreskic**. Case N° IT-95-16-T. Judgement, 14 January 2000, parágrafo 740. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

the Tribunal has jurisdiction. The question of transposing this scale when determining the sentence only comes up later.<sup>524</sup>

Conforme relata Cassese, em uma das Câmaras de Julgamento do ICTY no *Caso Furundzija*, foram delineados os limites da pesquisa aos princípios gerais. Assim, se manifestou a Câmara:

178. Whenever international criminal rules do not define a notion of criminal law, reliance upon national legislation is justified, subject to the following conditions: (i) [...] international courts must draw upon the general concepts and legal institutions common to all the major legal systems of the world. This presupposes a process of identification of the common denominators in these legal systems so as to pinpoint the basic notions they share; [...]<sup>525</sup>

#### 5.1.4.1 Princípio do *Nullum Crimen Sine Lege*

Há considerações a fazer sobre o Relatório do Secretário-Geral para o ICTY. A aplicação do princípio *nullum crimen sine lege* requer, segundo o relatório, que o Tribunal aplique o direito internacional humanitário que, sem qualquer sombra de dúvida, pertença ao direito internacional costumeiro, de maneira que o problema da adesão de Estados a determinadas convenções internacionais não fosse levantado, como consta do parágrafo 34:

34. In the view of the Secretary-General, the application of the principle *nullum crimen sine lege* requires that the international Tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise. This would appear to be particularly important in the context of an international Tribunal prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law.<sup>526</sup>

---

<sup>524</sup> MUNDIS, 2001, p. 216-227. Consultar também: INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Blaskic**. Case N° IT-95-14-T. Judgement, 3 March 2000. Disponível em: < <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

<sup>525</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Furundzija**. Case N° IT-95-17/1-T. Judgement, 10 December 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

<sup>526</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808**. Disponível em: <site [http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_re808\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2009.

No parágrafo 35, são elencadas as convenções internacionais que, além de qualquer sombra de dúvida, pertencem ao direito costumeiro:

35. The part of conventional international humanitarian law which has beyond doubt become part of international customary law is the law applicable in armed conflict as embodied in the Geneva Conventions of August 12, 1949 for the Protection of War Victims; the Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and the Regulations annexed thereto of October 18, 1907; the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948; and the Charter of the International Military Tribunal of August 8, 1945.<sup>527</sup>

Não há, segundo Boot, uma explicitação de como o princípio deva ser aplicado à jurisdição do Tribunal ou exatamente em que consistiria o princípio quanto ao seu conteúdo e extensão. Também não há referência ao princípio da legalidade como previsto nos tratados de direitos humanos. A previsão do princípio da legalidade apenas ocorreu no começo do relatório ao estabelecer a competência material do Tribunal. Nenhum artigo referente ao princípio foi incluído no Estatuto. Outros aspectos do princípio da legalidade que se assemelhariam à *void for vagness doctrine* ou *lex certa*, à regra da construção estrita ou à proibição de aplicação analógica da lei penal não foram considerados. Conclui que o princípio da legalidade meramente se referiu ao delineamento do direito aplicável e à competência do Tribunal internacional e, não, como direito do acusado ou, com relação à responsabilidade penal individual, de maneira que o Tribunal internacional está autorizado a aplicar, além do direito internacional costumeiro, qualquer tratado que seja obrigatório entre as partes na época do crime alegado e não esteja em conflito com ou derogado por normas peremptórias do direito internacional.<sup>528</sup>

O Tribunal internacional, enquanto órgão subsidiário da ONU, está submetido ao arcabouço normativo das Nações Unidas e, portanto, aos instrumentos internacionais de direitos humanos que, sem sombra de dúvida, pertençam ao direito costumeiro, já que a prática do Tribunal, como se verá adiante, indica que as fontes mencionadas no Relatório não são taxativas. O Tribunal igualmente está submetido

---

<sup>527</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808**. Disponível em: <site [http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_re808\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2009.

<sup>528</sup> BOOT, 2002, p. 246-248.

às normas de *jus cogens*. Ainda que, de maneira tênue e pouco efetiva, o princípio se aplique à responsabilidade penal individual enquanto direito do acusado. Tanto é assim, que, na jurisprudência, em alguns casos, leva-se em conta o direito costumeiro da época do crime e outras mencionam o princípio da construção estrita, o que predomina, no entanto é a responsabilização penal com base no direito penal costumeiro genérico e indeterminado.

Os objetivos e propósitos do princípio *nullum crimen sine lege*, como constantes do Relatório para o ICTY, têm sido reconhecidos na jurisprudência do ICTY. No *Caso Tadic*, além do direito costumeiro, decidiu-se que outros instrumentos internacionais vigentes entre as partes do conflito, desde que não infrinjam normas de *jus cogens*, são também aplicáveis. A Câmara de Julgamento assim, se manifestou:

143. [...] It should be emphasised again that the only reason behind the stated purpose of the drafters that the International Tribunal should apply customary international law was to avoid violating the principle of *nullum crimen sine lege* in the event that a party to the conflict did not adhere to a specific treaty. [...] It follows that the International Tribunal is authorised to apply, in addition to customary international law, any treaty which: (i) was unquestionably binding on the parties at the time of the alleged offence; and (ii) was not in conflict with or derogating from peremptory norms of international law, as are most customary rules of international humanitarian law. [...] As already mentioned above (paras. 75 and 88), representatives of the United States, the United Kingdom and France all agreed that Article 3 of the Statute did not exclude application of international agreements binding on the parties. [...] <sup>529</sup>

A Câmara de Apelação, no *Caso Tadic*, desautorizou o relatório do Secretário-Geral enquanto uma declaração pertencente ao direito internacional costumeiro, reconheceu discrepâncias entre o relatório e o Estatuto, decidiu pela prevalência do último, admitiu a possibilidade de interpretação dos crimes de forma diferente da prevista no direito costumeiro e, por fim, conferiu caráter não vinculante ao relatório sobre o Tribunal:

296. Moreover, the Report of the Secretary-General does not purport to be a statement as to the position under customary international law. As stated above, it is open to the Security Council - subject to respect for peremptory norms of international law (*jus cogens*) – to adopt definitions of crimes in the Statute which deviate from customary international law. [...] although the discrepancy between the Report and the Statute is conspicuous, the wording of Article 5 is so clear and unambiguous as to render it unnecessary to resort

---

<sup>529</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Dusko Tadic**. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>. Acesso em: 01 set. 2009.

to secondary sources of interpretation such as the Secretary-General's Report. Hence, the literal interpretation of Article 5 of the Statute, outlined above, must necessarily prevail.

297. Furthermore, it may be argued that, in his Report, the Secretary-General was merely *describing* the notion of crimes against humanity in a general way, as opposed to stipulating a technical, legal definition intended to be binding on the Tribunal. [...].<sup>530</sup>

Percebe-se aí uma tendência da ampliação do número de fontes que podem ser consideradas pelo Tribunal, além das referidas no relatório do Secretário-Geral, como pertencentes , sem sombra de dúvida, ao direito costumeiro. Não há previsibilidade suficiente quanto ao direito aplicável. Quer quanto às fontes, quer quanto ao conteúdo, há uma indeterminação bastante ampla. Ora o direito costumeiro é atualizado, ora é aplicado nos padrões da época do crime.

O Relatório do Secretário-Geral e o Estatuto constituem-se nos instrumentos fundacionais do Tribunal e não podem ser desconsiderados na interpretação da jurisdição, no entanto, como exemplificado, há decisões que lhe atribuem valor meramente descritivo. A insegurança jurídica ocorre, na medida em que teses opostas mostram-se igualmente defensáveis, através de métodos lícitos de interpretação.

Mais especificadamente, no *Caso Delalic* mencionou-se que o *nullum crimen sine lege* e o *nulla poena sine lege*, embora aceitos como sendo princípios bem reconhecidos na maioria dos sistemas criminais do mundo como princípios penais fundamentais, remanesceu dúvida quanto à extensão em que esses princípios seriam admitidos no direito internacional. A decisão concluiu no sentido de que o princípio da legalidade no direito internacional difere dos correlatos previstos nos direitos nacionais por causa dos diferentes métodos de criminalização da conduta nos sistemas jurídicos nacionais e internacionais, bem como pelo balanceamento entre *fairness* e justiça que deve ocorrer nos processos internacionais. A Câmara de Julgamento assim, se manifestou:

402. The principles *nullum crimen sine lege* and *nulla poena sine lege* are well recognised in the world's major criminal justice systems as being fundamental principles of criminality. Another such fundamental principle is the prohibition against *ex post facto* criminal laws with its derivative rule of non-retroactive application of criminal laws and criminal sanctions.

---

<sup>530</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Dusko Tadic.** Case Nº IT-94-1-A. Judgement, 15 July 1999. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2009.

Associated with these principles are the requirement of specificity and the prohibition of ambiguity in criminal legislation. These considerations are the solid pillars on which the principle of legality stands. Without the satisfaction of these principles no criminalisation process can be accomplished and recognised.

403. The above principles of legality exist and are recognised in all the world's major criminal justice systems. It is not certain to what extent they have been admitted as part of international legal practice, separate and apart from the existence of the national legal systems. This is essentially because of the different methods of criminalisation of conduct in national and international criminal justice systems.

404. Whereas the criminalisation process in a national criminal justice system depends upon legislation which dictates the time when conduct is prohibited and the content of such prohibition, the international criminal justice system attains the same objective through treaties or conventions, or after a customary practice of the unilateral enforcement of a prohibition by States.

405. It could be postulated, therefore, that the principles of legality in international criminal law are different from their related national legal systems with respect to their application and standards. They appear to be distinctive, in the obvious objective of maintaining a balance between the preservation of justice and fairness towards the accused and taking into account the preservation of world order. [...].<sup>531</sup>

Cassese não concorda com a explicação, na medida em que entende que a diferença entre as normas de direito nacional e as normas do direito internacional reside no estágio ainda rudimentar de desenvolvimento do último. O direito penal internacional ainda não chegou ao grau de sofisticação dos sistemas nacionais e, portanto, os princípios não são aplicáveis no âmbito internacional em todas as suas implicações e ramificações.<sup>532</sup>

Bem fundamenta Cassese, pois a razão de ser do princípio penal da legalidade, proteção contra arbitrariedades e autorização da invasão da esfera de liberdade nos casos previstos, independe da consideração sobre qual sistema jurídico o aplicaria. Ademais, o desenvolvimento do direito penal internacional recente indica um vetor, no sentido de se sair de um estágio rudimentar para um estágio mais institucionalizado, com a criação do Tribunal Penal Internacional.

Para colocar o princípio da legalidade além de dúvida, este deverá obedecer a regra da construção estrita e da proibição de *ex post facto laws*, na linguagem da decisão do Tribunal:

408. To put the meaning of the principle of legality beyond doubt, two important corollaries must be accepted. The first of these is that penal

---

<sup>531</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Delalic et al.** Case Nº IT-96-21-T. Judgement, 16 November 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/cel-tj981116e.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>532</sup> CASSESE, 2003a, p. 135 e 136. Consultar também: WEIGEND, 2004, p. 323; e ARCHOBOLD, 2003, parágrafos 2-13, 2-14.

statutes must be strictly construed, this being a general rule which has stood the test of time. Secondly, they must not be given retroactive effect. This is in addition to the well-recognised paramount duty of the judicial interpreter, or judge, to read into the language of the legislature, honestly and faithfully, its plain and rational meaning and to promote its object. This rule would appear to have been founded on the firm principle that it is for the legislature and not the court or judge to define a crime and prescribe its punishment.<sup>533</sup>

Para McGoldrick, o princípio da legalidade nos julgamentos do ICTY está fundado sobre o direito penal internacional costumeiro. O problema surge não porque haja dúvida quanto à existência dos crimes, mas os seus elementos constitutivos não estão suficientemente especificados para efeitos penais.<sup>534</sup> Em face da indeterminação dos conceitos dos crimes, o Tribunal faz enorme esforço interpretativo para defini-los sob sua jurisdição.

Cassese relata que a Câmara de Apelação no *Caso Aleksosvski (Appeal)* expressou-se no sentido de que o princípio da legalidade não impediria o Tribunal, quer no nível nacional ou internacional, de determinar um elemento através do processo de interpretação e nem de se referir a decisões prévias que refletiriam uma interpretação sobre o significado de particulares elementos do crime.<sup>535</sup> Nas palavras da decisão:

127. There is, therefore, no breach of the principle of *nullum crimen sine lege*. That principle does not prevent a court, either at the national or international level, from determining an issue through a process of interpretation and clarification as to the elements of a particular crime; nor does it prevent a court from relying on previous decisions which reflect an interpretation as to the meaning to be ascribed to particular ingredients of a crime.<sup>536</sup>

Ainda que o normal processo interpretativo do Tribunal não desrespeite o princípio da legalidade, os métodos de interpretação empregados podem desvirtuar a aplicação do princípio. Por esta razão, os Estatutos penais estão sujeitos ao princípio da construção estrita. Segundo Schabas, o princípio da construção estrita é

<sup>533</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Delalic et al.** Case N° IT-96-21-T. Judgment, 16 November 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/cel-tj981116e.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>534</sup> MCGOLDRICK, 2004, p. 25-28: "The Statute does not expressly refer to common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949, which would apply in a non-international armed conflict. However, the reference to 'violations of the laws or customs of war' in Article 3 of the Statute covers common Article 3. Genocide and crimes against humanity are difficult to prosecute. The mental element (*mens rea*) for genocide requires a specific intent, which can be hard to prove. It has been prosecuted at the ICTY but there was no successful conviction until 2001 in Prosecutor v Krstic."

<sup>535</sup> CASSESE, 2003a, p.148-149.

<sup>536</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Aleksosvski.** Case N° IT-95-14/1-A. Judgment, 24 March 2000. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/aleksosvski/acjug/en/ale-asj000324e.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

um conceito emprestado dos direitos nacionais, aplicável no direito penal internacional, por ser um princípio geral de direito nos termos do artigo 38, Estatuto, CIJ e, em caso de dúvida, esta deve ser resolvida pela interpretação em favor do acusado.<sup>537</sup> Em se tratando de interpretação de normas penais, impõe-se de regra a interpretação estrita, de maneira que os tribunais internacionais não gozam da mesma liberdade de apreciação que a Corte Europeia de Direitos Humanos, não podendo ampliar a aplicação das normas, ou aplicá-la extensivamente em detrimento do acusado, de acordo com o entendimento de Cassese.<sup>538</sup>

#### 5.1.4.1.1 Princípio da construção estrita, interpretação literal e teleológica

O direito internacional público, nos termos do artigo 31 (1), CVDT, prevê que aos termos do tratado seja atribuído *sentido comum*. Esta regra não conflita com os objetivos de garantia do princípio da legalidade e tem sido utilizada na jurisprudência do Tribunal, às vezes entendida como interpretação literal. Como por exemplo, no *Caso Delalic*, aplicou-se o sentido comum:

509. Secondly, the Commentary suggests that “causing great suffering” encompasses more than mere physical suffering, and includes moral suffering. This view is supported by the plain, ordinary meaning of the words “wilfully causing great suffering”, which are not qualified by the words “to body or health”, as is the case with “causing injury”. Thus, the suffering incurred can be mental or physical.

510. Thirdly, the Commentary posits a possible criterion for judging the seriousness of the injury, being an incapacity to work. While this may well be the case in some situations, when ascertaining the meaning of the term “serious” in the absence of other interpretive material, the Trial Chamber must look to the plain ordinary meaning of the word. The Oxford English Dictionary defines this word as “not slight or negligible”. Similarly, the term “great” is defined as “much above average in size, amount or intensity”. The

---

<sup>537</sup> SCHABAS, 2003, p. 852-855: “But even in domestic legal systems, the ancient principle of strict construction of penal statutes has been attenuated rather considerably in recent years. Under the common law, it was very much a technique to avoid capital punishment for trivial offences, a principle in *favorem vitae*. [...] National practice suggests, then, that it is an uncertain and irregular rule of statutory construction. In other words, article 20 (2) of the Rome Statute, which codifies strict construction for the definitions of crimes, is an exception to rather than a confirmation of any general principle of law. The only occasional references to such a rule in the jurisprudence of the ad hoc Tribunals confirm this observation.”

<sup>538</sup> CASSESE, 2003c, p. 49 e 50.

Trial Chamber therefore views these quantitative expressions as providing for the basic requirement that a particular act of mistreatment results in a requisite level of serious suffering or injury.<sup>539</sup>

A interpretação literal isoladamente considerada pode levar a resultados interpretativos inesperados ou absurdos, caso em que outros recursos entram em ação. No *Caso Dusko Tadic*, além da interpretação literal, o Tribunal recorreu à interpretação teleológica, como se pode observar da decisão:

71. On the face of it, some provisions of the Statute are unclear as to whether they apply to offences occurring in international armed conflicts only, or to those perpetrated in internal armed conflicts as well. [...] the Appeals Chamber will therefore consider the object and purpose behind the enactment of the Statute.<sup>540</sup>

O princípio da construção estrita dos Estatutos penais já foi referido na prática do Tribunal. Nas palavras da decisão, resumidamente:

410. The rule of strict construction requires that the language of a particular provision shall be construed such that no cases shall be held to fall within it which do not fall both within the reasonable meaning of its terms and within the spirit and scope of the enactment. In the construction of a criminal statute no violence must be done to its language to include people within it who do not ordinarily fall within its express language. The accepted view is that if the legislature has not used words sufficiently comprehensive to include within its prohibition all the cases which should naturally fall within the mischief intended to be prevented, the interpreter is not competent to extend them. The interpreter of a provision can only determine whether the case is within the intention of a criminal statute by construction of the express language of the provision. [...]

413. The effect of strict construction of the provisions of a criminal statute is that where an equivocal word or ambiguous sentence leaves a reasonable doubt of its meaning which the canons of construction fail to solve, the benefit of the doubt should be given to the subject and against the legislature which has failed to explain itself.[...]

430 This is why ambiguous criminal statutes are to be construed *contra proferentem*.<sup>541</sup>

O Tribunal explica o princípio da construção estrita dos Estatutos penais pormenorizadamente, não fornecendo as fontes nacionais ou internacionais que

---

<sup>539</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Delalic et al.** Case N° IT-96-21-T. Judgement, 16 November 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/cel-tj981116e.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>540</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Dusko Tadic.** Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>. Acesso em: 01 set. 2009.

<sup>541</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Delalic et al.** Case N° IT-96-21-T. Judgement, 16 November 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/cel-tj981116e.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

considerou e nem como o princípio poderia ser aplicado ao Estatuto, exceto quanto à aplicação mais benéfica, em caso de dúvida. A descrição relembra a doutrina penal dos sistemas nacionais de *civil law*, mas como o Tribunal deve aplicar o direito humanitário internacional, lacunoso e fragmentário por excelência, no qual o Juiz exerce um papel de harmonização e construção dos conceitos, o sistema de justiça penal internacional no ICTY acaba funcionando como um sistema mais parecido com o *common law*. Na verdade, existe uma miscelânea de decisões ao sabor dos dois sistemas.<sup>542</sup>

Há um caso interessante em que o Tribunal decidiu pela não-aplicação da interpretação estrita porque levaria a uma interpretação em desacordo com o direito costumeiro:

713. In contrast, the Statute contains the conjunctive “and” between the various listed bases, thus seemingly implying that the discrimination must be based on all of these grounds (*i.e.*, race, religion and politics) in order to constitute persecution under the Statute. If this implication is correct it deviates greatly from customary international law. While it is not impossible that such a deviation was intended, given that the Statute in several instances deviates from custom by being more restrictive than required, in all other instances this has been explicitly noted by the Secretary-General. [...] Thus to use the word “and” is not illogical and, since there is no clear indication of an intention to deviate from customary international law, it is highly unlikely that the Statute’s drafters intended the word “and” to require all three grounds to be present. The Statute should therefore be read in accordance with custom whereby each of the three grounds in and of itself is a sufficient basis for persecution.<sup>543</sup>

O princípio do *favor rei* foi reconhecido pela Câmara de Julgamento no *Caso Krstic*, nas palavras da decisão:

502. In this respect, the ICC definition of extermination indicates that it would be sufficient that the criminal acts be “calculated to bring about the destruction of *part* of the population.” The Trial Chamber notes that this definition was adopted after the time the offences in this case were committed. In accordance with the principle that where there is a plausible difference of interpretation or application, the position which most favours the accused should be adopted, the Chamber determines that, for the purpose of this case, the definition should be read as meaning the destruction of a numerically significant part of the population concerned.<sup>544</sup>

---

<sup>542</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Delalic et al.** Case N° IT-96-21-T. Judgement, 16 November 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/cel-tj981116e.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>543</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Tadic.** Case N° IT-94-1-T. Judgement, 7 May 1997. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-tsj70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>544</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Krstic.** Case N° IT-98-33-T. Judgement, 2 August 2001. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

A Convenção de Viena, ao lado do sentido comum dos termos, no artigo 31 (1) aponta para uma interpretação teleológica referente ao objeto e propósito dos tratados que, na linguagem do ICTY, refere-se ao objeto e propósito do Estatuto. Nas palavras precisas de SCHABAS, “The term “object and purpose” can mean all things to all people.”<sup>545</sup> [grifo nosso]

A aplicação da interpretação teleológica ocorre na prática do ICTY e muitas vezes tem levado a resultados desconcertantes em completa dissonância com o princípio da legalidade. Por exemplo, aplicou-se a interpretação teleológica para determinar o conceito de tortura:

253. These legal propositions, which are based on a logical interpretation of the customary rules on torture, are supported by a teleological construction of these rules. To demonstrate this point, account must be taken of some modern trends in many States practicing torture: [...] <sup>546</sup>

O mesmo posicionamento ocorreu no *Caso Furundzija*:

254. International law, were it to fail to take account of these modern trends, would prove unable to cope with this despicable practice. The rules of construction emphasising the importance of the object and purpose of international norms lead to the conclusion that international law renders all the aforementioned persons equally accountable, although some may be sentenced more severely than others, depending upon the circumstances. In other words, the nature of the crime and the forms that it takes, as well as the intensity of international condemnation of torture, suggest that in the case of torture all those who in some degree participate in the crime and in particular take part in the pursuance of one of its underlying purposes, are equally liable. <sup>547</sup>

No *Caso Tadic*, optou-se pela interpretação ampla do Estatuto, não apenas em função de uma interpretação teleológica, mas também por razões de justiça, em função da natureza dos crimes cometidos:

190. [...] Thus, all those who have engaged in serious violations of international humanitarian law, whatever the manner in which they may have perpetrated, or participated in the perpetration of those violations, must be brought to justice. If this is so, it is fair to conclude that the Statute does not confine itself to providing for jurisdiction over those persons who plan,

<sup>545</sup> SCHABAS, 2003, p. 861-864.

<sup>546</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Tadic.** Case Nº IT-95-17/1-T, 10 December 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2009.

<sup>547</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Furundzija.** Case No. IT-95-17/1-T. Judgement, 10 December 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

instigate, order, physically perpetrate a crime or otherwise aid and abet in its planning, preparation or execution. The Statute does not stop there. It does not exclude those modes of participating in the commission of crimes which occur where several persons having a common purpose embark on criminal activity that is then carried out either jointly or by some members of this plurality of persons. Whoever contributes to the commission of crimes by the group of persons or some members of the group, in execution of a common criminal purpose, may be held to be criminally liable, subject to certain conditions, which are specified below.

191. The above interpretation is not only dictated by the object and purpose of the Statute but is also warranted by the very nature of many international crimes which are committed most commonly in wartime situations. [...] <sup>548</sup>

Há vários outros exemplos na prática do ICTY onde se aplica uma interpretação expansiva, algumas vezes em prejuízo do acusado, algumas vezes para aumentar a proteção das vítimas. Exemplificamos com várias decisões: no *Caso Aleksovski*: “75. [...] The generic term “superior” in Article 7(3) of the Statute can be interpreted only to mean that superior responsibility is not limited to military commanders but may apply to the civilian authorities as well. [...] <sup>549</sup>; no *Caso Jelusic*: “54. It follows from the letter and the spirit of Article 5 that the term “civilian population” must be interpreted broadly. [...]” <sup>550</sup>; no *Caso Aleksovski*: “The Appeals Chamber considers that this extended application of Article 4 meets the object and purpose of Geneva Convention IV, and is particularly apposite in the context of present-day inter-ethnic conflicts.” <sup>551</sup>; e no *Caso Dusko Tadic*, “220. In sum, the Appeals Chamber holds the view that the notion of common design as a form of accomplice liability is firmly established in customary international law and in addition is upheld, albeit implicitly, in the Statute of the International Tribunal. [...]” <sup>552</sup>.

Há o caso paradigmático no qual o conceito de *estupro* restou ampliado com base no princípio da dignidade humana. No *Caso Furundzija*, embora na ausência

---

<sup>548</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Dusko Tadic.** Case Nº IT-94-1-A. Judgement, 15 July 1999. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2009.

<sup>549</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Aleksovski.** Case Nº IT-95-14/1-T, Judgement, 25 June 1999. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/tjug/en/ale-tj990625e.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2009.

<sup>550</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Jelusic.** Case Nº IT-95-10-T. Judgement, 14 December 1999. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/jelusic/tjug/en/jel-tj991214e.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2009.

<sup>551</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Aleksovski.** Case Nº IT-95-14/1-A. Judgment, 24 March 2000. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/en/ale-asj000324e.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

<sup>552</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Dusko Tadic.** Case Nº IT-94-1-A. Judgement, 15 July 1999. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2009.

de casos anteriores em direito penal internacional classificando *sexo oral forçado* como *estupro*, diante ainda de uma prática nacional inconclusiva (o fato era sempre tratado como crime, mas nem sempre sob a mesma classificação), porém com base no princípio da dignidade da pessoa humana e no precedente *Akayesu*, decidiu-se que a conduta seria classificada como *estupro*. A Câmara de Julgamento considerou que não houve desrespeito ao *nullum crimen sine lege*. Nas palavras da Câmara de Julgamento:

182. A major discrepancy may, however, be discerned in the criminalisation of forced oral penetration: [...]

183. The Trial Chamber holds that the forced penetration of the mouth by the male sexual organ constitutes a most humiliating and degrading attack upon human dignity. [...]

184. Moreover, the Trial Chamber is of the opinion that it is not contrary to the general principle of *nullum crimen sine lege* to charge an accused with forcible oral sex as rape [...] Moreover any such concern is amply outweighed by the fundamental principle of protecting human dignity, a principle which favours broadening the definition of rape.<sup>553</sup>

No *Caso Jelisic*, procura-se identificar o conceito do crime de genocídio no direito internacional costumeiro, mencionando um número enorme de fontes, sem qualquer possibilidade lógica quanto à aplicação do princípio da construção estrita dos Estatutos penais. O fato objetivo de as fontes consideradas pertencerem, sem sombra de dúvida, tão somente ao *direito costumeiro*, basta para atender as exigências do princípio da legalidade. Nas palavras da Câmara de Julgamento:

61. In accordance with the principle *nullum crimen sine lege*, the Trial Chamber means to examine the legal ingredients of the crime of genocide taking into account only those which beyond all doubt form part of customary international law. Several sources have been considered in this respect. First, the Trial Chamber takes note of the Convention on whose incontestable customary value it has already remarked. It interprets the Convention's terms in accordance with the general rules of interpretation of treaties set out in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. In addition to the normal meaning of its provisions, the Trial Chamber also considered the object and purpose of the Convention and could also refer to the preparatory work and circumstances associated with the Convention's coming into being. The Trial Chamber also took account of subsequent practice grounded upon the Convention. Special significance was attached to the Judgements rendered by the Tribunal for Rwanda, in particular to the *Akayesu* and *Kayishema* cases [...] The practice of States, notably through their national courts, and the work of international authorities in this field have also been taken into account. The ILC report commenting upon the "Articles of the Draft Code of Crimes Against the Peace and

---

<sup>553</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Furundzija**. Case N° IT-95-17/1-T. Judgement, 10 December 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

Security of Mankind” which sets out to transcribe the customary law on the issue appeared especially useful.<sup>554</sup>

Shahabuddeen relata que, no *Caso Tadic*, a Câmara de Apelação afirmou unânime que normas costumeiras de direito internacional criminalizavam certas categorias de condutas em conflitos armados internos. Antes desta decisão, violações ao direito humanitário em conflitos internos não significavam crimes de guerra. A Câmara de Apelação dispôs pela criminalização e, desde então, esta concepção tem sido aceita.<sup>555</sup> No *Caso Tadic*, em 1995, a Câmara de Apelação assim, considerou:

In an important subsequent development, States specified certain minimum mandatory rules applicable to internal armed conflicts in common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949. The International Court of Justice has confirmed that these rules reflect "elementary considerations of humanity" applicable under customary international law to any armed conflict, whether it is of an internal or international character. (Nicaragua Case, at para. 218). Therefore, at least with respect to the minimum rules in common Article 3, the character of the conflict is irrelevant. [...]

Indeed, elementary considerations of humanity and common sense make it preposterous that the use by States of weapons prohibited in armed conflicts between themselves be allowed when States try to put down rebellion by their own nationals on their own territory. What is inhumane, and consequently proscribed, in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife.<sup>556</sup>

A Corte Internacional de Justiça, em 1986, no *Caso das Atividades Paramilitares na Nicarágua*, afirmou que o artigo 3 comum é aplicável em conflitos armados internacionais e não internacionais:

Article 3 which is common to all four Geneva Conventions of 12 August 1949 defines certain rules to be applied in the armed conflicts of a non international character. There is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules also constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts ; and they are rules which, in the Court's opinion, reflect what the Court in 1949 called "elementary considerations of humanity" (Corfu Channel, Merits, [...])<sup>557</sup>

---

<sup>554</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Jelusic**. Case Nº IT-95-10-T. Judgement, 14 December 1999. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/jelusic/tjug/en/jel-tj991214e.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2009.

<sup>555</sup> SHAHABUDDEEN, 2004a, p.1015. Ver também: NIETO-NAVIA, 2003, p. 635-638.

<sup>556</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Dusko Tadic**. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>. Acesso em: 01 set. 2009.

<sup>557</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua** (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, paragraph 218. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2009.

Finalmente, no *Caso Delalic*, em 2001, o ICTY corroborou a interpretação realizada pela CIJ e a interpretação realizada no *Caso Tadic*, nas palavras da Câmara de Apelação:

144. It is these very principles that the ICJ considered as giving expression to fundamental standards of humanity applicable in *all* circumstances. [...]

150. It is both legally and morally untenable that the rules contained in common Article 3, which constitute mandatory minimum rules applicable to internal conflicts, in which rules are less developed than in respect of international conflicts, would not be applicable to conflicts of an international character. The rules of common Article 3 are encompassed and further developed in the body of rules applicable to international conflicts. It is logical that this minimum be applicable to international conflicts as the substance of these core rules is identical. In the Appeals Chamber's view, something which is prohibited in internal conflicts is necessarily outlawed in an international conflict where the scope of the rules is broader. The Appeals Chamber is thus not convinced by the arguments raised by the appellants and finds no cogent reasons to depart from its previous conclusions.<sup>558</sup>

Com relação ao princípio do *nullum crimen sine lege*, o aspecto interessante da decisão é a aplicação de *ex post facto law*, nas palavras de Shahabuddeen:

The decision in that case, by which the matter was 'authoritatively' settled, was given on 2 October 1995. Under the Statute of the Tribunal, a breach of a relevant rule relating to an internal armed conflict could have occurred between that date and 1991. A person accused of such a breach could say that his act was not regarded as criminal at the time at which it was done. *Nullum crimen sine lege* would therefore apply in his favour. The only answer would be to say that the act fell, at the time at which it was done, within the essence of the criminality imputed to similar acts when done in international armed conflict. It is believed that this is how *Tadic* would have regard the matter.<sup>559</sup>

Schabas também discute a questão, ressaltando que a proibição do *ex post facto law* deve ser aplicado, caso o crime não exista no tempo da sua prática. Os casos perante o ICTY são de uma natureza diversa, o princípio da legalidade é utilizado para que a jurisdição do Tribunal seja afastada e não, para fundamentar a alegação de que os crimes não existiriam na época.<sup>560</sup>

---

<sup>558</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Delalic et al.** Case Nº IT-96-21-A. Judgment, 20 February 2001. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

<sup>559</sup> SHAHABUDEEN, 2004a, p. 1015. Ver também, NIETO-NAVIA, 2003, p.635-638.

<sup>560</sup> SCHABAS, 2003, p. 886-888: "Even if we suppose, for the sake of argument, and as many believed before the Tadic Jurisdiction Decision, that there was no individual criminal liability at international law in internal armed conflict, the underlying acts of killing, torture and rape remained

#### 5.1.4.1.2 Interpretação de tratados multilíngües

Como anexo à resolução do Conselho de Segurança, o Estatuto do ICTY tem seis versões oficiais em idiomas diferentes, correspondendo às seis línguas oficiais das Nações Unidas. O Estatuto indica que os idiomas de trabalho do Tribunal são o inglês e o francês e, por esta razão, as RPP são escritas apenas nestes idiomas. A regra 3, RPP, repetindo o Estatuto, prevê os idiomas de trabalho, mas o acusado, ou terceiros que compareçam perante o Tribunal, têm o direito de usar sua própria língua. Caso haja problemas de interpretação nas regras, a versão que mais fidedignamente refletir o espírito do Estatuto e das regras é que deve prevalecer.<sup>561</sup> A regra 7 expressa que as RPP têm duas versões oficiais em inglês e francês e que, em caso de discrepância, deve prevalecer a versão que melhor se coaduna com o Estatuto e com o corpo de regras. Discrepâncias lingüísticas já ocorreram, resultando na emenda da versão francesa da Regra 94, em 24 de julho de 2009.<sup>562</sup>

#### 5.1.4.2 Princípio do *Nulla Poena Sine Lege*

Cassese expõe que, em especial nos sistemas de *civil law*, considera-se necessária a existência de uma escala de penas para cada crime a fim de assegurar a aplicação uniforme da lei penal por todos os tribunais e para que os destinatários das normas possam conhecer o possível castigo a que estão submetidos se transgredirem a norma penal. O mesmo princípio não tem aplicação no direito penal

---

crimes under general principles of law. An offender can plead that the Tribunal is without jurisdiction, based on a certain interpretation of the subject-matter provisions, but it cannot be argued that he or she did not know it was wrong. It would be different if an accused could claim that behaviour not only was outside the Tribunal's jurisdiction but also that it was genuinely innocent because the alleged crime itself did not exist. But Tadic, Furundzija, Akayesu and the others never dared advance such an argument.”

<sup>561</sup> SCHABAS, 2003, p. 884 e 885.

<sup>562</sup> INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Amendments to the Rules of Procedure and Evidence**, IT/265, 24 July 2009. Disponível em: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules\\_procedure\\_evidence/IT32Rev42amendments\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT32Rev42amendments_en.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2009.

internacional onde estas escalas de penalidades não existem, gozando os tribunais internacionais de grande discricionariedade para fixar as penalidades.<sup>563</sup>

Na visão de Fife, as penalidades dos tribunais militares e dos tribunais *ad hoc* provocam críticas por não adimplirem os requisitos do princípio *nulla poena sine lege* e porque deixam aos Juízes uma ampla discricionariedade para fixar as penalidades impostas. As Cartas de Nuremberg e Tóquio previam a possibilidade de pena de morte, prisão perpétua ou outras penalidades determinadas pelos tribunais como justas, com a possibilidade adicional de decretar o perdimento de propriedades. Já os Estatutos dos tribunais *ad hoc* não prevêem uma discricionariedade tão ampla. A única pena aplicável é de prisão, com a possibilidade adicional de se requerer a devolução de bens ou proveitos. Não se estabelece o máximo de pena a ser fixado. As RPP especificam que a prisão perpétua pode ser aplicada. A ausência de previsão da pena de morte nos Estatutos dos tribunais *ad hoc* representa e está de acordo com o desenvolvimento, desta tendência no direito internacional. Em que pese tenha havido um razoável desenvolvimento pode-se dizer que a imposição de penas ainda permite uma elevada discricionariedade aos Juízes.<sup>564</sup>

O artigo 25, Estatuto, dispõe sobre as penalidades: “The penalty imposed by the Trial Chamber shall be limited to imprisonment. In determining the terms of imprisonment, the Trial Chambers shall have recourse to the general practice regarding prison sentences in the courts of the former Yugoslavia.”; e a Regra 101 (B)(iii): “In determining the sentence, the Trial Chamber shall take into account the factors mentioned in Article 23 (2) of the Statute, as well as such factors as: [...] (iii) the general practice regarding prison sentences in the courts of Yugoslavia”. Apesar da literalidade tanto dos dispositivos do Estatuto quanto das RPP, no *Caso Erdemovic*, a Câmara de Julgamento dispôs que o princípio da *nulla poena sine lege* não impõe a referência à prática geral, às sentenças que impõem pena de prisão, nos tribunais da ex-Iugoslávia. Seguir esta interpretação significaria negar a natureza penal dos crimes contra a humanidade, universalmente aceita (o código penal local previa crimes assemelhados, mas não estritamente o crime contra a humanidade). Concluiu-se que o princípio da *nulla poena* não tinha caráter absoluto, devendo ceder diante de outros princípios, para não permitir que violações extremamente

---

<sup>563</sup> CASSESE, 2003a, p.157 e 158.

<sup>564</sup> FIFE, Rolf Einar. Penalties. In: **The International Criminal Court**: the making of the Rome statute Issues, negotiations, results. Edited by Roy S. Lee, in cooperation with the project on International Courts and Tribunals. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 323-325.

sérias de princípios aceitos de direito internacional humanitário ficassem impunes. Os fatos deveriam ser considerados puníveis, na medida em que a ameaça de punição ainda que indefinida, já era existente na época.<sup>565</sup> Nas palavras da Câmara de Julgamento:

35. The Trial Chamber notes that a crime against humanity as defined in Article 5 of the International Tribunal's Statute is not, strictly speaking, provided for in the Criminal Code of the former Yugoslavia. Upon examination of this code, however, the Trial Chamber is of the opinion that the only principle which should be given weight is this: that the code reserves its most severe penalties for crimes, including genocide, which are of a similar nature to crimes against humanity. [...]

38. The Trial Chamber has, in fact, demonstrated that crimes against humanity are a well established part of the international legal order and have incurred the severest penalties. [...]

39. Given the absence of meaningful national judicial precedents and the legal and practical obstacles to a strict application of the reference to the general practice regarding prison sentences in the courts of the former Yugoslavia, the Trial Chamber considers that the reference to this practice can be used for guidance, but is not binding. [...]

40. In conclusion, the Trial Chamber finds that reference to the general practice regarding prison sentences applied by the courts of the former Yugoslavia is, in fact, a reflection of the general principle of law internationally recognised by the community of nations whereby the most severe penalties may be imposed for crimes against humanity. In practice, the reference means that all the accused who committed their crimes on the territory of the former Yugoslavia could expect to be held criminally responsible. No accused can claim that at the time the crimes were perpetrated he was unaware of the criminal nature of his acts and the severity of the penalties sanctioning them. Whenever possible, the International Tribunal will review the relevant legal practices of the former Yugoslavia but will not be bound in any way by those practices in the penalties it establishes and the sentences it imposes for the crimes falling within its jurisdiction.<sup>566</sup>

Muitas críticas podem ser elaboradas com base neste posicionamento. O princípio do *nulla poena sine lege* foi considerado como um princípio geral de justiça, nos mesmos moldes que o Tribunal de Nuremberg considerou o princípio da legalidade naquela época. O fato de o crime não estar previsto na legislação

---

<sup>565</sup> SCHABAS, William A. Perverse effects of the *nulla poena* principle: national practice and the *ad hoc* Tribunals. **European Journal of International Law**, v. 11, afl. 3, 2000. (b), p. 524-528: "Because the Statute of the Yugoslavia Tribunal excluded the death penalty 'general' practice' would appear to dictate a maximum available sentence of 20 years. [...] Many states that have abolished capital punishment do not replace it with life imprisonment, on the belief that perpetual detention is also a form of cruel, inhuman and degrading punishment. Yugoslavia itself seems to have eliminated life imprisonment for this reason, although continuing to retain the death penalty for serious cases. [...] Despite the silence of the Statute on this point, and the possible breach of both the *nulla poena* rule as well as the prohibition of cruel treatment, they recognized a maximum penalty of life imprisonment in Article 101 (A) of the Rules. [...]"

<sup>566</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Erdemovic**. Case N° IT-96-22-T. Sentencing Judgement, 29 november 1996. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-ts961129e.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2009.

nacional não é requisito para que o Tribunal exerça sua jurisdição, porquanto o Tribunal deve aplicar o direito internacional humanitário costumeiro. A ausência de tipificação do fato implica necessariamente na ausência de qualquer prática nos tribunais locais e na impossibilidade de ser considerada a referência à prática nacional como obrigatória. Na opinião de Endo, a Câmara de Julgamento no *Caso Erdemovic* ao julgar crimes contra a humanidade que não existem no direito iugoslavo, disse que , "the only principle which should be given weight is this: that the code reserves its most severe penalties for crimes, including genocide, which are of a similar nature to crimes against humanity". Por outro lado a Corte Européia de Direitos humanos asseverou que sentenças construídas por analogia poderiam violar o princípio do *nulla poena sine lege*. Ressalte-se que a construção acima também viola o direito fundamental de o acusado ser beneficiado por uma pena mais leve. <sup>567</sup>

A questão foi retomada no *Caso Tadic*. O direito penal iugoslavo apenas previa as graves violações às Convenções de Genebra e não aos crimes de guerra de um modo geral. O Tribunal considerou todos os *crimes do Estatuto* análogos àqueles estabelecidos, no Código Penal iugoslavo, como "Crimes contra paz e Direito Internacional". O Tribunal declarou que estava autorizado a proferir sentenças, inclusive de prisão perpétua, mesmo que este tipo de pena não pertencesse ao direito iugoslavo. Não havia violação ao *nulla poena sine lege*, porque os tribunais nacionais não podem delimitar as fontes às quais o Tribunal pode reportar-se para sentenciar. Para crimes onde o Código Penal iugoslavo prevê a aplicação de pena de morte, o Tribunal poderá impor apenas pena de prisão, mas poderá impor pena de prisão perpétua, tendo sido considerada genericamente a possibilidade de imposição de menor penalidade. <sup>568</sup> Nas palavras da Câmara de Julgamento:

9. The practice of courts in the former Yugoslavia does not delimit the sources upon which the Trial Chamber may rely in reaching its determination of the appropriate sentence for a convicted person. [...] Consequently, for crimes which, in the courts of the former Yugoslavia, would receive the death penalty, the International Tribunal may only impose imprisonment but it may impose a maximum penalty of life imprisonment in its stead, consistent with the practice of States which have abolished the death penalty and with the commitment by States progressively to abolish the death penalty [...] This is

<sup>567</sup> ENDO, Guillaume. *Nullum crimen nulla poena sine lege* principle and the ICTY and the ICTR. *Revue Québécoise de Droit International*, v. 15, afl. 1, 2002, p. 205-215.

<sup>568</sup> SCHABAS, 2000b, p. 529-534.

the understanding given to the Statute both by the members of the Security Council [...] and Rule 101(A) of the Rules. There is thus no violation of the *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* principle. Consequently, the sentencing practice of courts of the former Yugoslavia at the date of the commission of the offences for which Duško Tadić was found guilty, the practices in effect as of the date of the adoption of the Statute by the Security Council on 25 May 1993, as well as changes in those sentencing practices which would necessitate the imposition of a less severe punishment consistent with internationally recognised human rights standards, and the effect of the Statute and international law more generally, have been considered.<sup>569</sup>

No *Caso Delalic*, o Tribunal observou que a referência à prática nacional tinha como objetivo mais a uniformidade da punição do que propriamente sua imposição:

1195 [...] It is true that international law has not developed a sentencing pattern of its own and must rely on the experience of domestic jurisdictions for its guidance. In this case, the legal system of the former Yugoslavia is the most appropriate jurisdiction from which to seek guidance. [...] The plain literal meaning of the expression in Article 24(1) suggests that recourse should be had to the actual sentences imposed. [...] There is no provision for the Tribunal to impose a sentence of death. It can impose a life sentence. In contrast, the SFRY Penal Code allowed the imposition of a sentence of death in certain cases. However, the courts of the former Yugoslavia were not allowed to impose a prison term of more than 20 years, even for criminal offences involving the death penalty. [...]

1196. This provision was considered by Trial Chamber I in its judgement on sentencing in *The Prosecutor v. Drazen Erdemovic* of 29 November 1996, where recourse to the general practice regarding sentences applied by the courts of the former Yugoslavia was held to be “in fact, a reflection of the general principle of law internationally recognised by the community of nations whereby the most severe penalties may be imposed for crimes against humanity [...]”. The sentencing judgment in *The Prosecutor v. Duško Tadic*, referred to the expression “recourse” in the sense of reference that the Trial Chamber had “recourse to the statutory provisions governing sentencing in the former Yugoslavia and to the sentencing practice of its courts”. In each case, the practice in the courts of the former Yugoslavia was consulted as an aid to determination of the appropriate sentence. [...]

1201. In this context it may further be observed that the statute of the ICTR, in its provision on penalties, similarly provides that recourse shall be made to the general practice regarding prison sentences in the courts of Rwanda in determining terms of imprisonment.<sup>570</sup>

No *Caso Blaskic*, a mesma posição foi confirmada pela não-obrigatoriedade de referência ao direito iugoslavo:

---

<sup>569</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Tadic**. Case Nº IT-94-1-T. Judgement, 7 May 1997. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-tsj70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>570</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Delalic et al.** Case Nº IT-96-21-T. Judgement, 16 November 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/cel-tj981116e.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

759. Keeping in mind the foregoing provisions, the Trial Chamber has recourse to the general practice regarding prison sentences in the courts of the former Yugoslavia. Reference to the practice is only indicative and not binding. Whenever possible, the Tribunal examines the texts and relevant judicial practice of the former Yugoslavia. However, it could not be legally bound by them in determining the sentences and sanctions it imposes for crimes falling under its jurisdiction.

760. The practice for determining prison sentences in the courts of the former Yugoslavia is based on the provisions of Chapter 16 and Article 41(1) of the SFRY criminal code. Nonetheless, the Trial Chamber is not limited by the practice of the courts of the former Yugoslavia and it may draw upon other legal sources in order to determine the appropriate Sentence.<sup>571</sup>

No *Caso Kunarac*, o Tribunal expôs explicitamente que o princípio da legalidade da pena não exige que a pena seja definida com precisão para cada infração. Nas palavras da Câmara de Apelação:

372. [...] However, the latter principle, as far as penalty is concerned, requires that a person shall not be punished if the law does not prescribe punishment. It does not require that the law prescribes a precise penalty for each offence depending on the degree of gravity. Be it a common law system or a civil law system, it is not the case that national legislation anticipates every possible offence with a prescribed sentence. On the contrary, it is a fact that a penal code frequently prescribes a range for sentencing with regard to an offence; that is, it often sets out both the maximum and minimum sentences. Within the range, judges have the discretion to determine the exact terms of a sentence, subject, of course, to prescribed factors which they have to consider in the exercise of that discretion.<sup>572</sup>

Para Ambos, na ausência de parâmetros do direito internacional, propõe-se o recurso aos direitos nacionais, em suas palavras:

Aunque parece claro que *la lex lata* internacional no prevé una regla estricta de *nulla poena*, en términos *lege ferenda* es demasiado simplista invocar la deficiente práctica internacional como un argumento en contra de una definición más precisa del principio del *nulla poena*. [...] Desde una perspectiva práctica el enfoque de Derecho nacional, recurriendo a los crímenes internacionales en la legislación interna, es la aproximación más prometedora para alcanzar unos estándares más diferenciados, he determinación de la pena. [...] <sup>573</sup>

---

<sup>571</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Blaskic**. Case N° IT-95-14-T. Judgement, 3 March 2000. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

<sup>572</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Kunarac et al.**. Case N° IT-96-23 & IT-96-23/1-A. Judgement, 12 June 2002. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2009.

<sup>573</sup> AMBOS, 2008b, p. 53-60.

O recurso aos direitos nacionais não forneceu solução adequada para o ICTY. O Estatuto estipula que a penalidade deve limitar-se à prisão, sem especificar limites temporais. O artigo 15 confere aos Juízes poderes legislativos para adotar regras de procedimento e prova, para conduzir os procedimentos, julgamentos e apelações, a admissão de provas, a proteção de vítimas e testemunhas e outros dispositivos similares, dentro dos limites conferidos pelo próprio Estatuto. Ao se entender que a Regra 101 viola o Estatuto ao inovar e dispor sobre prisão perpétua, implica, com a referência ao direito iugoslavo, a cominação de penas não superiores a 20 anos, flagrantemente desproporcionais para muitos dos crimes ali julgados. O Tribunal optou por uma aplicação genérica do princípio *nulla poena sine lege*, que pode ser afastado por considerações de justiça, assim, como ocorreu com a interpretação do princípio do *nullum crimen sine lege* nos tribunais militares de Nuremberg e Tóquio.

Os princípios do *nullum crimen sine lege* e da *nulla poena sine lege* não são aplicados na jurisprudência do ICTY da mesma forma que os correlatos princípios nos sistemas nacionais. Nos direitos nacionais, em geral ocorre uma abordagem de direito constitucional. No direito internacional, a abordagem centra-se no direito humanitário e no princípio da dignidade humana, nas palavras de Nollkaemper:

The Tribunal has adopted an approach to the identification of the law that can be characterized as quintessentially teleological and that is based on its conception of what is desirable and just, rather than on a positivistic reading of the law as determined by procedure. Its approach consists of two steps. First, the Tribunal determines the humanitarian objectives of the body of law that it seeks to apply and makes decisions as to what outcomes would be desirable for international society and individual human beings. These can be summarized in the principle of humanity. Second, the Tribunal explains and justifies the outcome in terms of the existing law and the existing system of precedents.<sup>574</sup>

McGoldrick ressalta os méritos do ICTY. De um ponto de vista operacional, os julgamentos e apelações são conduzidos regularmente e as decisões de cunho material e procedimental espelham o estado da arte do direito internacional humanitário. A experiência judicial do ICTY lançou as bases para o estabelecimento de outros sistemas *ad hoc*, como o Tribunal para Ruanda e para um sistema penal internacional de justiça permanente. Embora a legitimidade do Tribunal não tenha sido aceita pela antiga Iugoslávia, a cooperação com o Tribunal tem aumentado e

---

<sup>574</sup> NOLLKAEMPER, 2001, p. 13-23.

impacto já pode ser sentido naquela região. O Tribunal tem um programa de informação para a população sobre seu significado e trabalho. A partir do ICTY, o Conselho de Segurança caracterizou as violações do direito humanitário como ameaças à paz e seguranças internacionais.<sup>575</sup>

## 5.2 TRIBUNAL PARA RUANDA

Do ponto de vista substancial, as causas que motivaram a criação de ambos os tribunais *ad hoc*, o Tribunal para Ruanda (ICTR) e o ICTY, foram as práticas de graves violações ao direito humanitário internacional, dentro de Estados desestruturados, cujas instituições encontravam-se totalmente fragilizadas. Os tribunais *ad hoc* representaram resposta à impunidade, com o objetivo de restabelecimento da paz, levando-se os autores destes crimes à Justiça. A questão fática de extrema relevância que ensejou a criação de uma Comissão de Peritos estabelecida em obediência à resolução 935 (1994) do Conselho de Segurança (CS), que em relatório final expôs e procedeu à análise de informações, acontecimentos e questões de direito internacional, concluindo sobre a prática de diversos crimes, portanto, demonstrando e justificando a necessidade do estabelecimento do Tribunal.<sup>576</sup> No aspecto formal, contrariamente ao que ocorreu no processo de estabelecimento do ICTY com a oposição da ex-Iugoslávia, a guerra civil e os massacres<sup>577</sup> em Ruanda levaram este Estado a pedir ao CS o estabelecimento de um Tribunal internacional para processar e punir os responsáveis através de Carta, do representante diplomático da república, datada de 29 de setembro de 1994.<sup>578</sup>

---

<sup>575</sup> MCGOLDRICK, 2004, p. 34-36

<sup>576</sup> UNITED NATIONS. **Security Council resolution 935 (1994)**. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/273/51/PDF/N9427351.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 04 set. 2009.

<sup>577</sup> BEIGBEDER, 1999, p. 170 e 171, faz interessante resumo sobre os fatos que ensejaram o pedido do governo ruandês para o estabelecimento do Tribunal. Sobre o contexto histórico, as circunstâncias legais e fáticas que ensejaram ao estabelecimento do Tribunal, consultar também: MORRIS, 1998, v. 1, cap 1 e 2.

<sup>578</sup> UNITED NATIONS. **Letter dated 28 September 1994 from the Permanent Representative of Rwanda to the United Nations Addressed to the President of the Security Council**, 29

## 5.2.1 Constituição

Em 8 de novembro de 1994, o Conselho de Segurança, agindo sob o Capítulo VII, Carta das Nações Unidas, adotou a resolução 955 (2004), estabelecendo o Tribunal Penal Internacional para processar as pessoas responsáveis por genocídio e outras violações sérias do direito internacional humanitário cometidas no território de Ruanda, e cidadãos ruandeses responsáveis por genocídio e violações semelhantes cometidas nos territórios dos Estados vizinhos, entre 01 de janeiro de 1994 e 31 de dezembro de 1994, cujo funcionamento estava previsto no Estatuto anexo à resolução.<sup>579</sup> A resolução do Conselho de Segurança estabelecendo o Tribunal para Ruanda (ICTR)<sup>580</sup> não foi adotada por unanimidade, mas por 13 votos, com uma abstenção. Ruanda acabou votando contra a resolução e a China se absteve.<sup>581</sup>

Diferentemente do ICTY que foi estabelecido através de duas resoluções do Conselho de Segurança, 808 e 827, ambas de 1993, o ICTR foi instaurado através de uma única resolução com seu Estatuto anexo. McGoldrick relata que o Estatuto teve como modelo o Estatuto do ICTY, mas não foi redigido pelo Secretário-Geral da ONU, porém preparado pelos Estados Unidos e Nova Zelândia, com intervenções do Governo de Ruanda. Nenhum dos casos perante o Tribunal envolve membros do então governo.<sup>582</sup> Atualmente, Ruanda colabora e coopera com o Tribunal: há inclusive a possibilidade da execução de sentenças condenatórias (execução penal)

---

September 1994. Disponível em: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/379/92/PDF/N9437992.pdf?OpenElement>. Acesso em: 05 set. 2009.

<sup>579</sup> Os documentos internacionais mais relevantes à história e jurisdição do Tribunal estão compilados em MORRIS, 1998, v.2.

<sup>580</sup> Foi escolhido o termo ICTR, em inglês, como abreviatura para se referir ao Tribunal, em virtude de seu largo uso, ao invés do termo correspondente em português, TPIR, que soa menos familiar.

<sup>581</sup> Como resumiu Boot, Ruanda não concordou com as datas estabelecidas para jurisdição temporal do Tribunal; pretendia um maior número de Câmaras judiciais de julgamento, bem como queria que o Tribunal tivesse suas próprias Câmaras de Apelação e Promotoria; também a ordem de prioridade dos crimes foi criticada pelo governo ruandês; além do mais, o Estatuto do Tribunal não previa a pena capital, contrastando com o Código Penal de Ruanda, que não dispunha esta penalidade e, finalmente, foi colocado que a sede do Tribunal deveria ser em Ruanda. Ao explicar a sua abstenção, a China observou que não era a favor de invocar o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas para estabelecer um Tribunal internacional através da adoção de resolução do Conselho de Segurança, além de considerar a posição do governo o ruandês de vital importância para o efetivo funcionamento do Tribunal (BOOT, 2002, p. 228-230).

<sup>582</sup> MCGOLDRICK, 2004, p. 36 e 37.

em Ruanda em virtude de tratado bilateral assinado com a ONU<sup>583</sup>, no entanto, conforme Carta do Promotor do ICTR ao Conselho de Segurança, não há possibilidade de transferência de casos para serem processados perante os tribunais nacionais ruandeses porque o sistema jurídico ainda precisa ser reconstruído, embora a pena de morte, que consistia no principal empecilho, já tenha sido abolida naquele Estado.<sup>584</sup>

Corroborando a importância dos acontecimentos fáticos como efetivamente determinantes na criação do Tribunal, no preâmbulo da resolução 955 (2004) são destacados amplamente os terríveis acontecimentos, bem como os objetivos que se almejavam com a criação do ICTR. Reconhece-se, com base em diversos relatórios, que o genocídio e outras violações flagrantes e sistemáticas ao direito internacional humanitário foram cometidas em Ruanda, sendo que a persistência desta situação significaria ameaça à segurança e paz internacionais. Assim, com a missão de pôr termo ao cometimento dos crimes e trazer os responsáveis perante a justiça é que o Tribunal foi estabelecido, conforme Estatuto anexado à resolução.<sup>585</sup> O Estatuto original já foi emendado e modificado por inúmeras outras resoluções do Conselho de Segurança até atingir a feição atual.

O Secretário-Geral analisou a base legal para o estabelecimento do Tribunal no relatório referente à implementação da resolução 955 (1994), (Relatório para o ICTR).<sup>586</sup> Na introdução, há menção às diversas resoluções do Conselho de Segurança e respectivos relatórios do Secretário-Geral que antecederam à criação do Tribunal, sempre noticiando violações sérias do direito internacional humanitário com o cometimento de crimes por *peessoas envolvidas nos dois lados do conflito interno*. Todos os Estados membros das Nações Unidas, inclusive Ruanda e

---

<sup>583</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Agreement between the Government of the Republic of Rwanda and the United Nations on the Enforcement of Sentences of the International Criminal Tribunal for Rwanda**, 4 March 2008. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/agreements/rwanda.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2009.

<sup>584</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Statement by INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. The prosecutor of the ICTR, Justice Hassan B. Jallow to the United Nations Security Council**, 4 June 2009. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/speeches/jallow090604.htm>>. Acesso em: 06 ago. 2009.

<sup>585</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Security Council resolution 955 (1994)**. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/Resolutions/955e.htm>>. Acesso em: 04 set. 2009.

<sup>586</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Secretary- General pursuant to paragraph 5 of Security Council Resolution 955 (1994)**. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/043/02/PDF/N9504302.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 04 set. 2009.

Estados vizinhos, sabiam do cometimento dos crimes e foram sucessivamente informados que os responsáveis seriam trazidos à justiça, ainda que de forma bastante indeterminada ou genérica quanto aos meios. As decisões do Conselho de Segurança têm efeito vinculante perante os membros das Nações Unidas (artigo 25, Carta). Destaque especial merece resolução 935 (1994) que menciona literalmente a responsabilidade penal individual:

Recalling that all persons who commit or authorise the commission of serious violations of international humanitarian law are individually responsible for those violations and should be brought to justice.<sup>587</sup> [grifo no original]

Conforme exposto pelo Secretário-Geral, no Relatório para o ICTR, o Tribunal é um órgão subsidiário do Conselho de Segurança, conforme o artigo 29, Carta das Nações Unidas, dependente administrativa e financeiramente como qualquer outro órgão criado sob os auspícios da organização internacional, porém, como órgão judicial goza de independência dos Estados, de grupos de Estados e do Conselho de Segurança (parágrafos 6 a 8), que o estabeleceu. Ressalta ainda as ligações estruturais existentes entre o ICTY e o ICTR em virtude das similaridades jurídicas de constituição de ambos e também, em razão de parâmetros de eficiência e economia (parágrafo 9).<sup>588</sup>

Do ponto de vista externo, cumpre salientar que as atividades administrativas dos tribunais internacionais *ad hoc* são auditadas e investigadas pelo *Office of Internal Oversight Services*, cujo relatório, conclusões e recomendações são anexas ao Relatório do Secretário-Geral. Em 1997, nas conclusões, o relatório expressou: “72. The judicial independence of the Tribunal is unquestioned, but it does operate under authority and funding provided by the United Nations and is subject, therefore,

---

<sup>587</sup> UNITED NATIONS. **Security Council resolution 935 (1994)**. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/273/51/PDF/N9427351.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 04 set. 2009.

<sup>588</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 5 of Security Council Resolution 955 (1994)**. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/043/02/PDF/N9504302.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 04 set. 2009: “9. The establishment of the Rwanda Tribunal at a time when the Yugoslav Tribunal was already in existence, dictated a similar legal approach to the establishment of the Tribunal. It also mandated that certain organizational and institutional links be established between the two Tribunals to ensure a unity of legal approach, as well as economy and efficiency of resources. The statute of the Rwanda Tribunal, which was an adaptation of the statute of the Yugoslav Tribunal to the circumstances of Rwanda, was drafted by the original sponsors of Security Council resolution 955 (1994) and discussed among members of the Council. Rwanda, as a member of the Security Council at the time that resolution 955 (1994) was adopted, thus participated fully in the deliberations on the statute and the negotiations leading to the adoption of the resolution.”

to the rules, regulations and administrative oversight of the Organization.”<sup>589</sup>. O Tribunal foi auditado em duas outras oportunidades, em 1998 e em 2001. Na última oportunidade, ambos os tribunais internacionais, ICTR e ICTY, receberam várias recomendações. Em especial, a *recomendação 7 e 8*, comum a ambos os tribunais, dispôs pela necessidade do estabelecimento de *normas claras e bem definidas*: “Both Tribunals should implement rules to control changes of counsel and the publication of clear guidelines on the definition of the “exceptional circumstances” ground permitting a suspect/accused person to change counsel.”<sup>590</sup>

A questão da independência do Tribunal foi examinada no *Caso Kanyabashi*, no qual a Câmara de Julgamento decidiu que o Tribunal, embora tenha sido criado por um órgão político (à semelhança de como todos os tribunais penais nacionais são criados por órgãos legislativos, de igual sorte eminentemente políticos), mantinha sua independência e imparcialidade. A decisão também citou outros fatores de neutralidade, tais como a não vinculação aos direitos nacionais, a independência funcional e pessoal dos Juízes e o fato de que o Tribunal foi estabelecido pelo direito internacional (*established by law*), e, em especial, no parágrafo 44, menciona que aos acusados está garantido o respeito aos direitos humanos e o devido processo legal (*fair trial*).<sup>591</sup>

O estabelecimento do Tribunal através de resolução do Conselho de Segurança, com base no Capítulo VII, Carta das Nações Unidas é um dos exemplos mais marcantes de exercício dos *poderes implícitos* das Nações Unidas que, através do Conselho, para atingir seus objetivos e finalidades nos termos dos artigos 39 e 41, Carta, conforme já discutido no capítulo referente ao ICTY, estabeleceu o ICTR. Ademais, a instituição do Tribunal foi uma medida pacífica muito menos gravosa que o uso de forças armadas como previsto no artigo 42. A legalidade do

---

<sup>589</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Secretary-General on the Activities of the Office of Internal Oversight Services (1997)**. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/035/13/PDF/N9703513.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 04 set. 2009.

<sup>590</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Report of the Secretary-General on the Activities of the Office of Internal Oversight Services (1998)**. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/027/63/PDF/N9802763.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 04 set. 2009. UNITED NATIONS. **Report of the Secretary-General on the Activities of the Office of Internal Oversight Services (2001)**. Disponível em: <[http://www.un.org/Depts/oios/reports/a55\\_759.pdf](http://www.un.org/Depts/oios/reports/a55_759.pdf)>. Acesso em: 04 set. 2009.

<sup>591</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Kanyabashi**. Case Nº ICTR-96-15-T. Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 18 June 1997. Disponível em: <<http://www.ictr.org/default.htm>>. Acesso em: 04 set. 2009.

estabelecimento do ICTR foi examinada no *Caso Kanayabashi*. O questionamento foi rejeitado, entendendo-se que a ameaça à paz estava dentro dos poderes discricionários do Conselho de Segurança e que a criação do Tribunal sob o artigo 41, Carta ONU, foi legítima.<sup>592</sup>

### 5.2.2 Jurisdição e Poderes

O ICTR tem características próprias, embora seja bastante semelhante ao seu predecessor ICTY. O artigo 1, Estatuto ICTR, estabelece que o Tribunal processará pessoas responsáveis por graves violações ao direito humanitário internacional, cometidas no território de Ruanda bem como graves violações cometidas por cidadãos ruandeses nos territórios dos Estados vizinhos, entre 01 de janeiro de 1994 e 31 de dezembro de 1994. As operações do Tribunal devem terminar quando não houver mais investigações relacionadas ao período de sua jurisdição. Este período foi estabelecido com base em critério contingente, tanto quanto ao termo inicial, quanto ao termo final.<sup>593</sup> O artigo 5 estabelece a jurisdição *ratione personae*, limitando a jurisdição às pessoas naturais, excluindo a possibilidade de processo penal contra organizações e pessoas jurídicas em geral.

De fato, a anterior existência do ICTY e a experiência de sua constituição foram absorvidas pelo ICTR. Inicialmente, o ICTR não dispunha de representantes nas Câmaras de Apelação, comuns aos tribunais, nem de seu próprio Promotor, papel desempenhado pelo respectivo órgão do ICTY. Após as resoluções 1329 (2000) e 1503 (2003) do Conselho de Segurança, o ICTR tem dois Juízes em caráter

---

<sup>592</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Kanyabashi**. Case Nº ICTR-96-15-T. Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 18 June 1997, parágrafos 25-29. Disponível em: <<http://www.ictcr.org/default.htm>>. Acesso em: 04 set. 2009.

<sup>593</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 5 of Security Council Resolution 955 (1994)**. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/043/02/PDF/N9504302.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 04 set. 2009: “14. The temporal jurisdiction of the Tribunal is limited to one year, beginning on 1 January 1994 and ending on 31 December 1994. Although the crash of the aircraft carrying the residents of Rwanda and Burundi on 6 April 1994 is considered to be the event that triggered the civil war and the acts of genocide that followed, the Council decided that the temporal jurisdiction of the Tribunal would commence on 1 January 1994, in order to capture the planning stage of the crimes.”

permanente, nas Câmaras de Apelação (artigo 13 (3) e artigo 15, Estatuto ICTR) e dispõe de seu próprio órgão de acusação.<sup>594</sup>

Há jurisdição concorrente entre o Tribunal internacional e os tribunais nacionais, porém o ICTR goza de *primazia*, conforme o artigo 8, Estatuto.<sup>595</sup> Em qualquer fase do procedimento, o Tribunal internacional poderá avocar o processo que tramita perante um Tribunal nacional (artigo 8 (2), Estatuto, complementado pelas regras 8 a 13, Regras de Procedimento e Prova (RPP)). Consoante uma interpretação estrita do Estatuto, a primazia de jurisdição conferiria o poder de *avocar*, não o poder de *transferir* um processo sobre o qual já estivesse estabelecida a jurisdição internacional para processamento perante tribunais nacionais, no entanto, não é este o posicionamento adotado na prática. Reconhece-se que o Tribunal tem poder implícito inerente à sua natureza judicial em determinar se existe a própria jurisdição nos casos que lhe são propostos; na ausência de jurisdição, os casos devem ser transferidos. Porém, em casos onde existe e está confirmada a jurisdição internacional, os processos também podem ser transferidos, em virtude da cooperação entre o ICTR e tribunais nacionais. A regra 11 *bis*, RPP, estabelece o procedimento de transferência do processo para outro Tribunal, de caráter nacional, de ofício ou a requerimento. A transferência é de processos cujas denúncias (*indictments*) já teriam sido recebidas sob a jurisdição internacional, ampliando a aplicação do artigo 8, Estatuto. As RPP constituem-se em um corpo de normas sem a mesma autoridade e estabilidade que o Estatuto e estão sujeitas a serem emendadas ou abolidas com maior facilidade (artigo 14, Estatuto). O Estatuto, embora mais rígido de igual forma, não está livre de ingerências políticas. Há risco de que casos que deveriam ser julgados sob a jurisdição internacional sejam transferidos aos tribunais nacionais por razões variadas, desde motivos políticos até em virtude da carga de trabalho excessiva do Tribunal, ou para que possam ser alcançadas metas de planejamento. Neste sentido é a resolução 1534 (2004) do Conselho de Segurança:

---

<sup>594</sup> UNITED NATIONS. **Security Council resolution 1329 (2000)**. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/Resolutions/1329e.htm>>. Acesso em: 04 set. 2009. UNITED NATIONS. **Security Council resolution 1503 (2003)**. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/Resolutions/s-res-1503e.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2009.

<sup>595</sup> Com relação à jurisdição concorrente entre o ICTR e os tribunais nacionais, ver: MORRIS, 1998, v.1, cap. 8.

4. *Calls on* the ICTY and ICTR Prosecutors to review the case load of the ICTY and ICTR respectively in particular with a view to determining which cases should be proceeded with and which should be transferred to competent national jurisdictions, as well as the measures which will need to be taken to meet the Completion Strategies referred to in resolution 1503 (2003) and urges them to carry out this review as soon as possible and to include a progress report in the assessments to be provided to the Council under paragraph 6 of this resolution; [...]<sup>596</sup>

Ilustrativamente, no *Caso Bucyibaruta* a persecução penal foi transferida, a requerimento do Promotor, para os tribunais nacionais da França. *Em tese*, pode não haver indícios de manipulação política do julgamento, mas há posicionamentos contrários.<sup>597</sup> A Câmara de Julgamento deferiu e fundamentou a remessa:

9. The French authorities submit that Articles 1 and 2 of Law N. 96-432 of 22 May 1996 to adapt French law to the provisions of United Nations Security Council Resolution 955 [...] unambiguously give French courts jurisdiction over the crimes alleged in the Indictment [...]

18. Pursuant to Rule 11 *bis* (C), the Chamber must satisfy itself that the accused will not be sentenced to death or executed. In its submissions, the French Government indicated that France abolished the death penalty in 1981. [...]

22. In addition to the international instruments to which France is a Party, French domestic law also contains provisions which guarantee the right to a fair trial.<sup>598</sup>

Wallis assinala com veemência a existência de pressão política indevida do Estado francês sobre o ICTR, com repercussão sobre o devido processo legal do Tribunal, em suas palavras:

The court also seems to have adopted the unfortunate habit of making some of its key staff 'unwell'. In May 2004 Judge Andresia Vaz from Senegal became the second judge to withdraw from a trial since the start of that year. Judge Asoka de Zoysa Gunawardana from Sri Lanka had resigned due to "ill health", while judge George Lloyd Williams from St Kitts had pulled out citing personal reasons. The leakage of such top Tribunal lawyers alarmed Rwanda, which pointed the finger at pressure on them from non-African

<sup>596</sup> UNITED NATIONS. **Security Council resolution 1534 (2004)**. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/Resolutions/s-res-1534e.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2009.

<sup>597</sup> Há dois casos de transferência da persecução penal para a França, o caso citado anteriormente e o *Caso Munyeshyaka*: INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Case Transferred to National Jurisdiction Munyeshyaka** (France), *Bucyibaruta* (France). Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/factsheets/detainee.htm>>. Acesso em: 06 set. 2009.

<sup>598</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Bucyibaruta**. Case Nº ICTR-2005-85-I. Decision on Prosecutor's Request for Referral of Laurent Bucyibaruta's Indictment to France, 20 Novembro 2007. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Bucyibaruta/decisions/071120.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2009.

countries – one of which was alleged to be France. Rwanda’s representative at the ICTR, Aloys Mutabingwa, said: “We are aware that the Tribunal is caught in a web of political crisis, but that should not be the issue”. After hinting that France was one of the sources of the said pressure, he added that such action was undetermining the due process of the court.<sup>599</sup>

Condensando Beigbeder, as principais características dos tribunais constituídos por resolução são as seguintes: ambos os tribunais são *ad hoc*, órgãos subsidiários do Conselho de Segurança por tempo limitado, com uma competência *ratione loci, ratione personae e ratione temporis* limitada. A competência *ratione materiae* de ambos os tribunais está baseada na Convenção para o Crime de Genocídio (1948). A lista de crimes contra a humanidade é idêntica em ambos os tribunais, no entanto, a definição destes no Estatuto do ICTR não requer um *nexus* com um conflito armado como no Estatuto do ICTY, mas requer que esses crimes sejam cometidos “as part of a widespread or systematic attack against any civilian population”. Quaisquer referência às violações ao direito e costumes de guerra estão omitidas no Estatuto, em virtude da natureza interna do conflito. A referência às *graves violações às Convenções de Genebra (1949)* do Estatuto do ICTY, *não aplicável em conflitos internos* é substituída pelo artigo sobre *violações ao artigo 3 comum às Convenções de Genebra e Protocolo Adicional II*, especialmente *aplicável aos conflitos armados que não tenham caráter internacional*. Ambos os tribunais têm primazia sobre os tribunais nacionais e são constituídos por Câmaras de Julgamento, Câmaras de Apelação, registro e Promotoria. Os Juízes são eleitos pela Assembleia Geral (AG) de uma lista aprovada pelo Conselho de Segurança. O corpo de Juízes é formado por Juízes de diversas nacionalidades (artigo 12, Estatuto ICTR). A sede do Tribunal situa-se em Arusha, Tanzânia (resolução 977 (1995)). Os Juízes do ICTR adotaram as RPP tendo por modelo as regras do ICTY.<sup>600</sup>

Para McGoldrick, ao observar a jurisdição material, verificou que o crime de *instigação ao genocídio* aparece como crime independente, não havendo necessidade da prática posterior de atos de genocídio.<sup>601</sup> MORRIS classifica a jurisdição material em duas classes de crimes dentro do direito internacional: graves violações ou crimes de guerra que constituem sérias violações ao direito humanitário

---

<sup>599</sup> WALLIS denuncia que a França estaria profundamente envolvida no genocídio em Ruanda (WALLIS, Andrew. **Silent Accomplice**: The Untold Story of France’s Role in the Rwandan Genocide. 2<sup>nd</sup> ed. New York: I.B.Tauris, 2007, p. 194).

<sup>600</sup> BEIGBEDER, 1999, p. 175.

<sup>601</sup> MCGOLDRICK, 2004, p. 36 e 37.

internacional bem como crimes contra a humanidade que constituam sérias violações ao direito internacional dos direitos humanos, tendo em vista as diferenças entre a aplicabilidade das normas de direito humanitário e de direitos humanos <sup>602</sup>, o que poderá acarretar uma variabilidade nas fontes do direito aplicável pelo Tribunal.

Bhattachryya visualiza no estabelecimento dos tribunais *ad hoc*, a existência de um consenso mínimo em nível internacional, pelo menos para fins de concordância do Conselho de Segurança, de que o direito internacional define suficientemente os crimes internacionais de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade para permitir a implantação de sistemas de jurisdição. Para esses crimes internacionais, o mecanismo de *consolidação de normas costumeiras* teria operado suficientemente e com mínimo de respeito ao *nullum crimen sine lege*. Para outros crimes de interesse da comunidade internacional, o desenvolvimento material permanece incompleto. <sup>603</sup>

De fato, o estabelecimento de dois tribunais internacionais tão próximos no tempo e com razoáveis similitudes quanto às jurisdições materiais indica a existência de um consenso mínimo básico, no entanto o direito aplicável foi adaptado às circunstâncias de cada Tribunal. A jurisdição material do ICTR difere da jurisdição do ICTY, em virtude de dois fatores: a) a natureza não internacional do conflito, como prevê o *parágrafo 11* do Relatório para o ICTR: “Given the nature of the conflict..., the Council has incorporated violations of international humanitarian law which may either be committed in both international and internal armed conflicts [...]”; b) a jurisdição material prevê a aplicação de normas que, no tempo de criação do Tribunal, ainda não estavam bem estabelecidas no direito penal internacional costumeiro, conforme o *parágrafo 12* do mesmo relatório:

Article 4 of the statute, accordingly, includes violations of Additional Protocol II, which, as a whole, has not yet been universally recognized as part of customary international law, and for the first time criminalizes common article 3 of the four Geneva Conventions. <sup>604</sup>

---

<sup>602</sup> MORRIS, 1998, v.1, p. 136 e 137.

<sup>603</sup> BHATTACHRYYA, 1996, p. 72 e 73.

<sup>604</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 5 of Security Council Resolution 955 (1994).** Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/043/02/PDF/N9504302.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 04 set. 2009.

Ao ICTR aplicam-se as mesmas observações quanto à possibilidade de o Tribunal exercer legitimamente poderes implícitos conferidos pelo Estatuto. Há uma previsão extravagante do exercício destes poderes na regra 77 (A), RPP: “(A) The Tribunal in the exercise of its inherent power may hold in contempt those who knowingly and wilfully interfere with its administration of justice,[...]”. A infração de *contempt of court* prevê a aplicação de pena de prisão e/ou multa (regra 77 (G)). Penas de prisão são conseqüências jurídicas para as condenações criminais. Poderes implícitos não autorizam a criação de crimes.

A aplicação do princípio da legalidade, considerado nas suas várias dimensões, ainda é bastante rudimentar e precária, sujeita a indeterminações e inseguranças jurídicas que podem ser aferidas em vários aspectos: desde o modo de estabelecimento do Tribunal no delineamento e exercício de sua jurisdição e poderes, bem como na previsão e interpretação das fontes de direito aplicável e na consideração atenuada de princípios gerais de direito penal. Atuam inúmeros fatores de desestabilização do princípio e de outros princípios correlatos, que não podem ser satisfatoriamente controlados.

#### 5.2.2.1 Princípio do *Ne Bis in Idem*

Com relação ao princípio *ne bis in idem*, o artigo 9, Estatuto ICTR, estipula que nenhuma pessoa será julgada por um Tribunal nacional por atos que constituam sérias violações ao direito internacional humanitário, conforme previstas no Estatuto, e, pelos quais, já tenha sido julgada pelo Tribunal internacional. Porém, uma pessoa que tenha sido julgada por um Tribunal local poderá enfrentar um novo julgamento internacional. Assim, o escopo do princípio do *ne bis in idem* se diferencia no direito penal internacional: o foco reside na divisão de jurisdição entre os tribunais nacionais e internacionais e não, propriamente, sobre a dupla jurisdição a ser exercida sobre o acusado.<sup>605</sup> O princípio previsto no Estatuto é complementado

---

<sup>605</sup> MOSE, 2003, p. 203-204. Ver também: MORRIS, 1998, v.1, p. 343-347.

pelas regras 13 e 10, RPP. É plausível que um processo referido pelo ICTR a um Tribunal local possa ser invocado novamente ao Tribunal internacional, caso incorram as condições mencionadas de fraude no julgamento.

#### 5.2.2.2 Regras de Procedimento e Prova

O artigo 14, Estatuto ICTR, estabelece que as Regras de Procedimento e Prova (RPP) do ICTY são os modelos para as RPP do ICTR, mas reservou poderes aos Juízes para que façam as mudanças que considerarem necessárias (regra 6). Para Mundis, o resultado prático da disposição do artigo 14 foi que as RPP de ambos os tribunais *ad hoc* são bastante similares, com algumas exceções e conseqüentemente, todas as referências praticamente são às regras do ICTY, salvo disposição em contrário.<sup>606</sup> A regra 6 (C) estabelece a vigência imediata das emendas das regras, ressalvada a aplicação imediata *in pejus*, como no ICTY. Cabem, portanto, aqui, de modo geral, as ressalvas já delineadas quanto às RPP do ICTY. As RPP do ICTR, adotadas em 29 de junho de 1995, foram modificadas inúmeras vezes até atingirem a versão atual.<sup>607</sup>

Tal qual no ICTY, há regras que normatizam situações fora do escopo do artigo 14, Estatuto, que não se encaixam nas categorias referidas nem na competência residual, por não estarem autorizadas pelo Estatuto expressa ou implicitamente. Os Juízes, através das RPP, criaram infrações sancionadas com pena de prisão e multa, com base nos *poderes implícitos* conferidos ao Tribunal, em desrespeito ao princípio do *nullum crimen sine lege* e da *nulla poena sine lege*. A regra 77 estipula que o Tribunal, através do exercício de seu poder implícito (*inherent power*), criou a infração, *contempt of the Tribunal*, punida com pena máxima de prisão de 5 anos ou multa não excedente a dez mil dólares, ou com ambas as penas cumulativamente (letra (G) do artigo 77). Na regra 91 há o procedimento para apuração de *false testimony sob declaração solene*, cuja

---

<sup>606</sup> MORRIS, 1998, v.1, cap 10. Ver também: MUNDIS, 2001, p. 192 e 193.

<sup>607</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Rules of Procedure and Evidence**, Disponível em: <<http://www.icttr.org/default.htm>>. Acesso em: 19 set. 2009.

penalidade é também é definida na letra (G) do artigo 91, nos mesmos moldes da penalidade da regra 77.

Finalmente o Tribunal, tal qual o ICTY, não está sujeito a regras técnicas na produção de prova, o que o aproxima dos predecessores Nuremberg e Tóquio, como bem ilustra a regra 93 (A), RPP, *in verbis*: “Evidence of a consistent pattern of conduct relevant to serious violations of international humanitarian law under the Statute may be admissible in the interests of justice.”. [grifo nosso] Este entendimento também se confirma pela redação ambígua da regra 95.

### 5.2.3 Fontes

O artigo 1, Estatuto ICTR, estabelece a jurisdição *ratione materiae* de forma amplíssima e extremamente genérica. Os crimes encontram-se descritos nos artigos 2, 3 e 4, Estatuto. A competência geral está baseada no direito internacional humanitário como fonte de responsabilização penal individual. Por conseguinte, o direito internacional humanitário está difusamente previsto em tratados internacionais, normas de direito costumeiro e princípios gerais do direito, conforme as fontes gerais do direito internacional público, estabelecidas no artigo 38, Estatuto CIJ. Ao considerar a classificação da jurisdição material de Morris<sup>608</sup>, há de se levar em conta também os direitos humanos internacionais e suas respectivas fontes. Para obter uma maior determinação relativa, o ICTR poderia levar em consideração o *direito humanitário internacional que pertenc, sem sombra de dúvida, ao direito internacional costumeiro*, porém, os seus instrumentos fundacionais, Estatuto e Relatório para o ICTR, não prevêm esta delimitação. O Tribunal se socorre dos mais diversos instrumentos internacionais, tratados, trabalhos preparatórios, relatórios de comissões, etc., bem como de referências ao direito nacional de Ruanda, na sua prática.

O Estatuto, regras de procedimento e prova, regras de detenção, tratados bilaterais para execução de sentenças do Tribunal internacional e outras normas de

---

<sup>608</sup> MORRIS, 1998, v.1, p. 136 e 137.

regulamentação interna governam o funcionamento da instituição. Não há menção expressa se o Estatuto como instrumento fundacional do Tribunal tem hierarquia superior sobre as demais fontes, as quais teriam como função complementá-lo, sem extrapolar os parâmetros e limites nele estabelecidos. As RPP têm como fundamento legal e origem, o artigo 14, Estatuto ICTR. As demais regras devem conformar-se ao Estatuto e às RPP (regra 19 (B), regra 23 *bis* (B), regra 44 (B), RPP). A regra 89 (B), ilustra a situação, estabelecendo a prevalência do Estatuto e dos princípios gerais de direito, *in verbis*: “In cases not otherwise provided for in this Section, a Chamber shall apply rules of evidence which will best favour a fair determination of the matter before it and are consonant with the spirit of the Statute and the general principles of law.”

#### 5.2.3.1 Direito Penal Costumeiro

A jurisdição do ICTR não está limitada ao *direito pertencente*, *sem sombra de dúvida, ao direito costumeiro* na época de sua criação, como no caso da jurisdição material do ICTY. Com relação ao ICTY, não houve a aceitação da autoridade do Tribunal internacional pela ex-Iugoslávia, o que *ab initio*, não ocorreu com o ICTR, com base na requisição de Ruanda para o seu estabelecimento, o que pode explicar eventualmente uma maior flexibilidade na previsão da jurisdição material, pela concordância do Estado. O fato de parte da jurisdição não pertencer ao direito penal costumeiro geraria desrespeito ao princípio do *nullum crimen sine lege*, seguindo o enfoque adotado para o princípio e para o estabelecimento do ICTY.

O Relatório do Secretário-Geral para o ICTR admitiu que parte da jurisdição do Tribunal internacional realmente não pertenceria ao direito penal internacional costumeiro na época de sua criação, nos parágrafos 11 e 12. Ressaltou que o artigo 4, Estatuto ICTR, pela primeira vez tinha criminalizado o *artigo 3 comum* às Convenções de Genebra (1949).<sup>609</sup>

---

<sup>609</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 5 of Security Council Resolution 955 (1944).** Disponível em:

Na opinião de Morris, no Estatuto, a definição de genocídio do artigo 2 reflete os dispositivos da Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (1948) e, portanto, disposição pertencente ao direito internacional costumeiro. Os crimes contra a humanidade do artigo 3 diferem da Carta de Nuremberg e, por isso, não estariam de acordo com o direito penal costumeiro. Quanto ao artigo 4, que cobre as violações ao artigo 3 comum às Convenções de Genebra (1949) e Protocolo II, faz duas observações: o artigo 3 comum pertence ao direito internacional costumeiro, reconhecido pela CIJ (*Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*), não se podendo afirmar o mesmo quanto ao Protocolo II. Ressalta, no entanto, que atualmente há apoio substancial da comunidade internacional para considerar a responsabilidade criminal por violações sérias de direito humanitário aplicáveis em conflitos armados internos como pertencente ao direito internacional costumeiro, ao lado do reconhecimento no *Caso Tadic* que violações ao direito internacional humanitário, aplicável em conflitos armados internos, também pertenceriam ao direito internacional costumeiro.<sup>610</sup>

Do mesmo modo que o ICTY, no que se refere à interpretação nos casos submetidos ao Tribunal, Schabas explica que o ICTR também adota uma presunção pela interpretação mais de acordo com o direito internacional costumeiro em caso de dúvida, embora não haja previsão a respeito desta opção na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), utilizada para auxiliar na interpretação do Estatuto, apesar das peculiaridades deste último: não é tratado internacional e tem caráter de direito penal.<sup>611</sup>

As convenções internacionais de direitos humanos influenciam a interpretação e ajudam a elucidar os conceitos dos crimes. No *Caso Akayesu*, mencionam-se a Convenção contra a Tortura e a Convenção contra o Crime de Genocídio.<sup>612</sup> Há referências também a outras convenções internacionais e, inclusive, aos trabalhos preparatórios, nas palavras de Schabas:

---

<<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/043/02/PDF/N9504302.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 04 set. 2009.

<sup>610</sup> MORRIS, 1998, v.1, p. 128 e 129.

<sup>611</sup> SCHABAS, 2003, p. 872-877.

<sup>612</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Akayesu**. Case Nº ICTR-96-4-T. Judgement, 2 September 1998. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm#6>>. Acesso em: 20 ago. 2009. Ver também: MOSE, 2003, p. 184 e 185.

In addition to the preparatory work of the statutes themselves, the Tribunals have sometimes referred to the *travaux* of other international instruments, generally with respect to treaty provisions incorporated within the statutes themselves. For example, frequent reference has been made to the Commentaries to the Geneva Conventions and the Protocols [...] as well as to the debates during drafting of the 1948 Genocide Convention. In construing Article 6 (3) of the ICTR Statute [...] Trial Chamber I referred to the 1977 Diplomatic Conference [...] Article 86 (2) of Additional Protocol I, was adopted. [...] The Appeals Chamber also referred to the *travaux préparatoires* of the International Covenant on Civil and Political Rights, in order to construe the expression "established by law". [...] This argument was invoked to dismiss charges that the ad hoc Tribunal was not properly constituted.<sup>613</sup>

### 5.2.3.2 Precedentes

Os julgamentos dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio são mencionados nas decisões. Por exemplo, no *Caso Musema*, a referência aos julgamentos é feita com objetivo de elucidar o conceito de *responsabilidade de comando*:

The principle enunciating the responsibility of command derives from the principle of individual criminal responsibility as applied by the Nuremberg and Tokyo Tribunals. It was subsequently codified in Article 86 of the Additional Protocol I of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 1949 [...] As to whether the form of individual criminal responsibility referred to under Article 6(3) of the Statute also applies to persons in both military and civilian authority, it is important to note that during the Tokyo Trials, civilian authorities were convicted of war crimes under this principle.<sup>614</sup>

A Corte Europeia de Direitos Humanos tem a mesma importância e exerce a mesma influência sobre o ICTR, tal qual a exerce no ICTY, tanto nos procedimentos penais quanto em questões de direito penal material. Cabem aqui as mesmas observações já realizadas quanto ao ICTY. Nas palavras de Cassese:

[...] the influence of the Strasbourg Court cannot be explained solely by the imprecision of the Statutes. It is also due to the similitude between the interests protected by the European Court and the two *ad hoc* criminal Tribunals. The exceptionally serious nature of the acts incriminated by the Statutes is comparable, in some ways, to the particularly strong protection

<sup>613</sup> SCHABAS, 2003, p.865-870.

<sup>614</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Musema**. Case Nº ICTR-96-13-A. Judgement and Sentence, 27 January 2000. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Musema/judgement/3.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

afforded to human dignity in Article 3 of the European Convention, through the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment. Consequently, the influence of the European Court may also be of assistance in clarifying the nature of violations of the interest protected by the incrimination and even the constitutive elements of some of the crimes involved, such as torture, inhuman treatment and rape.<sup>615</sup>

Há ampla referência aos precedentes internos ao ICTR e de precedentes do ICTY. Por exemplo, no *Caso Renzaho*, recém julgado, é citada no *anexo B* farta jurisprudência do ICTR e do ICTY.<sup>616</sup> Como de regra no direito internacional, não se aplica o princípio da vinculatividade dos precedentes (*stare decisis*) e, internamente ao ICTR, não há obrigatoriedade entre as decisões e entre as Câmaras. Diferentemente, o ICTY, neste ponto, optou por seguir as próprias decisões no interesse da administração da justiça.

### 5.2.3.3 Referência aos Direitos Nacionais

O Estatuto prevê a referência ao direito nacional somente no artigo 23, quando da determinação da duração da pena de prisão, autorizando a observação da prática geral referente às sentenças que apliquem penas de prisão nos tribunais de Ruanda. Há disposição análoga no Estatuto do ICTY, artigo 10 (3). O artigo 23 é complementado pela regra 101 (iii), RPP. A remissão ao direito nacional consiste em uma tentativa de adimplir com o princípio da *nulla poena sine lege*, conforme se discutirá adiante.

No entanto, as Câmaras do ICTR não se limitam a essas hipóteses específicas e se têm socorrido do direito ruandês para interpretar os dispositivos do Estatuto. Este enfoque é bastante diferente do enfoque do ICTY que procura evitar basear-se em sistemas jurídicos específicos ou em um direito nacional em particular para interpretar o direito penal internacional, embora houvesse recomendação para tanto no Relatório para o ICTY: “[...] international Tribunal should apply domestic law

<sup>615</sup> CASSESE, 2003c, p. 24-26.

<sup>616</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Renzaho**. Case Nº ICTR-97-31-T. Judgement and Sentence, 14 July 2009. Disponível em: <<http://www.ictr.org/default.htm>>. Acesso em: 05 set. 2009.

in so far as it incorporates customary international humanitarian law..”.<sup>617</sup> Esta recomendação não constou do Relatório para o ICTR.

Na interpretação dos dispositivos do Estatuto, deverão ser consideradas as fontes e o direito aplicável mencionados no próprio Estatuto, sob pena de conceder conceituação totalmente diversa à jurisdição material do Tribunal, em dissonância ao direito internacional humanitário. Em virtude de indevidas referências ao direito nacional comum, ocorre total inadequação, sendo aceitável, no entanto, a remissão ao direito humanitário internacional incorporado ao ordenamento jurídico nacional em questão. Na primeira hipótese, o desvirtuamento da jurisdição *ratione materiae* significaria afronta ao princípio do *nullum crimen sine lege*, enquanto entendido aquele princípio, conforme conceituado no âmbito dos tribunais *ad hoc*. Na segunda hipótese, podem ocorrer divergências, mas a sua utilização foi expressamente autorizada no Relatório para o ICTY.

Por outro lado, como o Tribunal internacional tem jurisdição territorial definida ao território de Ruanda e jurisdição *ratione personae* sobre cidadãos ruandeses, nos crimes cometidos nos Estados vizinhos, do ponto de vista dos acusados, a referência ao direito nacional de Ruanda poderia melhor atender aos requisitos de acessibilidade e previsibilidade do princípio do *nullum crimen sine lege*. O ICTR, na sua prática, normalmente remete às *normas internas de direito penal* ruandesas para interpretar o Estatuto.

Por exemplo, no *Caso Akayesu*, para definir o conceito de *cumplicidade* a Câmara referiu-se ao artigo 91, Código Penal de Ruanda.<sup>618</sup> No *Caso Musema*, também há referência ao direito nacional, à definição de homicídio no Código Penal de Ruanda, para interpretar o artigo 2 (2) (a), Estatuto.<sup>619</sup> Porém, na aplicação de regras de procedimento e prova, referência aos direitos nacionais não ocorre, com base na regra 89 (a), RPP, conforme se pode ver do *Caso Bagosora* e nos precedentes que menciona:

<sup>617</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808,** Disponível em: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_re808\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2009.

<sup>618</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Akayesu.** Case Nº ICTR-96-4-T. Judgement, 2 September 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm#7>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>619</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Musema.** Case Nº ICTR 96-13-A. Judgement, 27 January 2000. Disponível em: <<http://www.icty.org/ENGLISH/cases/Musema/judgement/3.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

This Trial Chamber observes that under rule 89(A) of the Rules, the functions of the Tribunal are such that it is not bound by any particular legal system. The basic rule is to allow flexibility and efficacy in order to permit the development of the law and not to have pre-determined Rules. This flexibility is permitted under rule 89(B) of the Rules which empowers the Trial Chamber to determine given evidential issues in the best way possible and to arrive at a fair and just decision under given circumstances. [...] The Tribunal has had occasion to apply this flexibility in cases it had already handled, namely [...] <sup>620</sup>

#### 5.2.4 Princípio do *Nullum Crimen Sine Lege*

Nem o Estatuto do Tribunal para a ex-Iugoslávia, nem o Estatuto do Tribunal para Ruanda contiveram previsão expressa do princípio da legalidade. Na visão de Boot, o princípio do *nullum crimen sine lege* aparece apenas para delimitar a jurisdição *ratione materiae* e as fontes de direito a serem aplicadas pelos tribunais. De maneira geral, os tribunais *ad hoc* consideram o princípio do *nullum crimen sine lege* um princípio geral de direito, do qual decorrem a certeza e a especificidade da norma penal, como corolários. A prática dos tribunais indica, no entanto, que o direito penal aplicado nem sempre atende aos critérios de previsibilidade, o que aparece principalmente na aplicação de normas de direito costumeiro. Também as Câmaras de Julgamento e apelação não aplicam as suas decisões reciprocamente, dentro de um sistema de precedentes vinculantes, havendo uma instabilidade na jurisprudência do Tribunal. <sup>621</sup>

Nos julgamentos dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, o princípio da legalidade foi considerado como um princípio geral de justiça que não limitava a soberania dos Estados. Nos tribunais *ad hoc*, o princípio tem outro enfoque, está voltado à delimitação da jurisdição *ratione materiae*, com referência ao direito preexistente, o direito penal internacional costumeiro. O princípio só vai ser

---

<sup>620</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Bagosora**. Case Nº ICTR-96-7-T. Decision on the Defence Motion for Pre-determination of Rules of Evidence, 8 July, 1998.

<sup>621</sup> BOOT, 2002, p. 304 e 305.

expressamente referido e ganhar contornos mais precisos, inclusive como direito do acusado, com a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI).

O princípio da legalidade e vários de seus desdobramentos, como padrão internacional de direitos humanos, têm aplicabilidade e efeito vinculante aos tribunais internacionais e sua jurisprudência. Os direitos humanos são reconhecidos no âmbito das Nações Unidas e, portanto, também no âmbito de todos seus órgãos. Assim, aplicam-se em especial os instrumentos de caráter universal e eventualmente, no interesse do acusado, instrumentos de caráter regional, se mais benéficos. O Tribunal chega a utilizar os tratados de direitos humanos, mas na ausência de um método de interpretação claro e pela opção clara por manter a discricionariedade interpretativa, acaba conceituando os elementos dos crimes de forma expansiva, inesperada, analogicamente e sem critérios lógicos.

Várias são as fontes de indeterminação. Falando a respeito de ambos os tribunais *ad hoc*, Boot explica que os Estatutos dos tribunais ao estabelecerem a jurisdição material incluem normas retiradas de tratados internacionais, alguns dos quais incluem cláusulas abertas (*open-ended clauses*) ou normas não exaustivas, tornando bastante difícil a aplicação das noções de construção estrita e interpretação restritiva das normas penais. Ambos os Estatutos não contêm previsão de fontes específicas de direito que possam ser aplicadas. Os tribunais estabeleceram suas próprias regras de procedimento e prova, autorizados para tanto pelos Estatutos. A prática dos tribunais leva a conclusões diversas quando comparadas às aplicações do princípio *nullum crimen sine lege* nos direitos nacionais. O objetivo do princípio nos direitos nacionais é evitar arbitrariedade de poder, quer do órgão acusador, quer do julgador. Não há, nos tribunais internacionais uma divisão de poderes como ocorre nos direitos nacionais, de maneira que os tribunais têm poder para desenvolver o direito aplicável nas próprias jurisdições.<sup>622</sup>

As violações ao artigo 3 comum às Convenções de Genebra foi criminalizado pela primeira vez com o estabelecimento do Tribunal de Ruanda. Esta questão foi levantada no ICTY, no *Caso Delalic* e a Câmara de Julgamento assim, se pronunciou:

170. [...] The Secretary-General's statement that violations of common Article 3 of the Geneva Conventions were criminalised for the first time,

---

<sup>622</sup> BOOT, 2002, p. 306-308.

meant that provisions for international jurisdiction over such violations were *expressly* made for the first time. This is so because the Security Council when it established the ICTR was not creating new law but was *inter alia* codifying existing customary rules for the purposes of the jurisdiction of the ICTR. In the Appeals Chamber's view, in establishing this Tribunal, the Security Council simply created an international mechanism for the prosecution of crimes which were already the subject of individual criminal responsibility. [...]

231 This statement is fully consistent with the Appeals Chamber's finding that the lack of explicit reference to common Article 3 in the Tribunal's Statute does not warrant a conclusion that violations of common Article 3 may not attract individual criminal responsibility.<sup>623</sup>

O princípio do *nullum crimen sine lege* consoante tem sido entendido pelo ICTR, com ampla utilização do direito penal costumeiro como base para a responsabilidade penal individual, em pouco difere dos precedentes de Nuremberg e Tóquio.

#### 5.2.4.1 Princípio da Construção Estrita, Interpretação Literal e Teleológica

Não há previsão do princípio da construção estrita dos Estatutos penais e nenhuma indicação neste sentido nos documentos fundacionais do ICTR. Não há critérios interpretativos estabelecidos, prevalece a construção dos elementos dos crimes com base no direito costumeiro, que, no mais das vezes, amplia a jurisdição *ratione materiae* do Tribunal.

A título de ilustração, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), (CVDT) é aplicada para auxiliar na interpretação do Estatuto. Menciona-se a convenção em várias decisões, em especial em algumas Opiniões Separadas dos Juízes. No *Caso Kanyabashi*, por exemplo, houve várias opiniões dissidentes, o Tribunal decidiu, fazendo menção às diversas opiniões dos Juízes e concluiu que

---

<sup>623</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Delalic et al.** Case Nº IT-96-21-A. Judgment, 20 February 2001. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

deveria aplicar uma *interpretação textual*.<sup>624</sup> Já no *Caso Barayagwiza*, optou-se por uma *interpretação efetiva*. Nas palavras da Câmara de Apelação:

46. It is important that Rule 40 and Rule 40bis be read together. It is equally important in interpreting these provisions that the Appeals Chamber follow the principle of 'effective interpretation', a well-established principle under international law. Interpreting Rule 40 and Rule 40bis together, we conclude that both Rules must be read restrictively. [...].<sup>625</sup>

No *Caso Akayesu*, o direito costumeiro foi invocado para justificar a extensão da responsabilidade do superior também às autoridades civis, permitindo que fossem responsabilizadas nos termos do art 6 (3), Estatuto ICTR. Assim, fundamentou a decisão:

632. However, the Indictment does not specifically aver that the accused falls in the class of persons who may be held responsible for serious violations of Common Article 3 and Additional Protocol II. [...] It could, hence, be objected that, as a civilian, Article 4 of the Statute, which concerns the law of armed conflict, does not apply to him.

633. It is, in fact, well-established, at least since the Tokyo trials, that civilians may be held responsible for violations of international humanitarian law. [...] The principle of holding civilians liable for breaches of the laws of war is, moreover, favored by a consideration of the humanitarian object and purpose of the Geneva Conventions and the Additional Protocols, which is to protect war victims from atrocities.

634. Thus it is clear from the above that the laws of war must apply equally to civilians as to combatants in the conventional sense. [...].<sup>626</sup>

No *Caso Musema* e com base no precedente do julgamento do Tribunal de Tóquio, o ICTR expande o conceito de responsabilidade de comando também aos civis. Nas palavras da decisão:

---

<sup>624</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Kanyabashi v. The Prosecutor**. Joint Separate and Concurring Opinion of Judge Wang Tieya and Judge Rafael Nieto-Navia, 3 jun 1999. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Kanyabashi/decisions/030699teiyanieto.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2009. Kanyabashi v. The Prosecutor. Case Nº 96-15-A. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on the Jurisdiction of Trial Chamber I, 3 June 1999. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Kanyabashi/decisions/030699.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2009.

<sup>625</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Barayagwiza**. Decision, 3 November 1999. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Barayagwiza/decisions/dcs991103.htm>>. Acesso em: 05 set. 2009.

<sup>626</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Akayesu**, Case Nº ICTR-96-4-T. Judgement, 2 September 1998. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm#6>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

132. As to whether the form of individual criminal responsibility referred to under Article 6(3) of the Statute also applies to persons in both military and civilian authority, it is important to note that during the Tokyo Trials, civilian authorities were convicted of war crimes under this principle. [...]

148. Accordingly, the Chamber finds that the definition of individual criminal responsibility, as provided under Article 6(3) of the Statute, applies not only to the military but also to persons exercising civilian authority as superiors. [...].<sup>627</sup>

No caso da insuficiência da aplicação da interpretação teleológica (artigo 31, CVDT) há, no entanto, uma valoração excessiva dos trabalhos preparatórios, nem sempre bem compreendidos e interpretados (artigo 32, CVDT). De resto, o Tribunal acabou ampliando o escopo do *crime de genocídio*. Nas palavras de Schabas:

[...] In effect, then, the Trial Chamber amended the restrictive definition of genocide contained in Article 2 of the Statute (and article II of the 1948 Convention) in order to give effect to what it deemed was the intent of the drafters. [...] One of the pitfalls in consulting the *travaux préparatoires*, particularly when they consist of lengthy debates in international organs like the Sixth Committee and the General Assembly, as is the case with the definition of genocide, is that, some material to support practically any interpretation can be found. More than one judge or author has taken quotations from debates in the Sixth Committee or a similar body entirely out of context in asserting that some interpretation or another is based on the *travaux*.<sup>628</sup> [grifo nosso]

De fato, no *Caso Akayesu*, no cometimento do *crime de genocídio*, a proteção foi ampliada para *qualquer grupo permanente e estável*, de acordo com o entendimento extraído dos trabalhos preparatórios da convenção, nas palavras do Tribunal:

516. Moreover, the Chamber considered whether the groups protected by the Genocide Convention, echoed in Article 2 of the Statute, should be limited to only the four groups expressly mentioned and whether they should not also include any group which is stable and permanent like the said four groups. In other words, the question that arises is whether it would be impossible to punish the physical destruction of a group as such under the Genocide Convention, if the said group, although stable and membership is by birth, does not meet the definition of any one of the four groups expressly protected by the Genocide Convention. In the opinion of the Chamber, it is particularly important to respect the intention of the drafters of the Genocide Convention, which according to the *travaux préparatoires*, was patently to ensure the protection of any stable and permanent group.<sup>629</sup>

<sup>627</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Musema**. Case Nº ICTR-96-13-A. Judgement and Sentence, 27 January 2000. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Musema/judgement/3.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>628</sup> SCHABAS, 2003, p.865-870.

<sup>629</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Akayesu**. Case Nº ICTR-96-4-T. Judgement, 2 September 1998. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm#6>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

Com relação à definição do *crime de estupro*, no *Caso Akayesu*, a Câmara de Julgamento decidiu que não havia aceitação comum do termo no direito internacional. O Tribunal o definiu tomando por base *analogicamente* o *crime de tortura*:

596. Considering the extent to which rape constitute crimes against humanity, pursuant to Article 3(g) of the Statute, the Chamber must define rape, as there is no commonly accepted definition of this term in international law. [...]

597. [...] The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment does not catalogue specific acts in its definition of torture, focusing rather on the conceptual frame work of state sanctioned violence. This approach is more useful in international law. Like torture, rape is used for such purposes as intimidation, degradation, humiliation, discrimination, punishment, control or destruction of a person. Like torture, rape is a violation of personal dignity, and rape in fact constitutes torture when inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity.<sup>630</sup> [grifo nosso]

A questão sobre o artigo 4, Estatuto ICTR, que foi, pela primeira vez, criminalizado com a criação do ICTR, ficou superada após o *Caso Tadic*. No entanto, o referido artigo constitui-se em uma cláusula aberta, quer quanto à indeterminação e vagueza dos elementos dos crimes, quer quanto às hipóteses que tipifica. A lista de violações (letras (a) até (h)) é não-exaustiva, o que se percebe através do uso da expressão “These violations shall include, but shall not be limited to”. A admissão de hipóteses além das previstas pode provocar uma *ampliação da jurisdição material* do Tribunal, com base em outras violações do direito humanitário internacional, em especial previstas no direito costumeiro, através de interpretação extensiva, até certo ponto aceitável, ou através de analogia, com desrespeito ao princípio do *nullum crimen sine lege*.

De salientar que a ampliação da jurisdição material dos tribunais *ad hoc* não tem sido entendida como afronta ao princípio da legalidade. Pondera-se entre dois valores, a necessidade de justiça internacional e os direitos do acusado. Há vários precedentes no ICTY que conferem uma interpretação ampla do Estatuto ou da

---

<sup>630</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Akayesu**. Case Nº ICTR-96-4-T. Judgement, 2 September 1998. Disponível em: <<http://www.ictor.org/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm#6>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

jurisdição material, conforme já discutido. No mesmo sentido caminha a jurisprudência do ICTR.

#### 5.2.4.2 Interpretação de Tratados Multilíngües

Como anexo à resolução do Conselho de Segurança o Estatuto do ICTR tem seis versões oficiais em idiomas diferentes, correspondendo às seis línguas oficiais das Nações Unidas. Os idiomas de trabalho do Tribunal são inglês e francês (artigo 31, Estatuto ICTR). No dia a dia, trabalha-se com o Estatuto e regras nessas duas línguas. As RPP, como instrumento derivado, diferentemente do Estatuto, são escritas apenas nessas duas línguas e dispõem de um critério interpretativo que, em caso de divergências entre as regras, a versão que mais fidedignamente refletir o espírito do Estatuto e os princípios gerais de direito é a que deverá prevalecer. Igual previsão existe no ICTY (regra 3, RPP).

As diferentes versões do Estatuto podem influir nos julgamentos do Tribunal. No *Caso Akayesu*, beneficiou-se a versão francesa da denúncia porque tanto o acusado quanto o seu defensor falavam francês, aplicando-se o princípio do *favor rei*:

319. The Chamber finds a substantial disparity between the French and English versions of paragraph 14 of the Indictment. [...] The Chamber is of the opinion that the French version should be accepted in this particular case, because the Indictment was read to the Accused in French at his initial appearance, because the Accused and his counsel spoke French during the hearings and, above all, because the general principles of law stipulate that, in criminal matters, the version favourable to the Accused should be selected. In the present case and in accordance with the French version of the Indictment, the Prosecution must not only establish that the Accused led the meeting, but also that he led it alone.<sup>631</sup>

A questão não é pacífica e há disparidade entre os julgamentos. No *Caso Kayishema* reconhece-se que existe uma diferença de significado entre as versões em inglês e em francês do artigo 2 (2) (a), Estatuto ICTR, decidindo a Câmara de

---

<sup>631</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Akayesu**. Case Nº ICTR-96-4-T. Judgement, 2 September 1998. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

Julgamento, no caso concreto, que a diferença de sentido em francês e em inglês não tinha qualquer relevância:

103. The Trial Chamber agrees that if a doubt exists, for a matter of statutory interpretation, that doubt must be interpreted in favour of the accused. Therefore, the relevant act under Article 2(2)(a) is “*meurtre*,” that is, unlawful and intentional killing. The Trial Chamber notes, however, that all the enumerated acts must be committed with intent to destroy a group in whole or in part. As stated by the ILC the enumerated acts “are by their very nature conscious, intentional or volitional acts which an individual could not usually commit without knowing that certain consequences were likely to result. They are not the type of acts that would normally occur by accident or even as a result of mere negligence [...] the definition of this crime requires a particular state of mind or a specific intent with respect to the overall consequences of the prohibited act.” Hence, there is virtually no difference between the two as the term “killing” is linked to the intent to destroy in whole or in part.<sup>632</sup>

No *Caso Rutaganda*, semelhante discussão ocorreu sobre o artigo 2 (2) (a), Estatuto ICTR, parágrafos 50 e 51, entre as versões inglesa e francesa, *muertre* e *killing*, optando a Câmara de Julgamento, no entanto, pela interpretação de acordo com a definição de homicídio no Código Penal de Ruanda, a versão inglesa.<sup>633</sup> No *Caso Musema*, após a discussão entre as nuances entre as versões *muertre* e *killing*, na interpretação do artigo 2 (2) (a), no parágrafo 155, através do direito nacional ruandês, optou-se pela versão inglesa.<sup>634</sup>

No *Caso Akayesu*, parágrafo 588, foi escolhida a versão que mais se coadunava com o direito costumeiro, a versão inglesa *murder*, na interpretação do artigo 3 (a), Estatuto ICTR.<sup>635</sup> No *Caso Musema*, no parágrafo 214, na interpretação do artigo 3 (a), optou-se pela versão *murder* de acordo com o direito costumeiro.<sup>636</sup> No *Caso Kayishema*, discute-se sobre a versão inglesa e francesa do artigo 3 (a),

---

<sup>632</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Kayishema**, Case Nº ICTR-95-1-T. Judgement, 21 May 1999. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/KayRuz/judgement/4.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>633</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Rutaganda**. Case Nº ICTR 96-3. Judgement, 6 December 1999. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Rutaganda/judgement/2.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>634</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Musema**. Case Nº ICTR 96-13-A. Judgement, 27 January 2000. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Musema/judgement/3.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>635</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Akayesu**. Case Nº ICTR-96-4-T. Judgement, 2 September 1998. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>636</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Musema**. Case Nº ICTR 96-13-A. Judgement, 27 January 2000. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Musema/judgement/3.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

Estatuto ICTR e o uso dos termos *murder* e *assassinat*, concluindo a Câmara de Julgamento, pela harmonização das versões *murder* e *assassinat*:

138. The Trial Chamber agrees with the Defence. When interpreting a term from one language to another, one may find that there is no equivalent term that corresponds to all the subtleties and nuances. This is particularly true with legal terms that represent jurisprudential concepts. Here, the *mens rea* for murder in common law overlaps with both *meurtre* and *assassinat* (that is, a *meurtre aggravé*) in civil systems. The drafters chose to use the term *assassinat* rather than *meurtre*. As a matter of interpretation, the intention of the drafters should be followed so far as possible and a statute should be given its plain meaning. Since the concepts of murder and *assassinat* can correspond to one another, in the opinion of this Trial Chamber, there is no need to change the wording of the Statute. Although it may be argued that, under customary international law, it is murder rather than *assassinat* that constitutes the crime against humanity (a position asserted by the Chamber in the *Akayesu* Judgement), this court is bound by the wording of the ICTR Statute in particular. It is the ICTR Statute that reflects the intention of the international community for the purposes of trying those charged with violations of international law in Rwanda. Furthermore, the ICTR and ICTY Statutes did not reflect customary international law at the time of drafting. This is evident by the inclusion of the need for an armed conflict in the ICTY Statute and the inclusion of the requirement that the crimes be committed with discriminatory intent in the ICTR Statute. Accordingly, it may be presumed that the drafters intended to use *assassinat* alongside murder. Indeed, by using *assassinat* in French, the drafters may have intended that only the higher standards of *mens rea* for murder will suffice.

139. If in doubt, a matter of interpretation should be decided in favour of the accused; in this case, the inclusion of premeditation is favourable to the accused. The Chamber finds, therefore, that murder and *assassinat* should be considered together in order to ascertain the standard of *mens rea* intended by the drafters and demanded by the ICTR Statute. [...] <sup>637</sup>

A jurisprudência do ICTR tem aplicado o princípio da interpretação mais favorável. O princípio também foi aplicado no *Caso Kayshema*, parágrafo 103 <sup>638</sup>. Igualmente, no *Caso Musema*, no parágrafo 155, aplica-se o princípio: “[...] The Chamber holds that, given the presumption of the innocence of the Accused, and pursuant to the general principles of criminal law, the version more favourable to the Accused should be adopted...[...]” <sup>639</sup>. A título de exemplo, no *Caso Akayesu*, nas palavras da decisão:

<sup>637</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Kayishema**. Case Nº ICTR-95-1-T. Judgement, 21 May 1999. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/KayRuz/judgement/4.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>638</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Kayishema**. Case Nº ICTR-95-1-T. Judgement, 21 May 1999, Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/KayRuz/judgement/4.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>639</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Musema**. Case Nº ICTR-96-13-A. Judgement and Sentence, 27 January 2000. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Musema/judgement/3.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

319. [...] because the general principles of law stipulate that, in criminal matters, the version favourable to the Accused should be selected [...] 501. Given the presumption of innocence of the accused, and pursuant to the general principles of criminal law, the Chamber holds that the version more favourable to the accused should be upheld [...]<sup>640</sup>

#### 5.2.4.3 Princípio do *Nulla Poena Sine Lege*

As penalidades dos tribunais militares e dos tribunais *ad hoc* provocam críticas por não adimplirem os requisitos do princípio *nulla poena sine lege* e porque deixam aos Juízes uma ampla discricionariedade para fixar as penalidades impostas, no entender de Fife. As Cartas de Nuremberg e Tóquio previam a possibilidade de pena de morte, prisão perpétua ou outras penalidades compreendidas como justas, com a possibilidade adicional de decretarem o perdimento de propriedades. Já os Estatutos dos tribunais *ad hoc* não prevêm uma discricionariedade tão ampla. A única pena aplicável é de prisão, com a possibilidade adicional de se requerer a devolução de bens ou proveitos. Ambos os Estatutos não estabelecem o máximo de pena a ser fixado. As RPP especificam que a prisão perpétua pode ser aplicada. A ausência de previsão da pena de morte nos Estatutos dos tribunais *ad hoc* representa que estão de acordo com a evolução do direito internacional. Em que pese tenha havido um razoável desenvolvimento, pode-se dizer que a imposição de penas ainda permite uma elevada discricionariedade aos Juízes.<sup>641</sup> Para Cassese, no direito penal internacional, as escalas de penalidades não existem, gozando os tribunais internacionais de grande discricionariedade para fixar as penalidades.<sup>642</sup>

O artigo 23, Estatuto ICTR, (idêntico ao mesmo dispositivo do ICTY, artigo 24), estabelece os tipos de penalidades que serão aplicáveis: pena de prisão e devolução de propriedades e produto do crime, bem como remete à prática dos tribunais nacionais na imposição de penas de prisão. O artigo é complementado pela

---

<sup>640</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Akayesu**. Case Nº ICTR-96-4-T. Judgement, 2 September 1998. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>641</sup> FIFE, 1999, p. 323-325.

<sup>642</sup> CASSESE, 2003a, p.157 e 158.

regra 101 (A), RPP que menciona a possibilidade de imposição de prisão perpétua. A mera referência às práticas nacionais não se revelou eficaz para que houvesse respeito ao princípio da *nulla poena sine lege*, pelo menos por dois motivos: as RPP não dispõem de critérios objetivos de avaliação desta prática nacional; a desestruturação institucional do Estado de Ruanda fez com que não houvesse casos relevantes dos tribunais locais para serem referidos. Por outro lado, alguns problemas enfrentados pelo ICTY não ocorreram no ICTR: o direito de Ruanda prevê a hipótese de prisão perpétua para crimes especialmente graves como homicídio e estupro, de forma que a disposição da regra 101 (A), RPP, não causou problemas de interpretação. Inspirado pela jurisprudência do ICTY, o ICTR decidiu que a referência à prática em Ruanda não era obrigatória, mas apenas um guia para o Tribunal.<sup>643</sup>

Analisando alguns casos, observa-se o caráter *pro societate* do Tribunal. Os objetivos das penas impostas pelo ICTR são eminentemente retributivos e preventivos. No *Caso Kambanda*, a Câmara se pronunciou claramente neste sentido:

28. That said, it is clear that the penalties imposed on accused persons found guilty by the Tribunal must be directed, on the one hand, at retribution of the said accused, who must see their crimes punished, and over and above that, on other hand, at deterrence, namely dissuading for good those who will attempt in future to perpetrate such atrocities by showing them that the international community was not ready to tolerate the serious violations of international humanitarian law and human rights.<sup>644</sup>

No *Caso Akayesu*, ficam extremamente claros o objetivo da pena e a ampla discricionariedade na imposição de penas nas condenações realizadas pelo Tribunal:

[...] Neither Article 23 [...] nor Rule 101 of the Rules determine any specific penalty for each of the crimes falling under the jurisdiction of the Tribunal. The determination of sentences is left to the discretion of the Chamber which should take into account apart from general practice regarding prison

---

<sup>643</sup> SCHABAS, 2000b, p. 529-534.

<sup>644</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Kambanda**. Case Nº ICTR-97-23-S. Judgement and Sentence, 4 Sept 1998. Disponível em: <<http://www.ictor.org/ENGLISH/cases/Kambanda/judgement/kambanda.html>>. Acesso em: 05 set. 2009.

sentences in the court of Rwanda a number of other factors in particular the gravity of the crime. [...]

Clearly to the Chamber however, as far as the individualisation of penalties is concerned, the Judges cannot limit themselves to the factors mentioned in the statutes and the Rules. Here again their unfettered discretion to evaluate the facts and attendant circumstances should enable them to take into account any other factor that they deem pertinent. Similarly the factors at issue in the Statute and in the Rules can not interpreted as having to be mandatorily cumulative in the determination of the sentence. [...] <sup>645</sup> [grifo nosso]

No *Caso Rutaganda*, a mesma percepção quanto à discricionariedade do princípio *nulla poena sine lege* se repete nas palavras da decisão:

That said, it is clear that the penalties imposed on accused persons found guilty by the Tribunal must be directed, on the one hand, at retribution of the said accused, [...] on other hand, at deterrence, namely to dissuade for ever, others who may be tempted in the future to perpetrate such atrocities by showing them that the international community shall not tolerate the serious violations of international humanitarian law and human rights. [...]

Clearly, however, as far as the individualization of penalties is concerned, the judges of the Chamber cannot limit themselves to the factors mentioned in the Statute and the Rules. Here again, their unfettered discretion in assessing the facts and attendant circumstances should enable them to take into account any other factor that they deem pertinent.

Similarly, the factors referred to in the Statute and in the Rules cannot be interpreted as having to be applied cumulatively in the determination of the sentence. <sup>646</sup>

O cumprimento da pena de prisão poderá ocorrer em Ruanda ou em qualquer outro Estado sem restrições. No caso do ICTY, a ex-Iugoslávia foi excluída da possibilidade de executar as penas. O Relatório para o ICTR é bastante elucidativo:

19. Imprisonment shall, according to article 26 of the statute, be served in Rwanda, or in any of the States on a list of States that have indicated to the Security Council their willingness to accept convicted persons. Unlike the former Yugoslavia, Rwanda is not excluded from the list of States where prison sentences pronounced by the International Tribunal for Rwanda may be served. <sup>647</sup>

---

<sup>645</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Akayesu.** Case Nº ICTR-96-4-T. Sentence, 2 Oct 1998. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/ak81002e.html>>. Acesso em: 05 set. 2009.

<sup>646</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v Rutaganda.** Case Nº ICTR-96-3-T. Sentence, 6 Dec 1999. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Rutaganda/judgement/7.htm>>. Acesso em: 05 set. 2009.

<sup>647</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 5 of Security Council Resolution 955 (1994).** Disponível em:

A privação de liberdade é regulamentada complementarmente pelas Regras de Detenção, adotadas pela sessão plenária dos Juízes em 05 de junho de 1998.<sup>648</sup> As regras devem ser aplicadas em conjunto com os dispositivos do tratado internacional estabelecido entre o Estado onde a sentença será executada e as Nações Unidas (regra 2), cabendo, no entanto, a responsabilidade por todos os aspectos da detenção às Nações Unidas (regra 3). Exemplificando, caso as penas sejam executadas em Ruanda, há o tratado firmado entre a República de Ruanda e as Nações Unidas, sobre a execução das sentenças do ICTR<sup>649</sup> que estabelece no artigo 3 (2) que as condições de prisão serão reguladas pelo direito ruandês e serão executadas de acordo com o Mínimo Padrão para Tratamento de Prisioneiros, artigo 3 (3). Por medida de segurança, o artigo 9 (2) confere faculdade ao Tribunal em requerer a transferência do condenado, a qualquer tempo, para execução da pena em outro Estado.

Nas palavras de Endo, há inúmeras discrepâncias nas sentenças, em virtude da vagueza dos dispositivos estatutários e falta de critérios seguros da jurisprudência das Câmaras de Julgamento. A disparidade nas sentenças também traz à tona a questão da proporcionalidade das penas nas condenações criminais e o direito do acusado em receber uma punição menor sempre que possível.<sup>650</sup>

Assim, como o Tribunal de Tóquio em muito se assemelhava ao seu predecessor Tribunal de Nuremberg, o mesmo fenômeno ocorre entre os tribunais para ex-Iugoslávia e para Ruanda. Assim, como o ICTY, o ICTR ajudou a elucidar os conceitos de crimes internacionais e também demonstrou a influência das convenções internacionais de direitos humanos nos seus julgados. A aplicação do padrão de direito internacional dos direitos humanos quanto aos princípios *nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege* não é mencionado.

---

<<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/043/02/PDF/N9504302.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 04 set. 2009.

<sup>648</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Rules Covering the Detention of Persons Awaiting Trial or Appeal Before the Tribunal or Otherwise Detained on the Authority of the Tribunal**, Disponível em: <[http://www.ictor.org/ENGLISH/basicdocs/detention/detention\\_07.pdf](http://www.ictor.org/ENGLISH/basicdocs/detention/detention_07.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2009.

<sup>649</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Agreement between the Government of the Republic of Rwanda and the United Nations on the Enforcement of Sentences of the International Criminal Tribunal for Rwanda**, Disponível em: <<http://www.ictor.org/ENGLISH/agreements/rwanda.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2009.

<sup>650</sup> ENDO, 2002, p. 216-219.

Quanto ao princípio do *nullum crimen sine lege*, há fatores de forte instabilidade na interpretação expansiva do Estatuto, na flexibilidade das RPP, quanto à sua criação, emendas e aplicação flexível, na ausência do princípio da legalidade explicitado no Estatuto do Tribunal, na aplicação do direito costumeiro, nas referências ao direito nacional para interpretar os elementos dos crimes, na ausência de um sistema de aplicação de precedentes e na própria indeterminação das normas penais internacionais. Quanto ao *princípio do nulla poena sine lege*, há bastante discricionariedade dos Juízes ao estabelecerem as penas porquanto não há uma gradação de penalidades ou critérios claros para a sua imposição. Os poucos critérios estabelecidos são considerados como não-obrigatórios. Notável avanço é a exclusão da pena de morte dos Estatutos dos tribunais. Os tribunais *ad hoc* fazem parte de uma etapa de desenvolvimento do direito penal internacional e se constitui em valiosos precedentes ao Tribunal Penal Internacional (TPI).

### 5.3 DESCUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO NOS TRIBUNAIS *AD HOC*

A proteção da liberdade individual contra atos arbitrários do exercício do poder, seja do poder estatal, seja do poder na esfera internacional, constitui-se em direito humano fundamental, cuja violação sugere a responsabilização, tanto nas esferas nacionais quanto nas internacionais. A questão a ser considerada constitui-se na possibilidade de indenização dos danos causados pelo sistema de justiça internacional e, em especial, pela violação do princípio do *nullum crimen sine lege* e do princípio da *nulla poena sine lege*.

Questiona-se se o desrespeito ao princípio da legalidade, dos seus desdobramentos e garantias afins, no direito penal internacional, constituindo-se em *error in iudicando* ou *error in procedendo*, ensejaria a responsabilidade internacional. Os Estatutos dos tribunais internacionais penais *ad hoc* não contêm previsão quanto à possibilidade de ressarcimento, caso haja constrições ilegais sobre a liberdade

individual.<sup>651</sup> São várias etapas a serem vencidas: se há, mesmo na ausência de previsão expressa o direito ao ressarcimento, se os tribunais estão obrigados ao princípio da legalidade, que igualmente não tem previsão expressa nos Estatutos, a efetiva lesão ao princípio e o dano concreto sofrido pelo acusado.

Quanto ao dano, a ilegalidade da constrição sofrida sobre a liberdade individual poderá ocorrer numa fase pré-processual, processual ou pós-processual. Na fase pré-processual, podem ocorrer investigações abusivas, ou prisão ilegal; na fase processual, o acusado pode ter a sua sentença de condenação reformada nas Câmaras de Apelação e, ainda que tenha sido irremediavelmente condenado pelo Tribunal internacional, pode obter provas veementes da sua inocência e na fase pós-processual, poderá sofrer execução abusiva da pena imposta. De modo geral, as constrições constituem-se em afronta aos direitos humanos do acusado ou condenado.

Em sendo os tribunais internacionais *ad hoc* órgãos subsidiários do Conselho de Segurança, suas ações são naturalmente imputáveis às Nações Unidas. A ONU goza de personalidade jurídica internacional podendo ser responsabilizada pelos danos sofridos pelo acusado, através dos tribunais *ad hoc*: “[...] both the ICTY and ICTR are subsidiary organs of the United Nations as an international organization, created by the U.N. Security Council. They share in the legal personality of the United Nations.”<sup>652</sup>. Tanto as Nações Unidas, quanto seus órgãos, estão vinculados aos instrumentos internacionais de direitos humanos, que, ademais, foram firmados sob âmbito das Nações Unidas. Torna-se plausível o argumento de que as Nações Unidas seriam legalmente obrigadas a compensar pessoas cuja detenção ou condenação pelos tribunais internacionais *ad hoc* seja ilegal e também por ilegalidades na execução penal, ainda que sejam cumpridas em Estados nacionais.

Quanto ao princípio da legalidade e suas dimensões, há várias previsões em instrumentos internacionais na Declaração Universal de Direitos Humanos, (DHDH),

---

<sup>651</sup> BERESFORD, Stuart. Redressing the wrongs of the international justice system: compensation for persons erroneously detained, prosecuted, or convicted by the *ad hoc* Tribunals. **American Journal of International Law**, vol. 96, afl. 3, 2002, p. 629-647: “Since it is axiomatic that the *ad hoc* Tribunals fully respect internationally recognized standards on the rights of suspects and accused,[3] the lack of any provision authorizing awards of compensation to persons who were wrongly prosecuted or convicted, as well as those who were unlawfully arrested or detained, raises serious concerns. Even though only a handful of trials have been completed thus far, a steadily increasing number of individuals have been deprived of their personal liberty only to be acquitted or have the proceedings against them subsequently terminated. In one of the most serious cases, an individual spent almost one thousand days in custody, most of them in isolation from detainees, before being acquitted [4].”

<sup>652</sup> GALLANT, 2004, p. 399.

em especial os artigos 8, 9 e 10 <sup>653</sup>; no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, (PIDCP), em especial os artigos 4 (2), 9 (1), 9 (3), 9 (4), 9 (5), 14 (1), 14 (2), 14 (3), 14 (5), 14 (7), 15 (1) e 15 (2) <sup>654</sup>; na Convenção Europeia de Direitos Humanos, artigos 5, 6 e 7 <sup>655</sup>; eventualmente, no caso de Ruanda, a Carta Africana de Direitos Humanos (CADH), em especial os artigos 6, 7(1) e 7 (2) <sup>656</sup>; e todas as demais convenções e tratados firmados no âmbito das Nações Unidas, o direito costumeiro e os princípios gerais de direito, no âmbito dos direitos humanos. Igualmente há fundamento no direito humanitário: nos Princípios Básicos para o Tratamento de Prisioneiros, princípio 5 <sup>657</sup>; na Convenção de Genebra III, artigo 99 <sup>658</sup>; na Convenção de Genebra IV, artigo 3 comum, artigos 5, 69, 71, 74 e 147 <sup>659</sup>; no Protocolo I, artigo 75 e 85 (4) (e) <sup>660</sup>; e no Protocolo II, artigo 6 <sup>661</sup>, etc.

Os tribunais penais internacionais *ad hoc* buscaram uma solução junto ao Conselho de Segurança. Em 19 de setembro de 2000, o Presidente do ICTY, Claude Jorda, submeteu, representando os Juizes do Tribunal, uma Carta ao Secretário-Geral, arguindo ao Conselho de Segurança a possibilidade de emenda no Estatuto para permitir a compensação de pessoas que tenham sido erroneamente processadas ou condenadas, bem como ilegalmente presas ou detidas sob a

---

<sup>653</sup> UNITED NATIONS. **The Universal Declaration of Human Rights**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. Acesso em: 03 set. 2009.

<sup>654</sup> UNITED NATIONS. **International Covenant on Civil and Political Rights**. Disponível em: <<http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20999/volume-999-I-14668-English.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2009.

<sup>655</sup> UNITED NATIONS. **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol Nº 11 with Protocol Nos. 1, 4, 6, 7, 12 and 13**. Disponível em: <[http://treaties.un.org/doc/Treaties/1990/09/19900902%2003-14%20AM/Ch\\_IV\\_11p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1990/09/19900902%2003-14%20AM/Ch_IV_11p.pdf)>. Acesso em: 03 set. 2009.

<sup>656</sup> UNITED NATIONS. **Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2009.

<sup>657</sup> UNITED NATIONS. **Basic Principles for the Treatment of Prisoners**. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/565/00/IMG/NR056500.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 03 set. 2009.

<sup>658</sup> UNITED NATIONS. **Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949**. Disponível em: <<http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2075/volume-75-I-972-English.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2009.

<sup>659</sup> UNITED NATIONS. **Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949**. Disponível em: <<http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2075/volume-75-I-972-English.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2009.

<sup>660</sup> UNITED NATIONS. **Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I)**. Disponível em: <<http://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800f3586>>. Acesso em: 03 set. 2009.

<sup>661</sup> UNITED NATIONS. **Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of non-international armed conflicts (Protocol II)**. Disponível em: <<http://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800f3cb8>>. Acesso em: 03 set. 2009.

autoridade do Tribunal (Carta do ICTY).<sup>662</sup> Sete dias mais tarde, também o Juiz Navanethem Pillay, do ICTR, enviou uma Carta no mesmo sentido ao Secretário-Geral (Carta do ICTR).<sup>663</sup> Em março de 2002, houve outra Carta do Presidente do ICTY<sup>664</sup>, porém o Conselho de Segurança permaneceu inerte, pois não houve qualquer emenda nos Estatutos, no sentido de reconhecer o direito ao ressarcimento.

As Cartas enviadas pelos tribunais no ano de 2000 têm praticamente o mesmo conteúdo e reconhecem a necessidade de compensação pelo menos em três hipóteses. Indicam os fundamentos jurídicos extraídos dos instrumentos de direitos humanos para justificar a compensação de *pessoas condenadas erroneamente* (14 (6), PIDCP e o artigo 85, Estatuto TPI), *pessoas processadas injustamente* (artigo 85 (3), Estatuto TPI) e *pessoas detidas ilegalmente* (artigos 9 (5), PIDCP). Destacam que, como órgãos subsidiários do Conselho de Segurança, as ações dos tribunais podem ser imputadas às Nações Unidas. Requerem providências para que os respectivos Estatutos sejam emendados, permitindo que os tribunais determinem as compensações. Nas palavras do Juiz Presidente, na Carta do ICTY:

It is therefore necessary, in order to fulfil this obligation, to enact legal provisions that meet the essential requirements of legality and respect for law, conferring on persons wrongfully prosecuted or convicted by the Tribunal, and on those who have been unlawfully arrested or detained, a specific right to compensation. [...]

Consequently, since the Tribunal and, in particular, the Chambers are in the best position to determine whether persons who have been wrongfully prosecuted or convicted and those who have been unlawfully arrested or detained should be compensated, the Judges consider that the Security Council should study the possibility of widening the jurisdiction of the

---

<sup>662</sup> UNITED NATIONS. **Letter Dated 19 September 2000 from the President of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Addressed to the Secretary-General annexed to Letter Dated 26 September 2000 from the Secretary-General Addressed to the President of the Security Council.** UN Doc. S/2000/904. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/659/95/PDF/N0065995.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 07 set. 2009.

<sup>663</sup> UNITED NATIONS. **Letter Dated 26 September 2000 from the President of the International Criminal Tribunal for Rwanda Addressed to the Secretary-General, annexed to Letter Dated 28 September 2000 from the Secretary-General Addressed to the President of the Security Council.** UN Doc. S/2000/925. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/668/67/PDF/N0066867.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 07 set. 2009.

<sup>664</sup> UNITED NATIONS. **Letter dated 18 March 2002 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council,** 25 March 2002. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/301/98/PDF/N0230198.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 07 set. 2009.

Tribunal by amending its Statute to empower it to deal with questions of compensation.<sup>665</sup>

O princípio da legalidade tem uma função dúplice: ao autorizar a invasão da esfera de liberdade e o exercício do *ius puniendi* em determinadas circunstâncias e estipula e regula o modo como esta invasão se processará. A violação ao princípio da legalidade *lato sensu* envolve o desrespeito de várias dimensões que vão desde a legalidade da constituição do Tribunal, o exercício de sua jurisdição e poderes, as fontes de direito aplicáveis, princípio do *nullum crimen sine lege stricto sensu*, métodos de interpretação dos Estatutos penais, princípio do *nulla poena sine lege* e execução da pena, porque o princípio só cumpre sua função de garantia se todas as etapas da persecução penal estiverem sob sua égide. A prova dessas violações é bastante árdua, tendo em vista a concepção que os tribunais *ad hoc* demonstram através da sua prática.

São tribunais tipicamente *pro societate*, com finalidades preventivas e retributivas. Surgiram como medida de justiça contra a impunidade de atos criminosos grotescos, estando quase que implicitamente presumida a excepcionalidade e a gravidade das medidas adotadas, em conflito imediato com o direito fundamental de liberdade. Foram estabelecidos após e em decorrência, de graves crises institucionais e diante de uma total ineficácia do direito interno dos Estados em manter a ordem e evitar o caos e o massacre.

A infringência de qualquer norma do Estatuto, das RPP e de regulamentação complementar poderia gerar direito ao ressarcimento por violação ao princípio da legalidade. Ocorre, no entanto, que o Tribunal considera muitos dispositivos como não obrigatórios, concedendo a si poderes discricionários para interpretar no interesse da justiça. Há dispositivos que dificilmente poderiam ser interpretados fora da literalidade do Estatuto, mas por várias vezes, através do recurso ao direito costumeiro, a literalidade restou desprezada. Os instrumentos fundacionais dos tribunais, Estatutos, RPP e outras regulamentações menores chegam a infringir, por si só, padrões internacionais de direitos humanos, como se procurou demonstrar.

Os Estatutos, as RPP e demais regulamentações estabelecem o funcionamento dos tribunais que devem submeter-se ao padrão internacional de

---

<sup>665</sup> UNITED NATIONS. **Letter Dated 19 September 2000** [...], Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/659/95/PDF/N0065995.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 07 set. 2009.

direitos humanos como posto pelas Nações Unidas. Os Estatutos dos tribunais, no entanto, apresentam algumas garantias e direitos do acusado. Algumas garantias materiais e processuais são asseguradas explicitamente: Pode-se falar em medidas para evitar o *error in iudicando*, como as garantias da presunção de inocência e outras previstas nas regras de procedimento e prova, como informações obtidas através de métodos que não desfrutem de confiabilidade.<sup>666</sup> Quanto ao ICTY, destacam-se no Estatuto, ilustrativamente, os artigos: artigo 10 (*ne bis in idem*), artigo 10 (3) (detracção penal), artigo 21 (direitos do acusado), artigo 23 (julgamento), artigo 24 (penalidades), artigo 27 (execução penal). Nas RPP, devem ser consideradas as regras que complementam os respectivos artigos, em especial a regra 6 (D) (vigência não imediata de modificações nas regras e proibição de vigência *in pejus*) e a regra 42 (direitos dos suspeitos durante a investigação). Destaco a regra 2, das Regras de Detenção do ICTY, *in verbis*:

The United Nations shall retain the ultimate responsibility and liability for all aspects of detention pursuant to these Rules of Detention. Under the authority of the Registrar, the Commanding Officer shall be responsible for all aspects of the day-to-day management of the Detention Unit, including security and order, and may make all decisions relating thereto, except where otherwise provided in these Rules of Detention.<sup>667</sup> [grifo nosso]

No ICTR, a situação não é diferente, por exemplo, citamos os artigos: artigo 9 (*ne bis in idem*), artigo 9 (3) (detracção penal), artigo 20 (direitos do acusado), artigo 22 (julgamento), artigo 23 (penalidades), artigo 26 (execução penal). Igualmente, nas RPP, devem ser consideradas as regras que complementam os respectivos

---

<sup>666</sup> BERESFORD, 2002, p. 629-644: "The integrity of the proceedings is further safeguarded by the rights afforded to an accused under the Statutes of the ad hoc Tribunals. In addition to a fair and public hearing, subject to rules relating to the protection of victims and witnesses [29], an accused is entitled to the following minimum guarantees: (a) to be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him; (b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing; (c) to be tried without undue delay; (d) to be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it; (e) to examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him; (f) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in the [hoc Tribunals]; (g) not to be compelled to testify against himself or to confess guilt [30]."

<sup>667</sup> INTERNACIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Rules Governing the Detention of Persons awaiting Trial or Appeal before the Tribunal or otherwise Detained on the Authority of the Tribunal**, Rev. 9, 21 July 2005. Disponível em: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Detention/IT38UNDU rules rev9 2005 en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Detention/IT38UNDU%20rules%20rev9%202005%20en.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2009.

artigos, em especial as regras: regra 7 *ter* (*time limits*), regra 6 (C) (proibição de vigência imediata de alterações nas RPP *in pejus*), regra 42 (direitos dos suspeitos durante a investigação). Idêntica disposição existe nas Regras de Detenção do ICTR, regra 3, *in verbis*:

The United Nations shall retain ultimate responsibility for all aspects of detention pursuant to these Rules. All detainees shall be subject to the sole jurisdiction of the Tribunal at all times they are so detained, even though physically absent from the Detention Unit, until final release or transfer to another institution. Subject to the overriding jurisdiction of the Tribunal, the Commanding Officer shall have sole responsibility for all aspects of the daily management of the Detention Unit, including security and order, and may make all decisions relating thereto, except where otherwise provided in these Rules.<sup>668</sup> [grifo nosso]

O fundamento jurídico internacional para o direito a compensação decorre dos instrumentos internacionais de direitos humanos combinados com a infringência aos Estatutos dos tribunais.<sup>669</sup> Finalmente, o argumento mais forte contra o ressarcimento do *error* reside no fato de que as vítimas, em ambos tribunais *ad hoc*, ICTY e ICTR, não dispõem de acesso ao direito à indenização por danos sofridos na jurisdição internacional.<sup>670</sup> O fato de os acusados serem ressarcidos dentro da jurisdição do Tribunal, enquanto as vítimas das agressões (*vítimas dos fatos*) não têm o mesmo tratamento, fere o senso comum de justiça, mesmo que, por analogia, um condenado que tenha sofrido o *error*, possa ser comparado a uma vítima do

---

<sup>668</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Rules Covering the Detention of Persons Awaiting Trial or Appeal Before the Tribunal or Otherwise Detained on the Authority of the Tribunal**, Disponível em: <[http://www.ictor.org/ENGLISH/basicdocs/detention/detention\\_07.pdf](http://www.ictor.org/ENGLISH/basicdocs/detention/detention_07.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2009.

<sup>669</sup> MOSE, 2003, p. 203: "According to CCPR article 14(6), a person who has been finally convicted and whose conviction has subsequently been reversed as a result of miscarriage of justice shall be compensated, unless it is proved that the no disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable him. There is no such provision in the ICTR and ICTY Statutes. It may argue, however, that acts of the Tribunals, as subsidiary organs of the Security Council, are imputable to the United Nations. Consequently, since the organisation considers itself bound by generally accepted norms of human rights law, such as CCPR article 14(6), the United Nations would be und an obligation to ensure that compensation is paid to a person whose conviction by an ad hoc Tribunal has later been reversed. In practice, such a situation has not occurred.". Ver também: BERESFORD, 2002, p. 629-647.

<sup>670</sup> Os artigos 24 (3) Estatuto ICTY e o artigo 23 (3) Estatuto ICTR permitem as Câmaras de Julgamento ordenar a restituição de propriedades e proveitos auferidos com a prática criminosa para os legítimos temdores após o julgamento. A regra 106, RPP regula a compensação de vítimas que deverão mover sua pretensão perante os tribunais nacionais, sendo que os julgamentos dos tribunais internacionais serão finais e obrigatórios no estabelecimento da responsabilidade criminal do condenado (KITTICHAISAREE, Kriangsak. **International Criminal Law**. New York: Oxford University Press, 2001, p. 323 e 324).

sistema de justiça internacional, na qualidade de *vítima do processo*.<sup>671</sup> Como os tribunais têm uma característica forte de serem órgãos *pro societate*, o reconhecimento do *error* torna-se bastante difícil, e improvável a indenização.

O direito costumeiro continuará seu desenvolvimento e o artigo 85, Estatuto TPI, poderá talvez ser aplicado nos tribunais *ad hoc*. A influência do Tratado de Roma já se faz presente. Não se pode esquecer o precedente do ICTY, no *Caso Krstic*, no qual a Câmara fez referência aos trabalhos preparatórios do estabelecimento do TPI para aferir a *opinio juris* dos Estados:

[...] the Chamber gave consideration to the work done in producing the Rome Statute on the establishment of an international criminal court, specifically, the finalised draft text of the elements of crimes completed by the Preparatory Commission for the International Criminal Court in July 2000. Although that document post-dates the acts involved here, it has proved helpful in assessing the state of customary international law which the Chamber itself derived from other sources. In this regard, it should be noted that all the States attending the conference, whether signatories of the Rome Statute or not, were eligible to be represented on the Preparatory Commission. From this perspective, the document is a useful key to the *opinio juris* of the States. [...] <sup>672</sup>

---

<sup>671</sup> BERESFORD, 2002, p. 629-644.

<sup>672</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **The Prosecutor v. Krstic**. Case Nº IT-98-33-T. Judgement, 2 August 2001. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

## 6 CONSAGRAÇÃO NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Tribunal Penal Internacional representa o estado da arte da justiça penal internacional quanto ao seu desenvolvimento histórico e jurídico, no sentido da mais evoluída estabilidade institucional, maior segurança jurídica no direito processual e, no direito material, ocorre maior abrangência de previsão dos diversos princípios correlatos ao princípio da legalidade, em comparação com os tribunais anteriores. O Tribunal inaugura uma nova fase de relações entre os Estados, sob dois aspectos: a limitação das soberanias em favor do Tribunal e a cooperação que se fará necessária entre as justiças nacionais e o Tribunal, para dar cumprimento à complementariedade da jurisdição internacional.<sup>673</sup>

### 6.1 CONSTITUIÇÃO

O Tribunal Penal Internacional (TPI) criado aos 17 de julho de 1998 através de tratado multilateral ratificado por uma grande maioria de Estados da comunidade internacional, na Conferência de Roma, teve adotado seu Estatuto por 120 votos a favor, 7 contra e 21 abstenções. Votaram contra a criação do Tribunal: Estados Unidos, China, Israel, Líbia, Iraque, Qatar e Iêmen.<sup>674</sup> Na data de 21 de julho de 2009, o Tratado de Roma contava com 110 Estados-partes, 30 africanos, 14

---

<sup>673</sup> Beigbeder resume o árduo caminho para o Estatuto. Historicamente, o artigo VI da Convenção do Crime de Genocídio (1948) já previa a criação de um Tribunal penal internacional, o que motivou uma série de estudos e projetos realizados pela Comissão de Direito Internacional (CDI), culminando na preparação do Projeto de Estatuto de 1994. Estabeleceu-se um Comitê *ad hoc* para revisar o projeto. Os membros do comitê apoiaram o estabelecimento do Tribunal penal internacional, havendo acordo que o mesmo deveria ser estabelecido como um órgão judicial independente através de tratado multilateral, porém não houve possibilidade de se consolidar um texto para o Estatuto. Em dezembro de 1995, foi estabelecido um Comitê Preparatório pela Assembléia Geral, que deveria preparar um texto consolidado para uma convenção para o estabelecimento do Tribunal Penal internacional. (BEIGBEDER, 1999, p.187-191).

<sup>674</sup> Os documentos legais básicos da constituição e funcionamento encontram-se no *site*: INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Basic Legal Texts**. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Legal+Texts+and+Tools/>>. Acesso em: 21 ago. 2009.

asiáticos, 17 da Europa Oriental, 24 da América Latina e Caribe e 25 da Europa ocidental e outros Estados.<sup>675</sup>

O cenário político por trás do Estatuto, condensando Beigbeder, resultou de batalhas e compromissos entre a determinação de muitos países em instituir um Tribunal independente com amplo apoio de organizações não governamentais e os receios dos EUA e França de que o seu pessoal militar de missões de paz pudessem ser indiciados pelo Tribunal e frustrações: a não inclusão das armas nucleares entre as armas proibidas (Índia), a não inclusão do crime de terrorismo na jurisdição (Sri Lanka). Alguns protestos ocorreram sobre os poderes conferidos ao Promotor (China), ou contra a não inclusão da pena de morte (Singapura). Muitos países não alinhados e países árabes se opuseram à criação do Tribunal. Os EUA objetaram dois pontos chaves na criação do Tribunal: o poder do Promotor para iniciar investigações e a jurisdição do Tribunal sobre crimes cometidos por cidadãos de Estados não partícipes do tratado.<sup>676</sup>

O TPI não foi concebido semelhantemente aos seus predecessores ICTY e ICTR, como um órgão subsidiário da ONU, mas como uma organização supranacional autônoma. O Estatuto prevê que a relação do TPI com as Nações Unidas deverá ocorrer mediante acordos (artigo 2, Estatuto TPI). Porém o funcionamento do Tribunal sofre diretamente interferência do Conselho de Segurança (artigo 13 (b), 16 e 87 (7), Estatuto TPI), influenciando politicamente o *exercício* de sua jurisdição.<sup>677</sup> Houve, no entanto, uma diminuição do poder do Conselho de Segurança, em comparação ao que exercia no ICTY e ICTR, cujos Estatutos podem ser emendados a qualquer momento por resoluções. Nos tribunais *ad hoc*, a interferência poderia dar-se no conteúdo dos Estatutos, inclusive sobre a jurisdição dos tribunais e não apenas no seu exercício.<sup>678</sup>

---

<sup>675</sup> Estados Partes do tratado em: INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Assembly of States Parties. **States Parties.** Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/The+States+Parties+to+the+Rome+Statute.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2009.

<sup>676</sup> BEIGBEDER, 1999, p.195 e 196.

<sup>677</sup> KÖCHLER, 2003, p. 208. Consultar também: DIEZ DE VELASCO, Manuel Vallejo. **Las Organizaciones Internacionales.** Decimotercera edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 413-415: "Aunque la Corte Penal Internacional es una Organización autónoma, el propio Estatuto prevé que la misma "estará vinculada con las Naciones Unidas" mediante un Acuerdo (art. 2 y Preámbulo, párr. noveno). Dicho Acuerdo ha sido elaborado por la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto y será concluido por el Presidente de la Corte en nombre de ésta, una vez que la Asamblea General de las Naciones Unidas lo apruebe."

<sup>678</sup> BHATTACHRYYA, 1996, p. 75.

Na elaboração do Tratado de Roma, os Estados agiram na qualidade de legisladores. Os Estados-partes fizeram uma divisão de atribuições entre a organização internacional e as obrigações estatais (residuais), alienando parte da própria soberania e transferindo a jurisdição para o Tribunal quanto aos crimes previstos no Estatuto. No entendimento de Boot, o princípio da legalidade no delineamento da jurisdição do Tribunal reflete a noção de separação de poderes, por um lado a delegação de poderes específicos dos Estados ao Tribunal para que cumpra sua finalidade de forma limitada e definida e por outro, os poderes remanescentes que permaneceram reservados aos Estados e à Assembléia dos Estados-partes (Parte 11).<sup>679</sup>

A importância do TPI enquanto instituição permanente é trazer estabilidade e reduzir a incerteza do direito penal internacional, porque, através de tratado multilateral<sup>680</sup>, vinculou a grande maioria de Estados na comunidade internacional, assentou as bases fundamentais do direito penal internacional, através da codificação de normas de direito penal. Ocorre um círculo virtuoso: o desenvolvimento do direito penal internacional é alcançado através da criação de instituições, as quais posteriormente interagem sobre o próprio corpo normativo, contribuindo para sua evolução.<sup>681</sup>

### 6.1.1 Legalidade e Legitimidade

O TPI foi constituído por tratado internacional multilateral com ampla adesão e ratificação da comunidade internacional, exceto por alguns Estados fortes (Estados

---

<sup>679</sup> BOOT, 2002.

<sup>680</sup> Adotamos o conceito de tratado multilateral de: DANILENKO, 1993, p.52. Ver também: NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge University Press, 2004, p.3-6: "Institutions are the rules of the game in a society or, more formally, are the humanly devised constraints that shape human interaction. In consequence they structure incentives in human exchange, whether political, social, or economic. Institutional change shapes the way societies evolve through time and hence is the key to understanding historical change. [...] The major role of institutions in a society is to reduce uncertainty by establishing a stable (but not necessarily efficient) structure to human interaction. But the stability of institutions in no way gainsays the fact that they are changing. From conventions, codes of conduct, and norms of behavior to statute law, and common law, and contracts between individuals, institutions are evolving and, therefore, are continually altering the choices available to us. The changes at the margin may be so slow and glacial in character that we have to stand back as historians to perceive them, although we live in a world where the rapidity of institutional change is very apparent."

Unidos, China e Israel) que visam fugir à sua jurisdição e, de certa forma, obstar o seu funcionamento. Os Estados Unidos tiveram papel decisivo na criação dos tribunais militares de Nuremberg e Tóquio e papel bastante relevante na criação dos tribunais penais *ad hoc*, porém consideram o Estatuto de Roma como uma forma incipiente de governança global incompatível com a plena soberania dos Estados Unidos.

Kreß manifesta a sua inconformidade com a utilização do Conselho de Segurança para abreviar as competências confiadas ao Tribunal Penal Internacional, citando as resoluções 1422 (2002) e 1487 de 12 de junho de 2003.<sup>682</sup> Tal fato demonstra a posição de poder dos EUA ao impor sua posição contra a opinião manifestada expressamente por grande maioria de Estados. À margem do Tratado de Roma, o governo americano decidiu realizar acordos bilaterais com diversos Estados-partes do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, como possibilidade de isentar cidadãos americanos da jurisdição do TPI.<sup>683</sup>

O surgimento do Tribunal penal internacional demonstra o nascimento de um poder incipiente que começa a se contrapor à hegemonia dos EUA, ainda que a superpotência ainda possa utilizar-se dos mecanismos do Conselho de Segurança e de sua política externa para evitar a jurisdição do Tribunal. Esta reação política é

---

<sup>682</sup> UNITED NATIONS. **Security Council resolutions 1422 (2002) and 1487 (2003)**. Disponíveis em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/477/61/PDF/N0247761.pdf?OpenElement>>, <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/394/51/PDF/N0339451.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 21 ago. 2009.

<sup>683</sup> KREß, Claus. 2004, p. 48-60. Consultar também: BOOT-MATTHIJSEN, Machteld. Bridge over trouble waters: the International Criminal Court and the International Extension of the Rule of Law. In: **Cannons and Canons: Clingendael views of global and regional politics: an overview of international relations on the occasion of the twentieth anniversary of the Netherlands Institute of International Relations "Clingendael"**. Royal Van Gorcum, 2003, p.101 e 102: "Already before the Rome Conference, the US delegation explained its objections - *inter alia* - against the inclusion of a Prosecutor that could start criminal investigations *proprio motu*, fearing politically motivated indictments against US nationals. The United States has taken several initiatives to prevent its nationals from being brought before the Court. Although former US President Clinton had signed the Statute in December 2000, the United States sent a letter to the UN Secretary-General in May 2002, withdrawing that signature by stating that it no longer intended to ratify the Statute. In July 2002, the UN Security Council adopted Resolution 1422, proposed by the United States, to exclude nationals of non-state parties involved in LTN peace operations from the ICC's jurisdiction for a period of twelve months. This period was renewed by the Council on 12 June 2003. In August 2002, the American Service Members' Protection Act was signed by President Bush. This Act prohibits all cooperation by US authorities with the ICC, prohibits military assistance to countries that are parties to the ICC, and explicitly does not rule out using force to free US nationals from detention or prosecution by the Court. Last but not least, the United States is approaching a large number of states to conclude bilateral agreements entailing that no members of the US armed forces will be surrendered to the ICC, whether or not the state concerned is a party to the Statute. [...]". JESCHECK, 2004, p.54 e 55; e WISE, Edward. The International Criminal Court: a Budget of Paradoxes. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, vol. 8, 2000, p. 279.

própria ao desenvolvimento de uma nova fase histórica na justiça penal internacional. O TPI, dentro desta perspectiva constitui-se no Tribunal internacional com maior isenção, imparcialidade, representatividade e legitimidade já constituído. Criado por tratado internacional multilateral, não tem resquícios de justiça dos vitoriosos, mantém ainda, no entanto, a característica de Tribunal *pro societate*, criado para colocar fim à impunidade. Perde o caráter de instituição *ad hoc* para tornar-se *permanente*. Certamente é o Tribunal penal internacional mais jurídico, balizado por normas técnicas e com menos ingerências políticas já criado.<sup>684</sup>

## 6.2 JURISDIÇÃO E PODERES

As principais características podem ser assim, resumidas. A jurisdição do Tribunal está baseada em um tratado que não admite reservas (artigo 120, Estatuto TPI). A jurisdição *ratione materiae* vem definida nos artigos 5 a 8, porém o Conselho de Segurança poderá referir situações ou impedir investigações ou procedimentos perante o Tribunal (artigo 16). A jurisdição<sup>685</sup> abrange os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão, este último ainda sem definição no Estatuto.<sup>686</sup> Um Estado, ao aderir ao tratado, poderá não sofrer a jurisdição do Tribunal por um período de *sete anos* nos casos de crimes de guerra (artigo 124). O artigo 11 prevê a jurisdição *ratione temporis*, o Tribunal foi estabelecido para julgar fatos futuros após a entrada em vigor do tratado, não tem jurisdição retrospectiva de regra, salvo o disposto no artigo 11 (2). De forma geral, as

---

<sup>684</sup> Opinião contrária em: KÖCHLER, 2003, p. 210: "This state of affairs further implies that - irrespective of the above described statutory independence of the Court's functionaries - a "material" (as distinct from a merely formal) separation of powers between judiciary and executive authority does not exist in the framework in which the ICC has to operate. The Court has no weight of its own if that is seen as "judicial power" in analogy to the position of the judiciary on the domestic level. The ICC cannot function as a fully independent entity vis-à-vis the executive power represented by the States Parties. However, such independence would be necessary to establish its position as the universal guarantor of the rule of law for the prosecution of international crimes."

<sup>685</sup> O Estatuto de Roma desenvolveu-se de um Projeto, preparado pela Comissão de Direito Internacional (CDI) em 1994. Neste projeto não eram definidos os crimes sobre os quais o Tribunal teria jurisdição, privilegiando-se a aplicação do direito costumeiro internacional. Esta posição não prevaleceu nos próximos projetos que deram origem ao Estatuto. De fato, no Estatuto há definição dos crimes sobre os quais o Tribunal tem jurisdição, bem como princípios gerais de direito penal, porém não se pode dizer que a influência do direito costumeiro tenha cessado (WISE, 2000, p. 272).

<sup>686</sup> MCGOLDRICK, 2004, p. 43-45.

condições para o exercício da jurisdição estão baseadas na nacionalidade, na territorialidade ou no consentimento. O exercício da jurisdição do TPI está fundado sobre o *princípio da complementariedade*, sua jurisdição apenas ocorre caso os tribunais nacionais sejam inaptos ou incapazes de proceder aos julgamentos; não tendo jurisdição primária (artigo 17). A jurisdição se exerce sobre pessoas naturais e não é possível o julgamento *in absentia*. Há previsão expressa do princípio *ne bis in idem* (artigo 20).

Há pesos e contrapesos para o exercício do poder e das funções do Tribunal, através de um arcabouço estrutural bem delineado. Embora o TPI seja caracterizado como uma instituição independente, conforme disposto no Preâmbulo do Estatuto de Roma, há inúmeras limitações aos poderes a serem desempenhados pelo Tribunal, como resumidamente destacou Beigbeder: a) o Tribunal poderá exercer sua jurisdição para crimes cometidos nos territórios de um Estado-parte do Estatuto, para os outros Estados, caso aceitem a jurisdição do Tribunal, ou ainda, crimes cometidos por nacionais destes Estados (artigos 12, 13, Estatuto); b) a investigação deve ser admitida e autorizada pela *Câmara de pré-julgamento* (artigos 15, 17, 18); c) em virtude de requisição do Conselho de Segurança da ONU, limitando as investigações, artigos 12, 15 e 16; d) princípios gerais de direito penal (artigos 20, 22, 23, 24, Estatuto); e) direitos do acusado, como presunção de inocência, *no trials in absentia*, etc. (artigos 63, 66, 67, 101); f) jurisdição *ratione temporis*, artigos 11, 124, 126.<sup>687</sup>

O TPI exercerá sua jurisdição com pressupostos diferentes dos pressupostos dos tribunais internacionais militares e *ad hoc* anteriores, embasados no direito penal internacional costumeiro. Na doutrina de Boot, há uma mudança de paradigma, desde o início das discussões; decidiu-se que o Estatuto seria parte de um tratado internacional obtido através do consentimento dos Estados. O Tribunal não está autorizado a processar e julgar indivíduos diretamente com base no direito internacional costumeiro, ou de acordo com princípios gerais. Em sendo o Estatuto de Roma criado com base no consentimento dos Estados e de uma esmagadora maioria, poder-se-ia concluir que o exercício da jurisdição do Tribunal sem o consentimento específico do Estado do *locus delict* ou do Estado de nacionalidade do acusado seria consistente com o direito internacional público, somente se as

---

<sup>687</sup> BEIGBEDER, 1999, p. 196-198.

normas definindo os crimes refletissem normas bem estabelecidas no direito penal internacional costumeiro, não havendo infringência ao princípio do *nullum crimen sine lege*, seguindo a tradição estabelecida nos tribunais *ad hoc*. Por outro lado, a conclusão do Tratado de Roma por 120 Estados indicou a aceitação da maioria dos membros da comunidade internacional do exercício de jurisdição do Tribunal sobre todos os crimes previstos no Estatuto *sem o consentimento do Estado de nacionalidade do acusado e do Estado do locus delict* (Artigos 12 e 13), caso em que se tornou irrelevante se a jurisdição material delineada no Estatuto seja ou não pertencente ao direito internacional costumeiro. O autor aponta que, no entanto, o fato de a jurisdição material do Tribunal, pertencer ou não ao direito internacional costumeiro, de maneira que seu exercício não resulte em violação ao princípio da legalidade constitui-se em questão complexa, pois a Conferência de Roma não foi capaz de chegar a um consenso se toda a competência material do Tribunal de fato pertenceria ao direito internacional costumeiro no atual estágio de desenvolvimento.<sup>688</sup>

Não chegamos a entender o TPI como uma mudança de *paradigama*. Evolução houve. A constituição do Tribunal por tratado internacional se conforma aos ditames do direito costumeiro e acompanha o modelo da CIJ. No entanto, recorde-se que o Tribunal de Nuremberg igualmente foi estabelecido por tratado e os tribunais *ad hoc* por resolução do CS: os últimos, no entanto, mais legítimos que o primeiro. Em Nuremberg também houve relativo apoio da comunidade internacional da época, tanto que a Carta e os princípios passaram a fazer parte do direito costumeiro. O que torna o Tratado de Roma especial é sua *ampla* ratificação e *universalização*, de maneira que suas normas passaram a pertencer ao direito costumeiro, vinculando todos os Estados, ainda que não signatários. Não se pode deixar iludir pois, a não aceitação do Tribunal, por algumas nações fortes vai ter impacto sobre a efetividade de seu funcionamento. Não basta a legitimidade formal, ou mesmo o apoio da comunidade internacional, se o Estatuto não for condizente com o devido processo legal. Em Nuremberg nem a Carta, nem o julgamento se conformaram ao devido processo legal ou ao direito costumeiro vigente e inovaram a ordem jurídica internacional. Neste ponto, vislumbra-se a questão fundamental que legitima o TPI: os instrumentos normativos fundacionais estão em conformidade com

---

<sup>688</sup> BOOT, 2002, p. 383-385.

o direito internacional dos direitos humanos, em harmonia com o direito humanitário e não extrapolam as limitações do *jus cogens*. Resta, porém, averiguar, com base nos precedentes, se a interpretação produzida pelo Tribunal se dará neste sentido.

O Tribunal terá jurisdição para processar os nacionais de qualquer Estado <sup>689</sup> quando os crimes são cometidos no território de um Estado que for parte no Estatuto ou no território de um Estado que consinta na jurisdição do Tribunal para aquele caso. Os Estados-partes do tratado e os Estados que expressarem o consentimento com a jurisdição do Tribunal têm soberania para adjudicar a sua competência sobre crimes cometidos nos seus territórios e para transmitirem esta competência ao Tribunal internacional. <sup>690</sup> Embora seja geralmente aceita a notoriedade da responsabilização penal no direito penal internacional que *genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra* sejam crimes gravíssimos puníveis com as penas mais severas, historicamente demonstrou-se a necessidade de determinar o conteúdo material desses crimes com maior detalhe, quer para diminuir a manipulação política dos julgamentos internacionais, quer para atender os requisitos de acessibilidade e previsibilidade, sob o ponto de vista das pessoas potencialmente sujeitas à jurisdição internacional. Pode-se questionar se estes nacionais de Estados não-partes têm efetivamente acessibilidade e previsibilidade aos crimes como previstos no Estatuto, ou se haveria infringência ao princípio do *nullum crimen sine lege*.

O TPI não estabelece uma hierarquia de gravidade dos crimes em seu Estatuto. Assim, quanto aos crimes previstos é de se indagar se é possível estabelecer doutrinariamente uma hierarquia entre eles, com base em sua natureza geral, em abstrato. Como exemplificou Ambos, com base no elemento contextual, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra dos artigos 7 e 8, Estatuto

---

<sup>689</sup> Sobre a entrega de pessoas ao Tribunal Penal Internacional: KNOOPS, Geert-Jan A. **Surrendering to International Criminal Courts**: contemporary practice and procedures. Transnational Publishers, 2002.

<sup>690</sup> BOOT, 2002, p. 381: "International law does not entail rules prohibiting the exercise of jurisdiction by an international court, established by treaty, over nationals of nonparty states. This would indeed be difficult to establish in view of the fact that the state consent regime of the Statute of the Court is new. However, this is not to say that the negotiating states created a new basis for jurisdiction. Instead, "they have complemented their territorial jurisdiction by providing that if [...] they should be unable or unwilling to exercise it, then the ICC should act as a substitute or as a 'sovereign of last resort.'" From that point of view, international law on jurisdiction appears to solve the problem: in the Rome Statute, states have allocated part of their competence to the International Criminal Court. This cannot be designated as "the exercise of exorbitant jurisdiction over nationals of other States": states have a sovereign right to allocate the competence they have over crimes committed on their territories. [...]."

indicariam que, em tese, os crimes contra a humanidade seriam, em abstrato, mais graves que os crimes de guerra porque exigem uma execução ampla ou sistemática, enquanto os últimos apenas exigem um conflito armado. Porém a comparação entre as várias condutas criminais individuais dos dois crimes pode confirmar ou desmerecer a comparação em abstrato. Um homicídio como crime contra a humanidade (artigo 7 (1) (a) Estatuto) pode ser considerado mais grave em abstrato que um homicídio como crime de guerra (artigo 8 (2) (a)) devido à distinta importância dos elementos contextuais. Por outro lado, o crime de guerra, de tortura (artigo 8 (2) (b)) aparece como mais grave em abstrato do que o crime contra a humanidade de encarceramento (artigo 7 (2) (e)). Observa-se que as comparações em abstrato não bastam por si só, porém necessitam de valoração em conjunto com as condutas criminosas praticadas. Poderão ser desenvolvidos outros critérios além do elemento contextual, levando em conta as diferenças entre as condutas individuais e as circunstâncias concretas de cometimento dos crimes, para estabelecer uma hierarquia, deixando sempre uma margem de discricionariedade para que os Juízes estabeleçam a pena concreta. Sugere-se um estudo comparativo entre os direitos penais internacionais nacionais para estabelecer uma série de critérios mais precisos de hierarquia de gravidade dos crimes, visando a melhor e mais justa determinação da pena, como se tratassem de princípios gerais de direito.<sup>691</sup> O estabelecimento desta hierarquia, além de possibilitar que seja aplicado o direito mais favorável (*lex mitior*), a interpretação mais favorável ao réu (*favor rei*), também permite maior uniformidade e justiça na imposição de penas.

A discussão sobre a aplicação da teoria dos poderes implícitos apresenta tanta relevância quanto no caso dos tribunais *ad hoc*. O Estatuto de Roma, ao prever no artigo 4 (2), que o Tribunal deverá exercer suas funções e poderes conforme previsto no Estatuto, autoriza ao Tribunal além de exercer os poderes expressamente previstos no Estatuto, também aqueles conferidos pelo princípio geral do *inherent powers*, em especial os poderes de natureza judicial como reconhecidos pelo direito costumeiro. Potencialmente o exercício de poderes implícitos representa um fator de instabilidade do princípio da legalidade, porque o Tribunal poderá exercer poderes que não estão explicitamente codificados no Estatuto. O Preâmbulo do Tratado fornece as diretrizes, princípios e finalidades que

---

<sup>691</sup> AMBOS, 2008b, p. 60-64.

o Tribunal deverá perseguir no exercício de sua missão. Há uma certa tensão entre as considerações de legalidade e a missão de combater a impunidade. A discussão é relevante num momento histórico em que existe uma expansão global dos poderes judiciais tanto nos direitos internos e no direito internacional dos direitos humanos.<sup>692</sup>

O exercício de poderes implícitos decorre da impossibilidade de se prever antecipadamente todas as circunstâncias e hipóteses de incidência da norma face à riqueza da realidade social. A literalidade do artigo 4 (2), Estatuto TPI implicaria apenas no exercício de poderes expressamente conferidos, o que poderia conduzir ao não cumprimento das finalidades para as quais a organização foi criada. Nas palavras de Gaeta:

Under a more correct interpretation, the stipulation should be read with the proviso that the Court will also be authorized to use all those powers which, although not laid down in the Statute, are conferred by the general principle on inherent powers. This proposition is warranted, first, by the fact that Article 4, para 2, does not take away from the Court powers already inherent in its judicial functions, and, second, by the need the Court will undoubtedly feel to resort to "unexpressed" powers for the proper administration of criminal justice and the safeguarding of its own judicial nature.<sup>693</sup>

Ilustrativamente, no *Caso Gombo*, o Tribunal admitiu e exerceu o poder implícito em reconhecer a própria jurisdição sobre o caso concreto, como se observa da decisão, em consonância com o direito costumeiro e a jurisprudência dos tribunais *ad hoc*:

23. The Chamber considers that, notwithstanding the language of article 19(1) of the Statute, any judicial body has the power to determine its own jurisdiction, even in the absence of an explicit reference to that effect. This is an essential element in the exercise by any judicial body of its functions. Such power is derived from the well-recognised principle of "la compétence de la compétence".<sup>694</sup>

---

<sup>692</sup> TATE, Neal. **The Global Expansion of Judicial Power**. Edited by C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder. New York University Press, 1995, p. 2-3.

<sup>693</sup> GAETA, 2003, p. 372.

<sup>694</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Gombo**. Case nº ICC-01/05-01/08. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

### 6.2.1 Princípio do *Ne Bis in Idem*

Assim, como nos Estatutos dos tribunais penais *ad hoc*, o princípio do *ne bis in idem* teve por foco a divisão de jurisdição entre os tribunais nacionais e o Tribunal internacional. No Estatuto não está assegurado o princípio do *ne bis in idem*, como normalmente compreendido nas jurisdições internas, na medida em que poderá ocorrer duplo processo, novo processo perante o Tribunal internacional, mesmo que tenha havido um julgamento nacional sobre o mesmo fato delituoso.<sup>695</sup> Resumindo Ambos, o réu poderá invocar o princípio (artigo 20, Estatuto TPI) de forma relativa, diante do Tribunal nacional, ou diante do TPI, apenas se já tiver sido condenado ou absolvido pelo Tribunal internacional pelo mesmo crime (artigo 20 (1), (2)), genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, (artigos 5 a 8). Excepcionalmente, entretanto, poderá haver duplo processo: o acusado pode ser julgado pelo Tribunal Penal Internacional, se o Tribunal nacional tiver afastado sua responsabilidade criminal, com o intuito de permitir a impunidade ou, caso o julgamento não tenha acontecido com independência ou imparcialidade (artigo 20 (3)). Esta exceção segue a regra da complementariedade (artigo 17): o julgamento diante do Tribunal Penal Internacional somente é admissível se o Estado originalmente competente para o julgamento for incapaz de fazê-lo. O artigo 20 (3) dispõe acerca dos princípios que são tratados no artigo 17 (2) (a) e (c), que projetam a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, mesmo quando tribunais nacionais tenham julgado ou estejam julgando o mesmo caso. O autor considera que o artigo 20 (3) peca pela vagueza na definição dos critérios estabelecidos para o emprego do princípio da complementariedade.<sup>696</sup>

A indeterminação de critérios permite flexibilidade para que o Tribunal internacional possa adjudicar o processo iniciado no Estado nacional. A interpretação ampla dos critérios pode estabelecer, na prática, a primazia de fato da jurisdição internacional. Por outro lado, a flexibilidade não se torna nociva, desde que não seja exercida para encobrir interesses alheios à missão do Tribunal, com potencial desrespeito ao princípio da legalidade, caso em que seria preferível o

---

<sup>695</sup> Sobre o princípio do *ne bis in idem*, consultar: BARTSCH, Hans-Jürgen. "Ne bis in idem": the European Perspective. **Revue Internationale de Droit Pénal**, vol. 73, afl. 3-4, 2002, p. 1163-1171.

<sup>696</sup> AMBOS, 2000, p. 28.

juízo por tribunais nacionais independentes e isentos. Na medida em que os Estados nacionais passarem a internalizar, em seus direitos, o estatuto e normas complementares, poderão cooperar com o TPI. Em princípio, como a jurisdição internacional é complementar é possível transferir processos para os tribunais nacionais. Esta prática já existe nos tribunais *ad hoc*, cuja jurisdição tem primazia, mas apresenta riscos de manipulação política.

A primazia da jurisdição internacional e a jurisdição internacional exercida com base na complementariedade são conceitos diferentes, nas palavras de Etcheberry:

From a procedural point of view, this state of things is probably due to the fact that the jurisdiction of the Nuremberg and the Tokyo Tribunals, as well as those of the former Yugoslavia and the Rwanda Tribunals were exclusive, that is to say, the charters or statutes that created and regulated such Tribunals claimed the only right to try the offences mentioned therein: should other courts try to exercise jurisdiction with regard to the same offences, that claim would not be accepted and if carried out in practice, they would be ignored and not taken into account.

It is a different thing in the Statute of the ICC, because it provides that the jurisdiction of the Court is complementary of national jurisdictions, that is to say, that any crime included in the ICC jurisdiction is also included in that of a party State, which has a preferential right to try the case. In fact, any such offence could in principle be tried before the ICC or before a national court, with the obvious risk of competing claims over the case and an eventual case of double jeopardy.<sup>697</sup>

### 6.3 FONTES

Rompendo com a indeterminação e generalidade com que as fontes eram tratadas nos tribunais anteriores no TPI, o artigo 21, Estatuto estabelece os tipos e a ordem de prioridade com que o Tribunal deverá aplicar as fontes de direito sob o título de *Direito Aplicável*. Na opinião de Saland, a história de negociação do referido artigo demonstrou, quanto à questão da hierarquia das fontes, que houve claramente maioria em favor do seu estabelecimento. Quanto à referência ao direito nacional, cita uma perplexidade, os princípios gerais que devem geralmente ser inferidos de uma multiplicidade de direitos nacionais dos sistemas do mundo,

---

<sup>697</sup> ETCHEBERRY, 2002, p. 343 e 344.

sofreram uma limitação pela referência aos direitos nacionais dos Estados que normalmente teriam jurisdição sobre o crime. Os tratados aplicáveis não foram nominados, tendo sido mencionada a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e a Convenção contra Tortura das Nações Unidas. Quanto ao aspecto da vinculatividade dos precedentes, o autor disse que o artigo 21 (2) representou um *soft case law approach*. E finalmente, a palavra *gênero (gender)*, constante do Artigo 21 (3), que prevê um teste geral de consistência, causou debates bastante tensos e intensos.<sup>698</sup>

O artigo 21 coloca as fontes do direito internacional em hierarquia e confere alguma precisão ao delimitar as fontes, no entender de WERLE. A fonte principal constitui-se no próprio Estatuto, suplementado pelos Elementos dos Crimes (EC) e pelas Regras de Procedimento e Prova (RPP). Outras fontes consistem em tratados internacionais, princípios e regras de direito internacional, direito dos conflitos armados, incluindo direito costumeiro internacional. Apenas quando o Estatuto e outras fontes de direito internacional dos tratados e direito costumeiro não forem suficientes, o artigo 21 (c), Estatuto, permite remissão aos direitos nacionais, através então, dos princípios gerais do direito, com especial ênfase sobre o direito dos Estados que exerceriam jurisdição sobre o crime, o direito nacional do acusado ou da vítima.<sup>699</sup> Ambos conclui que o Tribunal pode passar de uma fonte a outra até chegar ao direito aplicável, o que, na prática, significa sempre a possibilidade de recorrer-se à lei nacional, na medida em que o direito internacional normalmente não prevê regras em muitas áreas, particularmente na parte geral do direito penal.<sup>700</sup>

A principal fonte do direito penal internacional aplicável é o Estatuto. Todos os três instrumentos, Estatuto, Regras de Procedimento e Prova e Elementos dos Crimes têm o *status* de tratados internacionais e estão sujeitos às regras de interpretação pertinentes, vinculam o Tribunal e os Estados-partes. Em havendo contrariedade entre as previsões do Estatuto, EC e RPP, prevalece o Estatuto. Os EC elucidam os conceitos dos crimes dos artigos 6 a 8, assistindo o Tribunal na interpretação destes artigos (artigo 9 (1)). As RPP complementam e elucidam as regras procedimentais do Estatuto. Parece, no entanto, existir um impacto do tratado

---

<sup>698</sup> A história da negociação do artigo 21 do Tratado de Roma pode ser encontrada em: SALAND, Per. International Criminal Law Principles. In: **The International Criminal Court: the making of the Rome statute, issues, negotiations, results**. Edited by Roy S. Lee, in cooperation with the project on International Courts and Tribunals. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p.213-216.

<sup>699</sup> WERLE, 2005, p. 56 e 57.

<sup>700</sup> AMBOS, 2000, p. 27.

no direito penal internacional como um todo, apesar do disposto no artigo 10 Estatuto. Na visão de Werle, o Tratado de Roma constitui-se na *opinio juris* de um grande número de Estados.<sup>701</sup> Em face da ampla ratificação e universalização do tratado, há indicativos fortes de que seus preceitos passem a fazer parte do direito internacional costumeiro.

Boot argumenta que o Tribunal poderá utilizar outras fontes para interpretar as definições dos crimes, desde que não exceda a sua jurisdição. O Estatuto pode ser interpretado restritivamente ou ampliativamente, de maneira a absorver o desenvolvimento legislativo anterior ou posterior: uma interpretação restrita do Estatuto pode levar o Tribunal a não considerar desenvolvimentos anteriores ou posteriores do direito penal internacional e uma interpretação ampla do Estatuto, por outro lado, pode ferir o princípio da legalidade.<sup>702</sup> Como se demonstrou na prática dos tribunais *ad hoc*, a interpretação *mais de acordo com o direito costumeiro*, tanto pode restringir, quanto pode ampliar a jurisdição do Tribunal.

O artigo 21 enumera as fontes que podem ser utilizadas pelo Tribunal para assisti-lo na interpretação das definições dos crimes, não são fontes autônomas de responsabilidade criminal individual. Apenas o artigo 21 (a) delimita com precisão o direito aplicável pelo Tribunal. As demais hipóteses previstas permitem que o Tribunal recorra a uma *infinidade indeterminada de fontes*. O artigo 21 (b) não nomeia os *tratados aplicáveis; princípios e regras de direito internacional* são categorias amplas demais, podendo abranger qualquer coisa conveniente e a remissão aos *princípios estabelecidos de direito internacional dos conflitos armados*, nada mais representa que remissão ao direito costumeiro de guerra. O artigo 21 (c) contempla *princípios gerais de direito*, fonte clássica do direito internacional público e remete aos direitos nacionais. Concordo com Ambos que na prática sempre haverá possibilidade de recorrer-se à lei nacional. O artigo 21 (2) traz uma mera recomendação (*soft law*) e o artigo 21 (3), ao referir-se aos *direitos humanos reconhecidos internacionalmente*, também remete ao direito costumeiro. A delimitação da jurisdição do Tribunal verdadeiramente ocorre através do Estatuto, EC e RPP. Concordo com Boot que, desde que a interpretação permaneça dentro da jurisdição conferida pelo Estatuto, o Tribunal tem liberdade na escolha das fontes,

---

<sup>701</sup> WERLE, 2005, p. 49.

<sup>702</sup> BOOT, 2002, p. 394.

pois a responsabilidade penal individual surgirá da combinação dos dispositivos do Estatuto, EC e dispositivos de fontes complementares.

Em consonância com a jurisprudência dos tribunais *ad hoc*, o TPI reconhece o caráter de tratado multilateral do Estatuto e aplica a CVDT não mencionada explicitamente no direito aplicável. Ilustrativamente, na decisão no *Caso Gombo*, o Tribunal assim, se manifestou: “361.The Statute, being a multilateral treaty, is governed by the principles of treaty interpretation set out in articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (“VCLT”).”<sup>703</sup>. Em outra decisão, no *Caso Katanga* que determinou a reunião de processos para julgamento conjunto, foram aplicadas igualmente as normas de interpretação da CVDT:

CONSIDERING that, as this Chamber has repeatedly stated, the Chamber, in determining the contours of the statutory framework provided for in the Statute, the Rules and the Regulations, must, in addition to applying the general principle of interpretation set out in article 21(3) of the Statute, look at the general principles of interpretation as set out in article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, according to which “a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in light of its object and purpose; [...]<sup>704</sup>

Os Elementos dos Crimes (EC) foram introduzidos na premissa de que o princípio da legalidade requereria definições mais claras e precisas dos crimes previstos no Estatuto. Lietzau sintetiza com propriedade a importância dos EC:

Indeed, the resulting statutory provisions addressing substantive offenses use verbiage that derives from their law of war treaty antecedents. In many cases, the substantive offenses appeared to be duplicative, the defining language was antiquated, and the essence of the crimes was ambiguous. In sum, artigo 5, without the Elements of Crimes, would serve poorly as a practical tool for criminal lawyers and could have proven itself to be an inadequate restraint with respect to judicial activism.<sup>705</sup>

---

<sup>703</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Gombo**. Case nº ICC-01/05-01/08, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

<sup>704</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Katanga**. Case nº ICC-01/04-01/07, Decision on the Joinder of the Cases against Germain KATANGA and Mathieu NGUDJOLO NGUDJOLO CHUI, 10 March 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc452993.PDF>>. Acesso em: 08 set. 2009.

<sup>705</sup> Lietzau também fala sobre as negociações dos Elementos dos Crimes e a interessante atuação dos EUA buscando uma definição clara dos EC, conforme o princípio da legalidade: LIETZAU, William K. A general introduction to the general introduction: animating principles behind the elements os crimes. In: **Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court**. Ed. Flavia Lattanzi and William A. Schabas. Sirente, 2004, v.2, p.286 e 287. Ainda, sobre a adoção dos Elementos dos

Trata-se de uma inovação. Nos tribunais *ad hoc*, os elementos dos crimes eram construídos jurisprudencialmente, pesquisados no direito internacional costumeiro e freqüentemente nos direitos nacionais. Resumindo Lietzau, os EC têm uma estrutura própria segundo princípios: como os EC focam sobre a conduta, conseqüências e circunstâncias associadas com cada crime são geralmente *listas* estabelecidas nesta ordem; quando requerido um elemento mental particular, este é listado depois da conduta, conseqüência ou circunstância e circunstâncias contextuais são listadas por último. Bastante significativos são os princípios encontrados na Introdução Geral aos Elementos dos Crimes.<sup>706</sup>

Os EC são uma enorme realização no direito penal internacional. Nunca tantas nações conseguiram chegar a um consenso tão grande sobre normas de direito penal e seu detalhamento. Os EC constituem a determinação internacional mais completa e atual dos mínimos requisitos e contornos dos tipos penais previstos no Estatuto. Concordo com Werle quando diz que o Estatuto como um todo representa a *opinio juris* de muitos Estados. Tanto o Estatuto quanto os trabalhos preparatórios da convenção têm sido utilizados para aferir a *opinio juris*, nos julgamentos dos tribunais *ad hoc*.

No entanto, há discussão quanto à obrigatoriedade ou facultatividade de aplicação dos EC. Para Triffterer, o Tribunal é livre para adotar a interpretação de acordo com os elementos ou encontrar uma interpretação diferente (artigo 9 (1), Estatuto). Porém, com relação às RPP, a situação é diversa; no conflito entre o Estatuto e as RPP, prevalece o Estatuto (artigo 51 (5)). A possibilidade de conflito entre as normas, EC e Estatuto e RPP e Estatuto, pode dar a idéia de que ambas sejam normas obrigatórias.<sup>707</sup>

---

Crimes consultar: BARKER, J. Craig; GRANT, John P. **International Criminal Law Deskbook**. Cavendish Publishing, 2006, p. 354.

<sup>706</sup> LIETZAU, 2004, p. 298-303: “[...] the principles found in the General Introduction. Far more than a mere preamble, the ten paragraphs in the document’s chapeau describe significant principles and rules that are part and parcel of the specific elements found later in the document. Indeed, the element lists themselves are only a partial reflection of the actual elements required under artigo 9 of the Statute. To some, the General Introduction may seem as if it adds an unnecessary degree of complexity that only decreases the practical utility of the document as a quick reference. To those who participated in the negotiation or understand the magnitude of this accomplishment, however, the Introduction is the cornerstone of the document. The difference between tedious complexity and subtle intricacy is sometimes difficult to see. But if the result is global agreement on what international humanitarian law at the turn of the century is, the propriety of the latter characterization cannot be questioned.”

<sup>707</sup> TRIFFTERER, 2003, p. 715 e 716.

Lietzau admite ambas as possibilidades de interpretação: que os EC possam ser considerados obrigatórios ou não. Os EC devem ser consistentes com o Estatuto como um todo, não devendo haver conflitos entre os dois corpos normativos: ou os EC foram criados consistentes com o Estatuto, o que não permite a exclusão de suas normas, tendo em vista a inexistência de conflitos presumida ou os EC podem ser cotejados com o Estatuto, caso em que as normas conflitantes poderiam ser afastadas. De acordo com o artigo 9, Estatuto, os EC poderão *assistir* o Tribunal na aplicação e interpretação dos artigos 6, 7, 8. O Estatuto, os EC e as Regras de Procedimento e Prova (RPP) estão lado a lado como normas de mesmo patamar, aplicáveis, em primeiro lugar, pelo Tribunal (artigo 21 (1), Estatuto). O requisito de que os EC devam ser consistentes com o Estatuto levanta discussão sobre a autoridade legal dos elementos, se vinculantes ou não obrigatórios. Igualmente, a expressão utilizada, *poderão assistir*, pode dar margem a várias interpretações quanto à obrigatoriedade ou não dos elementos. Caso os elementos não fossem consistentes com o Estatuto, deveriam ser afastados, além do mais a expressão, *poderão assistir*, denota facultatividade. Ambas as interpretações apresentam-se plausíveis. O artigo 21 é mais claro que o artigo 9 dando proeminência aos EC ao listar as fontes de direito aplicável. Consistindo o Estatuto em fonte primeira, aplicam-se ao EC os seus dispositivos: tanto o artigo 21 quanto os princípios gerais da Parte 3 são aplicáveis aos EC; os princípios dos artigos 25 e 28 da Parte 3 são aplicáveis; igualmente aplicável o artigo 30 quando não houver referências a um *elemento mental* particular nos EC.<sup>708</sup>

Na interpretação do Estatuto, EC e RPP o Tribunal poderá seguir a tradição dos tribunais *ad hoc*, no sentido de uma interpretação conforme o direito costumeiro, o que pode causar ampliação dos conceitos, com infringência ao princípio da legalidade, ou redução dos conceitos, segundo o princípio da construção estrita dos estatutos penais, que poderá proporcionar a aplicação do princípio (artigo 22 (2), Estatuto TPI).

Os EC têm inúmeros dispositivos sobre o *elemento mental* (*mental element*). Resumindo as idéias de Werle, normas sobre o *elemento mental* são também encontradas no direito internacional costumeiro, em particular nos precedentes dos tribunais *ad hoc*. Se estas normas são complementares ao significado do artigo 30

---

<sup>708</sup> LIETZAU, 2004, p. 289-291.

(1), Estatuto é matéria controversa. O artigo 30 (1) utiliza a expressão “Unless otherwise provided”. O artigo 31 (3), “At trial, the Court may consider a ground for excluding criminal responsibility other than those referred to in paragraph 1 where such a ground is derived from applicable law”, permite a modificação dos requisitos subjetivos do artigo 30, através dos EC e do direito internacional costumeiro. Também o artigo 31 (1) estipula outras circunstâncias previstas no Estatuto, capazes de excluir a responsabilidade criminal (“In addition to other grounds for excluding criminal responsibility provided for in this Statute.”), de se argumentar que o princípio da legalidade requer que qualquer circunstância que amplie a definição do *elemento mental* deva estar contida no corpo do Estatuto, não em fontes exteriores. Porém o artigo 21 lista fontes externas e convém que haja uma interpretação uniforme entre o direito internacional costumeiro e o Estatuto.<sup>709</sup> Igualmente odiosa a admissão irrestrita de causas que excluam a responsabilidade penal previstas no direito costumeiro ou em qualquer fonte aplicável, capazes de esvaziar a jurisdição do Tribunal, de maneira que convém uma interpretação estrita do Estatuto.

O Estatuto enfatizou o princípio da legalidade ao detalhar os crimes sobre os quais o TPI tem jurisdição (artigos 6 a 8, Estatuto) e complementarmente ampliou o detalhamento estatutário através dos Elementos dos Crimes cuja obrigatoriedade de aplicação pelo TPI não é pacífica: o Tribunal poderá ou não aplicá-los caso entenda as normas como vinculantes ou não obrigatórias. A interpretação mais efetiva e que mais se coaduna com o cumprimento do *princípio do nullum crimen sine lege* (artigo 22) é aceitar os EC como vinculantes para a interpretação dos crimes. Os EC têm *status* de tratado internacional tal qual o Estatuto, podendo ser emendados e modificados apenas pela Assembléia de Estados-partes (artigo 9 (1), (2)), os Juízes não têm competência para afastá-los com base em um critério de conveniência, mas tão somente havendo inconsistência entre o EC e o próprio Estatuto, que os sobrepuja em hierarquia. Caberá aos Juízes, por maioria absoluta, propor emendas ou modificações dos EC à Assembléia de Estados-partes. McGoldrick contrariamente entende que os EC não são obrigatórios ou vinculantes.<sup>710</sup>

---

<sup>709</sup> WERLE, 2005, p. 107 e 108.

<sup>710</sup> MCGOLDRICK, 2004, p. 43-45: “In devising the ICC some states put particular emphasis on the principle of legality as part of a need for a high degree of legal certainty. In the Statute this was reflected in its length and detail particularly in respect of the detailed specification of crimes and the requirement that even more detailed ‘Elements of Crimes’ be adopted by the Assembly of States Parties. [...] The Elements are to be submitted to the judges of the ICC. They are not binding but ‘shall

O Tribunal, ao interpretar o Estatuto, associou a utilização dos EC com o princípio da interpretação estrita. Ilustrativamente a Câmara de Julgamento, no *Caso Katanga and Ngudjolo Chui*, assim, procedeu, indicando inclusive, a importância das notas de rodapé dos EC, geralmente omitidas das publicações menos técnicas:

450. The Chamber notes, however, that the Statute has given to "other inhumane acts" a different scope than its antecedents like the Nuremberg Charter and the ICTR and ICTY Statutes. The latter conceived "other inhumane acts" as a "catch all provision", leaving a broad margin for the jurisprudence to determine its limits. In contrast, the Rome Statute contains certain limitations, as regards to the action constituting an inhumane act and the consequence required as a result of that action.

451. According to article 7(l)(k)(2) of the Elements of Crimes, an other inhumane act must be of a similar character to any other act referred to in article 7(1) of the Statute. Footnote 30 of the Elements of Crimes states that "character" shall be understood as referring to the nature and gravity of the act.

452. Although this similarity is required, article 7(l)(k) of the Statute defines the conduct as "other" inhumane acts, which indicates that none of the acts constituting crimes against humanity according to article 7(1)(a) to (j) can be simultaneously considered as an other inhumane act encompassed by article 7(l)(k) of the Statute.

453. Article 7(l)(k) of the Statute and article 7(l)(k)(l) of the Elements of Crimes further require that great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health occur by means of an inhumane act.<sup>711</sup>

Com relação às Regras de Procedimento e Prova (RPP), o Estatuto manteve o poder de elaborá-las e emendá-las nas mãos da Assembléia dos Estados-partes, são regras coercitivas que complementam o Estatuto no que se refere ao procedimento e prova (artigo 51, Estatuto TPI).<sup>712</sup>

As Regras de Procedimento e Prova (RPP) são obrigatórias para o Tribunal (artigo 51, Estatuto TPI) e, como os EC, são criadas pela Assembléia de Estados-

---

assist the court in the interpretation and application' of the crimes in the Rome Statute. It is likely that the judges will approach the EC with considerable deference."

<sup>711</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui**. Case nº ICC-01/04-01/07. Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

<sup>712</sup> BARKER; GRANT, 2006, p. 296 e 297: "Resolution F of the final Act of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotenciaries on the Establishment of an International Criminal Court established the Preparatory Commission for the International Criminal Court (PCNICC) to prepare proposals for practical arrangements for the establishment and coming into operation of the Court, including texts of, *inter alia*, Rules of Procedure and Evidence (Document 54) and Elements of Crimes (Document 55). Both of these draft texts were to be finalized before 30 June 2000. The draft rules were considered by the PCNICC at its first to fifth sessions and the final text was adopted on time on 30 June 2000. The rules entered into force upon adoption at the first session of the Assembly of States Parties in New York from 3-10 September 2002. [...] According to Article 21 of the statute of the International Criminal Court (Document 53), the Rules of Procedure and Evidence constitute part of the applicable law of the International Criminal Court (ICC). However, they are subordinate to the provisions of the Statute itself (ICC Statute, Artigo 51 (5))."

partes, não gozando os Juízes do poder de criá-las ou de emendá-las como ocorre nos tribunais *ad hoc*<sup>713</sup>, desaparecendo grande parte da instabilidade deste corpo normativo: as normas adquirem um contorno obrigatório e mais técnico. Aplica-se às RPP o princípio da *lex praevia*. O artigo 51 (4) impõe que as RPP não serão aplicadas retroativamente em prejuízo de pessoas investigadas, acusados ou condenadas pelo Tribunal, como já previam as RPP dos tribunais *ad hoc*. A retroatividade benéfica, no entanto é possível e não colide com a disposição do artigo 22 (2).

O TPI tem admitido que tem ampla discricionariedade na admissão de provas e na avaliação do conteúdo e valor probatório, não estando vinculado a normas de produção de provas nos direitos nacionais. Isto indica que o Tribunal está aplicando as RPP de maneira *flexível*, o que está de acordo com a jurisprudência dos tribunais *ad hoc*. A flexibilidade na admissão de provas tem impacto sobre comprovação da materialidade delitiva: provas flexíveis, fácil comprovação da materialidade, menores garantias. Por exemplo, no *Caso Katanga and Ngudjolo Chui*, o Tribunal separa os conceitos de admissibilidade da prova, do conceito de seu valor probatório, nas palavras da Câmara:

91. In relation to the requirement of evidentiary compliance with the domestic law ... Having said that, the Chamber considers that the Court is not bound by the decisions of national courts on evidentiary matters. [...] This is clear from article 69(8) [...]

137. As previously noted, the Chamber will exercise its discretion in determining the admissibility and probative value of all the evidence in accordance with the statutory framework of the Court, as previously set out in the Lubanga Decision. Accordingly, the Chamber is of the view that any challenges to hearsay evidence may affect its probative value, but not its admissibility.<sup>714</sup>

No *Caso Gombo*, o Tribunal reafirma seu amplo poder discricionário ressaltando, no entanto, que, há limitações ao exercício desta faculdade:

---

<sup>713</sup> McGOLDRICK, 2004, p. 43-45: "States exhibited some degree of mistrust over judges. In part this was a reflection of the number of changes made by the judges to the Rules of the ICTY and the ICTR. The Statute kept control over rule making in the hands of States. The Rules of Procedure and Evidence are adopted by the States parties and enter into force, that is, they are binding. Again the rules were adopted by consensus and adopted by the ASP."

<sup>714</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui**. Case nº ICC-01/04-01/07. Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

42. [...] The general principle of discretion as set out in paragraphs 61 and 62 of the present decision, is applied broadly in assessing the relevance of evidence. Accordingly, the Chamber gives each piece of evidence the weight that it considers appropriate. The Chamber reiterates that in making its assessment, it is not bound by the parties' characterisation of the Disclosed Evidence, but makes its own assessment of each piece of evidence. [...]

61. The Chamber recalls rule 63(2) of the Rules providing for its broad discretion to freely assess all the evidence submitted.

62. However, this broad discretion of the Chamber should not be exercised arbitrarily or without limitations. Consequently, in accordance with article 69(4) and (7) of the Statute, the Chamber's discretion is limited by the relevance, probative value, and admissibility of each piece of evidence.<sup>715</sup>

A pluralidade de fontes e a indeterminação relativa de hierarquia entre as fontes consideradas acrescentam fatores de complexidade para aferir o respeito ao princípio da legalidade. O princípio do *nullum crimen sine lege* é amplamente influenciado pelo corpo de EC. O princípio da *nulla poena sine lege* sofre influência direta das RPP, em especial a Parte 7 do Estatuto que trata da imposição de penalidades. Nas palavras de Bhattachryya, além do aspecto formal de se assegurarem a independência e imparcialidade para que casos semelhantes recebam tratamento semelhante, o Tribunal deverá aplicar o direito material nos casos individuais, de forma consistente e previsível. A consistência e previsibilidade envolvem a consideração das fontes de direito das quais o Tribunal poderá extrair as regras de decisão e considerações sobre a jurisdição do Tribunal, ou seja, os casos em que o Tribunal pode exarar validamente uma decisão, ao qual foi atribuída jurisdição *ratione materiae*.<sup>716</sup>

### 6.3.1 Direito Penal Costumeiro

Não há consenso sobre se o Tratado de Roma consiste em uma convenção codificadora do direito costumeiro internacional no estado de desenvolvimento em que se encontrava quando da sua adoção. Quanto aos crimes delineados no

---

<sup>715</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Gombo**. Case nº ICC-01/05-01/08. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

<sup>716</sup> BHATTACHRYYA, 1996, p. 79.

Estatuto, ainda que a sua definição tenha decorrido de acordo em Roma, Boot ressalta que nenhum acordo foi possível sobre se as definições dos crimes elas próprias corresponderiam precisamente ao estado corrente de desenvolvimento do direito internacional costumeiro.<sup>717</sup> Já na visão de Werle, o Tratado de Roma constitui-se na *opinio juris* de um grande número de Estados.<sup>718</sup> Assim, tem sido encarado na prática dos tribunais *ad hoc*.

Ainda que se considere o Tratado de Roma como uma convenção codificadora, o direito costumeiro internacional continuará a exercer grande influência sob variadas perspectivas. Danilenko comenta que, no direito internacional público, mesmo com a adoção de convenções codificadoras não se exclui o costume como fonte de direito. Explica que normalmente as convenções codificadoras contêm inúmeras referências ao direito costumeiro internacional, implícitas ou expressas. O direito costumeiro continua a governar questões que não estão cobertas pelos dispositivos da convenção e poderá ocorrer que subseqüentemente o desenvolvimento do direito costumeiro possa resultar na modificação expressa das provisões da própria convenção codificadora. Finaliza advertindo que a presunção de que a adoção de tratados elimina a incidência do direito costumeiro entre os Estados-partes do tratado é questionável teoricamente e não encontra respaldo na prática internacional.<sup>719</sup>

Nas decisões do TPI, até o momento, há ampla referência ao direito costumeiro e se procura decidir, sempre com base nos instrumentos centrais, Estatuto, EC e RPP, porém *nem sempre* buscando uma interpretação de acordo com o direito costumeiro. A referência ao direito costumeiro é casuística, conforme as necessidades de interpretação do caso concreto. Exemplificativamente, no *Caso Katanga and Ngudjolo Chui*, a Câmara aplica o direito costumeiro internacional, decidindo-se de acordo com a jurisprudência do ICTY:

---

<sup>717</sup> BOOT, 2002, p. 383-385.

<sup>718</sup> WERLE, 2005, p. 49: "The Yugoslavia Tribunal summarized the significance of the ICC Statute as follows, even before its entry into force. "In many areas the Statute may be regarded as indicative of the legal views, i.e. *opinio juris* of a great number of States. Notwithstanding article 10 of the Statute, the purpose of which is to ensure that existing or developing law is not 'limited' or 'prejudiced' by the Statute's provisions, resort may be had *cum grano salis* to these provisions to help elucidate customary international law. Depending on the matter at issue, the Rome Statute may be taken to restate, reflect or clarify customary rules or crystallise them, whereas in some areas it creates new law or modifies existing law. At any event, the Rome Statute by and large may be taken as constituting an authoritative expression of the legal views of a great number of States."

<sup>719</sup> DANILENKO, 1993, p. 137-140.

478. [...] Finally, with regards to the concept of *dolus eventualis*, Mr Diakiese recalled that the Appeals Chamber of the ICTY in *Stakic* found a basis for that concept in customary international law. Hence, the liability mode of co-perpetration, as defined in the jurisprudence of the ICTY and the recent *Lubanga Decision*, should be applied in respect of the criminal liability of Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui.<sup>720</sup>

Em outra parte da decisão, no *Caso Katanga and Ngudjolo Chui*, a Câmara não leva em conta o direito penal costumeiro, privilegiando o Estatuto:

508. The Appeals Chamber rejected this mode of liability by stating that it did not form part of customary international law. However, under article 21(I)(a) of the Statute, the first source of applicable law is the Statute. Principles and rules of international law constitute a secondary source applicable only when the statutory material fails to prescribe a legal solution. Therefore, and since the Rome Statute expressly provides for this specific mode of liability, the question as to whether customary law admits or discards the 'joint commission through another person' is not relevant for this Court. This is a good example of the need not to transfer the *ad hoc* Tribunals' case law mechanically to the system of the Court.<sup>721</sup>

No *Caso Gombo*, a Câmara, para interpretar o conceito de *conflito armado de caráter não internacional* também utiliza a jurisprudência de outros tribunais que refletiriam os *princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados*. Nas palavras da Câmara:

229. The Chamber also takes note of the interpretation of the concept of armed conflict not of an international character in the jurisprudence of other Tribunals reflecting established principles of the international law of armed conflict. To this end, reference is made to the *Tadic* case in which the ICTY Appeals Chamber held that: (...) an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there.<sup>722</sup>

---

<sup>720</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui**. Case nº ICC-01/04-01/07. Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

<sup>721</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui**. Case nº ICC-01/04-01/07. Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

<sup>722</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Gombo**. Case nº ICC-01/05-01/08. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

Ainda que a aplicação do princípio da legalidade, no Estatuto de Roma, seja mais estrita ou mais consentânea com o que se conhece deste princípio nos direitos nacionais, o direito costumeiro internacional sempre terá um papel a desempenhar sobre o conteúdo do tratado, dos conceitos dos crimes e de seus elementos, i.e., na sua aplicação e interpretação. De igual sorte, a adoção do Tratado de Roma influenciará o desenvolvimento posterior do direito penal costumeiro, apesar da literalidade do artigo 10, que prevê que nada, na Parte II do Estatuto, deverá ser interpretado como limitando ou afetando, de alguma maneira, as normas existentes ou em desenvolvimento de direito internacional com fins distintos dos do presente Estatuto. Primeiramente porque a existência de precedentes sempre será levada em conta; trata-se de característica imanente a qualquer ordem jurídica. Em segundo lugar, a natureza estática do Estatuto não poderá afetar a caracterização de condutas criminosas no direito internacional conforme o artigo 22 (3), Estatuto.<sup>723</sup> Finalmente, a punição de condutas que não estão definidas como crimes dentro da jurisdição do TPI poderá ocorrer através da criação de outros tribunais penais internacionais.<sup>724</sup>

Quanto ao aspecto interpretativo, não está afastada a aplicação do direito costumeiro internacional pelo Tribunal, mas o costume funcionará como fonte integrativa do Estatuto (art 21 (b), Estatuto TPI). Haverá necessidade de se realizarem vários testes de consistência entre tratados, princípios de direito internacional, o direito internacional dos conflitos armados e o Estatuto, além da consistência geral com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos (artigo 21 (3)).<sup>725</sup> O direito costumeiro, quando necessário, atualiza os conceitos dos crimes em função de mudanças de valores na comunidade internacional, limitando-se às normas internacionais de *jus cogens*. Assim, é possível que, através de sua função integrativa, o costume possa influenciar a tipicidade da conduta.<sup>726</sup>

---

<sup>723</sup> Sobre o direito costumeiro e o TPI, consultar: SADAT, Leila Nadya. **The International Criminal Court and the Transformation of International Law: justice for the new millennium**. Ardsley, NY, USA: Transnational Publishers, 2002, p.261-274.

<sup>724</sup> WISE, 2000, p. 273-275.

<sup>725</sup> CATENACCI, Mauro. *Nullum crimen sine lege*. In: **The International Criminal Court: comments on the Draft Statute**. Edited by Flavia Lattanzi, 1998, p.161-163.

<sup>726</sup> A norma costumeira é socialmente tida como lícita, de maneira que o costume pode evitar a tipicidade de uma conduta, que pelo consenso, considera-se socialmente adequada: "A eficácia derogatória do direito consuetudinário (*desuetudo*) constitui na vida jurídica um meio imprescindível para a exclusão de ameaças de pena que chegaram a ser obsoletas e que o legislador não derogou

Na prática do TPI, há ampla referência ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito humanitário internacional. No *Caso Katanga and Ngudjolo Chui*, o padrão internacionalmente reconhecido de direitos humanos é considerado, nas palavras da Câmara:

2. In the same decision, the Chamber reaffirmed that, in accordance with article 69(7) of the Statute, evidence must be obtained in compliance with internationally recognised human rights. [...]

93. In consideration of the issue presented here, the Chamber is of the view that the right to legal representation applies not only to the trial but also to the pre-trial stages of the proceedings. [...]. As the Chamber previously stated in the Lubanga Decision, it "endorses the human rights and ICTY jurisprudence which focuses on the balance to be achieved between the seriousness of violation and fairness of the trial as a whole."<sup>727</sup>

Há referências às Convenções de Genebra (1949), aos comentários realizados pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha e aos protocolos adicionais como ocorreu no *Caso Gombo*, nas palavras da Câmara:

221. The Chamber also notes common article 2(1) of the 1949 Geneva Conventions, which stipulates that: [...]

222. Concerning the concept of international armed conflict, the International Committee of the Red Cross (ICRC) commentary on common article 2 of the 1949 Geneva Conventions adds; [...]

224. The Chamber further observes that there is no general definition of "armed conflict not of an international character" in the Court's legal texts or international humanitarian law. [...]

228. The Chamber also takes cognizance of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non- International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, (the "Additional Protocol II") which expands on and supplements article 3 common to the 1949 Geneva Conventions. [...]<sup>728</sup>

No *Caso Lubanga Dyilo*, há uma decisão interessante quanto ao padrão de direitos humanos aplicável. O Tribunal avaliou se a prova colhida com violação da lei nacional de procedimento e prova do acusado significava uma violação dos padrões internacionais de direitos humanos. Considerando a jurisprudência da CoEDH, concluiu haver desrespeito ao princípio da proporcionalidade. Por outro lado, destacou que o Tribunal tem poder discricionário conferido pelo artigo 69 (7) para

---

formalmente por imprudência ou por impossibilidade de sua superação" (BRANDÃO, 2002, p.85, 89-90).

<sup>727</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui**. Case nº ICC-01/04-01/07. Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

<sup>728</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Gombo**. Case nº ICC-01/05-01/08. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

sopesar os valores do Estatuto caso a caso e, apesar do não atendimento ao princípio da proporcionalidade, a confiabilidade da prova colhida não foi afetada. Nesta decisão, o padrão aplicável de direitos humanos foi o padrão estabelecido pelo próprio Tribunal no caso concreto. Nas palavras da Câmara:

73. Thus, in order to determine whether there has been an illegality amounting to a violation of internationally recognised human rights or merely an infringement of domestic rules of procedure, guidance should be sought from international human rights jurisprudence.

74. The right to privacy is enshrined in Article 17 of the International Covenant on *Civil and Political Rights*, Article 8 of the *European Convention on Human Rights* and Article 11 of the *Inter-American Convention on Human Rights*. In addition to having ratified the various international human rights instruments, many African countries have also enshrined the right to privacy in their constitutions. [...]

78. As result the Chamber finds, as stated in the [REDACTED] Court's decision based solely on article 33 of Congolese Criminal Procedure Code, that the unlawfulness of the search and seizure conducted in [REDACTED]'s absence was a breach of a procedural rule, but cannot be considered so serious as to amount to a violation of internationally recognised human rights. [...]

84. The Chamber observes that article 69 (7) of the Statute rejects the notion that evidence procured in violation of internationally recognised human rights should be automatically excluded. Consequently, the judges have the discretion to seek an appropriate balance between the Statute's fundamental values in each concrete case.

85. [...] However, in the present case, the Chamber holds the view that the infringement of the principle of proportionality did not affect the reliability of the evidence seized from [REDACTED]'s home on the ground that had the search and seizure been conducted in full adherence to the principle of proportionality, the content of the Items Seized would not have been different. <sup>729</sup> [grifo nosso]

A decisão faz lembrar a irrestrita admissibilidade de provas dos julgamentos de Nuremberg e Tóquio. O Tribunal encontra-se inserido em um sistema de direito internacional público e deverá conformar-se aos ditames do sistema. O Estatuto, embora seja instrumento central quanto à interpretação dos casos sob exame no Tribunal, não está acima do padrão internacional de direitos humanos. Ainda que se reconheça discricionariedade ao Tribunal quanto à admissibilidade e valoração da prova, esta discricionariedade está limitada, não por um padrão a ser reconhecido caso a caso, mas por um padrão impessoal internacional.

Na mesma decisão, a Câmara claramente admite o caráter *pro societate* do Tribunal para combater a impunidade, deve contrabalançar valores entre os direitos

---

<sup>729</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Dyilo**. Case nº ICC-01/04-01/06. Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.PDF>>. Acesso em: 08 set. 2009.

do acusado (mesmo em se tratando de rompimento com padrões estabelecidos de direitos humanos, avaliando-se a sua gravidade) e a necessidade de resposta de justiça à vítima e à comunidade internacional, nas palavras da decisão:

86. [...] The Chamber recalls that in the fight against impunity, it must ensure an appropriate balance between the rights of the accused and the need to respond to victim's and the international community's expectations. [...]  
89. Accordingly, the Chamber endorses the human rights and ICTY jurisprudence which focuses on the balance to be achieved between the seriousness of the violation and the fairness of the trial as a whole.<sup>730</sup>

### 6.3.2 Precedentes

Quanto à aplicação de precedentes, não há mudança significativa no panorama. A jurisprudência de outros tribunais, nem mesmo internamente as decisões das Câmaras de Julgamento e apelação umas com relação às outras, (artigo 21 (2), Estatuto TPI) não têm efeito vinculante sobre o Tribunal. Não há referências explícitas, no Estatuto de Roma, às práticas de outros tribunais, no entanto, se as decisões forem consideradas como constitutivas de princípios ou regras de direito internacional<sup>731</sup> nos termos do artigo 21 (1) (b), poderão ser consideradas como fontes subsidiárias. Os precedentes também podem ser considerados na hipótese do artigo 21 (3), com relação aos direitos humanos internacionais e à prática das Cortes de direitos humanos.

---

<sup>730</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Dyilo**. Case nº ICC-01/04-01/06. Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.PDF>>. Acesso em: 08 set. 2009.

<sup>731</sup> BOOT, 2002, p. 393: "The determination of the existence and content of such a principle or rule by the International Criminal Court must, however, be established by looking at the reasoning behind a determination made by the ad hoc Tribunals on a particular point of law. Where such reasoning of one of the Tribunals rests on the characterization of these Tribunals as a "unique" body, enabling the interpretation of a Statutory norm within the limited context of the Tribunals rather than, for example, within the broader context of human rights, a particular finding made by one of the *ad hoc* Tribunals carries less weight and is not likely to constitute evidence for the proposition that a rule or principle is a rule or principle "of international law." In contrast, where such reasoning by the Tribunals is directly based on those found in general sources of international law, a determination on a particular point of law carries more persuasive authority. In that case, such a finding may be considered to represent a principle or rule of international law that may be applied by the Court as a source of applicable law in Article 21 (1) (b). Case law of the ad hoc Tribunals may then materialize as leading examples and constitute persuasive authorities for the future Court."

De acordo com o direito costumeiro, nas decisões iniciais proferidas pelo TPI, há ampla referência a precedentes de outros tribunais, expressa no texto ou implicitamente nas notas de rodapé, em especial aos tribunais internacionais, ICTY, ICTR, CIJ e CoEDH. A revisão de precedentes de tribunais mais antigos e experientes com jurisdição material similar é salutar e, de certa forma, agrega estabilidade, acessibilidade e previsibilidade em matérias já consagradas. Porém surpresas podem ocorrer se forem escolhidos casos com posição minoritária ou ultrapassada, ou ainda, casos com interpretação diferenciada. No *Caso Lubanga Dyilo*, ilustrativamente menciona-se a jurisprudência de direitos humanos da CoEDH, nos parágrafos 38, 79, 82, 86, 87.<sup>732</sup> No *Caso Katanga and Ngudjolo Chui*, há referência expressa ao ICTY e à CoEDH:

94. In accepting the findings of the European Commission of Human Rights, the European Court of Human Rights ("the ECHR") held on several occasions that: [...]

290. The ICTY Appeals Chamber in the Tadic case found that "nationality", as provided for in article 4 GC IV, is not the crucial test for determining whether an individual civilian has protected status under GC IV. According to the ICTY Appeals Chamber: [...]

371. The Chamber further notes the jurisprudence of the ICTY and ICTR which has indicated that the following acts constitute outrages upon personal dignity: compelling victims to dance naked on a table, using detainees as human shields or trench diggers; forcing detainees to relieve bodily functions in their clothing; imposing conditions of constant fear of being subjected to physical, mental, or sexual violence on detainees; forced incest, burying corpses in latrine pits; and leaving infants without care after killing their guardians. [...]

449. The Chamber notes that, according to the jurisprudence of the ICTY Trial Chamber in *The Prosecutor v. Blaskic*, the conduct of intentionally causing serious physical or mental injury constitutes a serious violation of international customary law and of human rights of a similar nature and gravity to the crimes referred to in article 7(1) of the Statute. [...]<sup>733</sup>

No *Caso Gombo*, há referência expressa ao caso paradigmático do ICTR, *Caso Akayesu* e também a outros tribunais:

230. The Chamber further recalls the relevant ICTR jurisprudence, namely the *Akayesu* judgement which stated that: The term, 'armed conflict' in itself suggests the existence of hostilities between armed forces organized to a

---

<sup>732</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Dyilo**. Case nº ICC-01/04-01/06. Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.PDF>>. Acesso em: 08 set. 2009.

<sup>733</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui**. Case nº ICC-01/04-01/07. Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

greater or lesser extent. This consequently rules out situations of internal disturbances and tensions. [...]

434. The Chamber is mindful of the fact that the "had reason to know" criterion embodied in the statutes of the ICTR, ICTY and SCSL<sup>734</sup> sets a different standard to the "should have known" standard under article 28 (a) of the Statute. However, despite such a difference, which the Chamber does not deem necessary to address in the present decision, the criteria or indicia developed by the *ad hoc* Tribunals to meet the standard of "had reason to know" may also be useful when applying the "should have known" requirement. Moreover, the factors referred to above in relation to the determination of actual knowledge are also relevant in the Chamber's final assessment of whether a superior "should have known" of the commission of the crimes or the risk of their occurrence. [...]

Na decisão que determinou a reunião dos processos para julgamento conjunto, *Caso Katanga*, a jurisprudência foi considerada como elemento de interpretação complementar: "CONSIDERING that presumption for joint proceedings for persons prosecuted jointly is also consistent with the jurisprudence of the International Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda."<sup>735</sup>

Situação peculiar de conflito na interpretação dos direitos humanos internacionais poderá ocorrer entre os precedentes da Corte Internacional de Justiça (CIJ) e do TPI. Vários tratados de direitos humanos contêm previsão de jurisdição da CIJ em casos contenciosos entre os Estados-partes, quanto à interpretação e aplicação destes tratados e estes mesmos tratados constituem também parte do direito aplicável pelo TPI (artigo 21 (3), Estatuto), o que poderá gerar, em tese, precedentes divergentes sobre a mesma matéria de direitos humanos.<sup>736</sup> A influência mútua entre as jurisdições ainda pode ocorrer nos termos do artigo 119, Estatuto TPI, em havendo disputa entre Estados-partes quanto à aplicação e

---

<sup>734</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Gombo**. Case nº ICC-01/05-01/08. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

<sup>735</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Katanga**. Case nº ICC-01/04-01/07. Decision on the Joinder of the Cases against Germain KATANGA and Mathieu NGUDJOLO NGUDJOLO CHUI, 10 March 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc452993.PDF>>. Acesso em: 08 set. 2009.

<sup>736</sup> Exemplifica-se com algumas convenções de direitos humanos: BOOT-MATTHIJSEN, 2003, p. 92-95: "The first relevant treaty concerns the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Article 9 stipulates that disputes between the contracting parties relating to the interpretation, application, or fulfilment of this Convention, including those relating to the responsibility of a state for genocide, will be submitted to the ICJ at the request of any of the parties to the dispute. The 1984 UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment contains a similar provision. Lastly, the 1973 Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, which is partly included under the crimes against humanity provisions of the Rome Statute, not only contains a clause on disputes concerning the interpretation and application of the Convention, but also with respect to its implementation in national laws."

interpretação do Estatuto e a disputa for referida à Corte Internacional de Justiça. A citação de precedentes da CIJ ocorre praticamente em todas as decisões. Exemplificadamente, no Caso *Katanga and Ngudjolo Chui*, nas palavras da Câmara:

238. Relying on a decision of the International Court of Justice ("the ICJ") in the case of the Democratic Republic of Congo v. Uganda, the Chamber held in the Lubanga Decision that: The Chamber considers an armed conflict to be international in character if it takes place between two or more States; this extends to the partial or total occupation of the territory of another State, whether or not the said occupation meets with armed resistance. In addition, an internal armed conflict that breaks out on the territory of a State may become international - or, depending on the circumstances, be international in character alongside with an internal armed conflict - if (i) another State intervenes in that conflict through its troops (direct intervention), or if (ii) some of the participants in the internal armed conflict act on behalf of that other State (indirect intervention).<sup>737</sup>

Interessante notar como ocorrem na prática, segundo Cassese, os julgamentos internacionais, com relação à aplicação de precedentes e os termos que utiliza, no *wise approach* e *wild approach*, sendo que o primeiro implica numa rigorosa concepção do papel e das funções dos tribunais internacionais e das fontes normativas das quais podem valer-se, enquanto que no segundo a aplicação de precedentes não segue critérios determinados, mas visa à solução concreta do caso.<sup>738</sup>

Internamente, com relação às próprias decisões do Tribunal, o artigo 21 (2), Estatuto, claramente afasta a adoção do *stare decisis*: as decisões do Tribunal não têm efeito de precedentes. O Tribunal, no entanto, poderá, a exemplo dos tribunais *ad hoc*, mas não terá a obrigação, de seguir os seus próprios precedentes anteriores, no interesse da melhor administração da justiça internacional. As

---

<sup>737</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui**. Case nº ICC-01/04-01/07. Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

<sup>738</sup> CASSESE, 2003c, p. 20-22: "This approach [the "wise" approach] implies a rigorous legal conception of the role and functions of international Tribunals and the sources of law from which they may draw. The fundamental premise for this approach is that international criminal judges may only use national and international case law as a "supplementary means of determining" an international legal rule (Article 38(1)(d) of the ICJ Statute). [...] If one considers the judgements pronounced by the two International Tribunals, it quickly becomes apparent that the international judges have often adverted to and applied the case law of other international or national court not in order to establish the existence of a rule of customary international law or a general principle of law, but rather directly to resolve the legal problem before them [the "wild" approach]. At other times, they have simply quoted national or international judgements in support of a conclusion that they had already reaches by other means of legal reasoning, without indicating (or even so much raising the question of) the value or significance of their reference to the case law of other national or international courts."

decisões do Tribunal têm demonstrado que o Tribunal procura seguir a própria jurisprudência. Ilustra-se isso com diversos casos. No *Caso Katanga and Ngudjolo Chui*, nas palavras da Câmara: “77. In the view of the Chamber, the interpretation of article 69(4) of the Statute by Mathieu Ngudjolo Chui's Defence is inconsistent with the Chamber's jurisprudence. [...]”<sup>739</sup>

No *Caso Gombo*, a Câmara se expressou em termos de *princípios e regras de direito interpretados nas decisões anteriores da Corte*:

218. The Chamber therefore applies, where appropriate, principles and rules of law as interpreted in previous decisions of the Court in accordance with article 21(2) of the Statute. Furthermore, as set forth in article 21(l)(b) of the Statute, the Chamber refers to principles and rules of international law, including the established principles of international law of armed conflict. Reference is also made to applicable treaties as well as relevant jurisprudence of other Tribunals which echo principles of the international law of armed conflict. [...]

220. As stated above, the Chamber observes that there is no general definition of "international armed conflict" in the Court's legal texts or international humanitarian law. The Chamber, however, notes the decision on the confirmation of charges in the case of *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (the "Lubanga decision") in which Pre-Trial Chamber I, relying on common article 2 of the 1949 Geneva Conventions and the relevant ICTY jurisprudence, stated: [...]<sup>740</sup>

### 6.3.3 Referência aos Direitos Nacionais

Os princípios gerais do direito assumem um papel revitalizado como fonte diante dos desenvolvimentos do direito internacional em novas áreas, repleto de normatização genérica e lacunas. Em especial o direito penal internacional, em virtude de seu caráter rudimentar, socorre-se dos princípios gerais para suprir inúmeras lacunas, como demonstram vários julgados dos tribunais internacionais *ad hoc*, que freqüentemente recorreram aos princípios gerais de direito penal reconhecidos nos principais sistemas legais do mundo. Analogamente, o artigo 21

<sup>739</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui**. Case nº ICC-01/04-01/07. Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

<sup>740</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Gombo**. Case nº ICC-01/05-01/08. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

(c) Estatuto estabelece a possibilidade de o Tribunal Penal Internacional recorrer aos princípios subsidiariamente.

Cassese sugere que os tribunais devem recorrer primeiro às normas previstas em tratados internacionais, atos unilaterais de Estados ou decisões vinculantes de organizações internacionais. Subseqüentemente devem recorrer ao direito costumeiro e onde houver lacunas ou regulamentação indeterminada ou obscura, pesquisar os princípios gerais específicos a um determinado ramo do direito internacional e, posteriormente os princípios gerais de direito internacional. Ele justifica que os princípios de direito internacional são mais adequados para regular os problemas da comunidade internacional. Apenas após percorrer este *iter* é que os princípios gerais de direito, comuns a todos os maiores sistemas do mundo devem ser levados em consideração. Há um movimento interpretativo gradual partindo de normas mais específicas para normas mais gerais, tendo em mente o princípio de que o direito especial prevalece sobre os dispositivos gerais.<sup>741</sup>

Apenas e somente quando o Estatuto e outras fontes de direito internacional dos tratados e direito costumeiro não forem suficientes, o artigo 21 (c), Estatuto TPI permite remissão aos direitos nacionais, através dos princípios gerais do direito, com especial ênfase sobre os Estados que exerceriam jurisdição sobre o crime.<sup>742</sup> Na aplicação de princípios gerais, o Tribunal deverá realizar um duplo teste de consistência. Os princípios não poderão ser inconsistentes com o Estatuto primeiramente e não poderão ser inconsistentes com o direito internacional e normas e padrões internacionalmente reconhecidos. Para Ambos, o Tribunal pode passar de uma fonte a outra até chegar ao direito aplicável, o que na prática significa sempre a possibilidade de recorrer-se à lei nacional, na medida em que o direito internacional não prevê regras em muitas áreas, particularmente na parte geral do direito penal.<sup>743</sup>

Na prática atual do TPI, no que se refere às regras de procedimento e prova, não há qualquer vinculação às previsões dos direitos nacionais, tal qual consideravam os tribunais *ad hoc*: “91. In relation to the requirement of evidentiary compliance with the domestic law [...] the Chamber considers that the Court is not

---

<sup>741</sup> CASSESE, 2001, p. 158 e 159.

<sup>742</sup> WERLE, 2005, p. 56 e 57.

<sup>743</sup> AMBOS, 2000, p. 27.

bound by the decisions of national courts on evidentiary matters. [...] This is clear from article 69(8) [...]”<sup>744</sup>.

#### 6.4 PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL

Resumindo os argumentos de Boot, as discussões dentro da Comissão de Direito Internacional envolvendo diversos projetos, em especial o projeto de Estatuto para o Tribunal penal internacional, ilustra a dificuldade de encontrar um consenso no direito internacional sobre o princípio da legalidade, principalmente quanto às fontes internacionais que poderiam gerar a responsabilidade penal individual (tratados, direito costumeiro ou princípios gerais) e a grande influência do consentimento dos Estados neste processo, demonstrando as peculiaridades deste princípio em comparação com o princípio análogo nos direitos internos.<sup>745</sup>

No Relatório do Comitê Preparatório (1996), houve acordo que os princípios fundamentais de direito penal a serem aplicados aos crimes puníveis segundo o Estatuto deveriam estar claramente previstos no próprio Estatuto, em concordância com o princípio da legalidade, como nos relata Catenacci. Observou-se que as convenções de direito penal dispunham apenas alguns aspectos de direito penal material, não contendo princípios de responsabilidade penal e outras regras gerais de direito penal utilizadas conjuntamente para aferir a tipicidade da conduta. A articulação dos princípios fundamentais de direito penal no Estatuto foi considerada consistente com a prerrogativa dos poderes legislativos dos Estados soberanos. O detalhamento do Estatuto poderia prover um potencial entendimento das obrigações a serem assumidas e um guia claro para que o Tribunal promovesse uma jurisprudência coerente. Além do mais, estaria assegurada a certeza e previsibilidade na aplicação do direito, essencial para a proteção dos direitos do acusado. No Relatório de 1996, o princípio da não-retroatividade, ou *lex praevia*, foi considerado fundamental a qualquer sistema criminal. Várias delegações

---

<sup>744</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui**. Case nº ICC-01/04-01/07. Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

<sup>745</sup> BOOT, 2002, p. 347-348.

reconheceram a ligação substancial entre este conceito e o princípio da legalidade e sugeriu-se que o princípio deveria claramente e concisamente estar previsto no Estatuto. Posteriormente percebeu-se que o princípio da legalidade das penas também requeria que o princípio da não-retroatividade estivesse claramente previsto no Estatuto e que a jurisdição temporal do Tribunal deveria ser limitada àqueles crimes cometidos posteriormente à entrada em vigor do Estatuto. Porém, nas duas primeiras propostas do Relatório, em 1996, o princípio da legalidade e seus corolários foram concentrados em um único artigo, de maneira que uma previsão específica para o princípio da não-retroatividade desapareceu naquele momento.<sup>746</sup>

Ainda sobre a história legislativa, Saland relata que, nos primeiros estágios do processo preparatório, o artigo 22, princípio do *nullum crimen sine lege* e o artigo 24, princípio da não-retroatividade, estavam combinados, mas separaram-se em artigos diferentes em 1997. O conteúdo material do princípio da legalidade não foi uma questão turbulenta. O que se mostrou problemático foi como referir-se aos crimes, uma vez que a inclusão na jurisdição do Tribunal dos chamados *treaty crimes* não foi resolvida até bem mais tarde no processo de negociação. O termo *conduta* foi generalizadamente aceito para denotar ato criminal ou omissão, para evitar o problema que algumas delegações tinham com a idéia de omissões serem criminalizadas ao lado dos atos comissivos. E de igual forma, o termo “crime dentro da jurisdição do Tribunal” foi aceito para evitar dificuldades em fazer referências aos crimes, antes que houvesse acordo alcançado quanto à lista dos crimes propriamente dita e antes que a estrutura dos artigos, abrindo o que se tornou a Parte 2, fossem conhecidos. O número (2), artigo 22, lida com questões de interpretação e prevê que a definição de um crime deva ser construída estritamente, não podendo ser estendida por analogia; havendo ambigüidade, a definição deve ser interpretada em favor do acusado (*favor rei*). Ainda que a definição dos crimes pudesse decorrer de acordo em Roma, nenhum acordo foi possível sobre se as definições elas próprias corresponderiam precisamente ao estado corrente de desenvolvimento do direito internacional costumeiro. O direito costumeiro está continuamente em desenvolvimento, enquanto um Estatuto é naturalmente estático. O número (3) foi incluído para refletir essa idéia. A redação deste parágrafo foi subseqüentemente ajustada pelo Comitê do Projeto.<sup>747</sup>

---

<sup>746</sup> CATENACCI, 1998, p. 161-170.

<sup>747</sup> SALAND, 1999, p. 194 e 195.

Para Ambos, as codificações de direito penal internacional apenas estabelecem normas gerais que devem ser desenvolvidas pela jurisprudência quanto à sua precisão. Com o Estatuto de Roma, foram codificados de maneira vinculante a uma ampla maioria de Estados os princípios gerais de direito penal internacional, de maneira que uma elaboração dogmática da parte geral do direito penal internacional deve partir do estudo do Estatuto.<sup>748</sup> De fato, o Estatuto ocupa lugar de proeminência sendo a fonte central e de primazia sobre as demais fontes, no entanto, a elaboração dogmática deve também levar em conta que o princípio da legalidade aplica-se ao Tribunal não só por força do Estatuto, mas também como padrão internacional de direitos humanos (artigo 21 (3)) e como princípio geral de direito derivado dos sistemas nacionais (artigo 21 (b)), ambos artigos do Estatuto.<sup>749</sup>

O princípio da legalidade aplica-se à prática do Tribunal Penal Internacional como um padrão internacional de direitos humanos, quer pela menção explícita no artigo 22, quer com base no artigo 21 (3), ambos do Estatuto. Embora o Tribunal não seja parte dos instrumentos internacionais de direitos humanos, o princípio da legalidade está contido no seu direito constitutivo. Como um Tribunal internacional que pretende que os mais sérios crimes que chocam a consciência da humanidade não fiquem impunes e reafirmando os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas no preâmbulo do tratado, não poderá deixar de levar em conta os padrões internacionais, sob pena de tornar-se *contradictio in re ipsa*.

Safferling tece uma coleção de argumentos, no sentido de que o Tribunal esteja adstrito a respeitar os direitos humanos internacionais. O Tribunal exercerá sua jurisdição apenas complementarmente às jurisdições nacionais e, como substituto no exercício desta jurisdição, deverá submeter-se aos mesmos limites a que se submetem as jurisdições nacionais. Como o Tribunal foi estabelecido através de tratado internacional assinado por vários Estados e estes, por sua parte, estão submetidos aos direitos humanos através de tratados específicos, o organismo internacional criado, por conseguinte, estará submetido aos mesmos limites que os tribunais nacionais estão, caso contrário, esses Estados estariam furtando-se a

---

<sup>748</sup> AMBOS, 2005a, p. 499.

<sup>749</sup> GALLANT, 2004, p. 402: "Article 21 (3) requires that the Court interpret the law in accordance with internationally recognized human rights standards. The text makes no distinction between substantive international human rights and the rights to fair criminal procedure that are the focus of today's panel. Nor indeed should it. What necessary for the protection of human rights is that the Court should consider those ways in which its operations can affect individuals, and to ensure that it treats them as required by minimum human rights standards even if they concern rights not specifically set forth in the ICC Statute."

aplicar os padrões de direitos humanos assumidos internacionalmente. Assim, os direitos humanos operam limitações internas e externas no exercício da soberania dos Estados. Os Estados, ao seu turno, transferem ao Tribunal internacional parte da jurisdição universal de que dispõem, jurisdição esta limitada pelos direitos humanos internacionais. Finalmente, os direitos humanos limitam o próprio poder internacional porque o cerne dos direitos humanos reside na proteção da pessoa humana e não na proteção dos Estados, resultando que o respeito pelos direitos humanos deve ser o mesmo nas instituições estatais como nas internacionais: os direitos humanos são uma qualificação ocupada pelas *pessoas*, independentemente da qualidade de nacional. O TPI, agindo complementarmente às jurisdições dos Estados-partes, estará sujeito a vários padrões de direitos humanos, conforme a delegação de jurisdição recebida desses Estados. Independentemente dessa delegação, pode-se pensar no padrão internacional de direitos humanos como consolidado no *jus cogens* internacional como o padrão a ser seguido pelo Tribunal. Finalmente, uma terceira possível posição é centrar-se no acusado e atender o padrão mais alto de direitos humanos a que estaria sujeito: o padrão do Estado nacional do acusado ou o padrão internacional de direitos humanos, o que lhe for mais favorável.<sup>750</sup> O Tribunal entende aplicável o padrão *internacional* de direitos humanos, conforme se pode verificar da decisão no *Caso Katanga and Ngudjolo Chui*:

98. Accordingly, the Chamber has used the standard established by general principles of international human rights law for its consideration of the admissibility of the procès-verbal taken in accordance with DRC law. Because it has not been shown that this particular procedure amounted to a violation of internationally recognized human rights, Germain Katanga's lack of assistance by a defence counsel during the taking of the procès-verbal does not make the procès-verbal inadmissible as evidence per se.<sup>751</sup>

---

<sup>750</sup> SAFFERLING, 2001, p. 40-43: "Another more state-based approach could be derived again from the fact that states create an ICC. If states that now have a high standard of procedural fairness want to be able to collaborate with the international body, must they not ensure that the protection given to the defendant there does not fall short of their domestic safeguards? If a state with very high standards were to cooperate with a court that did not fulfil its idea of the rights of the defendant, the state would not only be behaving hypocritically but would actually be in violation of the rule of law. This is expressed in the principle *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. Consequently the international body would have to adopt the highest standard of human rights of the defendant. Only then could the court be called truly international because only then could all states be potential members of it."

<sup>751</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui**. Case nº ICC-01/04-01/07. Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

As exceções ao princípio da legalidade, previstas no artigo 7 (2) da Convenção Europeia de Direitos Humanos e no artigo 15 (2) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, não se apresentam no Estatuto de Roma, ficando aberta a questão de se estas exceções se aplicariam. Boot entende que os Estados que participaram na feitura destas convenções, dificilmente pretenderiam impor a responsabilização penal com base em princípios gerais porque os Estados preferem definir com precisão as suas obrigações internacionais, em especial em questões envolvendo jurisdição penal. Os artigos parecem ter como objetivo justificar os julgamentos de guerra passados, porém lembram que os tribunais *ad hoc* fazem referência aos princípios gerais de direito para estabelecerem sua jurisdição e para determinarem a responsabilidade penal individual. Sua opinião é que os casos dos tribunais internacionais devem ser compreendidos dentro dos seus respectivos contextos, não se podendo concluir genericamente que a responsabilidade penal internacional possa fundar-se sobre princípios gerais.<sup>752</sup>

Sob o argumento da contextualização dos tribunais é de concluir-se que as exceções não se aplicam ao TPI. Adicionalmente, em face do princípio da especialidade, deve-se privilegiar o Estatuto sobre a normatização geral prevista nos instrumentos de direitos humanos. Paralelamente deve ser reconhecido o padrão mais elevado de direitos humanos aplicável: o Estatuto no qual a previsão do princípio é mais restritiva, em consonância com o princípio da construção estrita do direito penal, ou ainda, dar preferência à previsão mais favorável ao acusado, ou seja, o princípio melhor delineado, com maior precisão e detalhes, cuja aplicação seja estrita (artigo 22 (2), Estatuto).<sup>753</sup> Interessante que, na decisão, no *Caso*

---

<sup>752</sup> BOOT, 2002, p. 141.

<sup>753</sup> Os princípios de interpretação *lex superior derogat inferiori, lex posterior derogat priori e lex specialis derogat generali* aplicam-se ao direito internacional: AKEHURST, 1977, p. 273: "All three techniques are applicable to international law, but the way in which they are applied is slightly different. First, the hierarchy of sources is not as well established in international law as it is in most municipal systems. Second, the maxim *lex posterior derogat priori* is sometimes difficult to apply in international law because customary law and general principles of law come into being gradually, so that no precise date can be assigned to their creation. Third, the maxim *lex specialis derogat generali* assumes greater importance in international law, not only because of the occasional difficulties of applying the other two maxims, but also because of the virtual absence of legislation in international law. Multilateral treaties co-exist with bilateral treaties, general custom co-exists with regional and other forms of special custom, and so on. One rule of international law may be more general than another, either because it has a broader subject-matter, or because it binds a larger number of States; the maxim *lex specialis derogat generali* can therefore take two different forms in international law."

*Katanga and Ngudjolo Chui*, a Câmara considera a referência ao direito costumeiro consistente com o princípio do *nullum crimen sine lege*:

448. In the view of the Chamber, in accordance with article 7(l)(k) of the Statute and the principle of *nullum crimen sine lege* pursuant to article 22 of the Statute, inhumane acts are to be considered as serious violations of international customary law and the basic rights pertaining to human beings, drawn from the norms of international human rights law, which are of a similar nature and gravity to the acts referred to in article 7(1) of the Statute.<sup>754</sup>

O princípio da legalidade também se aplica à prática do Tribunal como um princípio geral de direito inferido dos direitos nacionais dos diferentes sistemas jurídicos existentes, de acordo com o artigo 21 (1) (c), Estatuto TPI, ressaltando a importância dos estudos e pesquisas de direito comparado, já que o princípio teve sua origem e fundamentos nos sistemas nacionais. Para Boot, o artigo 22, intitulado *nullum crimen sine lege*, está reconhecido pelo Estatuto como um princípio geral em virtude de sua localização na Parte 3 sob o título *Princípios Gerais de Direito Penal*. É importante distinguir o princípio da legalidade enquanto um padrão internacional de direitos humanos ou enquanto um princípio geral de direito penal. Como um padrão internacional de direitos humanos, a importância do princípio em proteger indivíduos contra as ações arbitrárias e autoritárias fica mais clara e evidente que apenas referir-se ao princípio em questão como um princípio geral de direito penal nos direitos nacionais. O Tribunal de Nuremberg considerou o princípio da legalidade apenas como um princípio geral de justiça não limitador da soberania dos Estados, aplicando o princípio, no direito internacional, de maneira diversa da sua aplicação em alguns direitos penais nacionais. Os Estados têm continuamente apontado o caráter fundamental do princípio da legalidade para proteger os direitos dos indivíduos no processo penal, de maneira que, referir-se ao princípio meramente como um princípio geral nos sistemas nacionais pode desconsiderar seu caráter fundamental no direito penal internacional e reduzir sua importância. Os Estados claramente articularam que não querem que o Tribunal aplique o princípio da mesma forma aplicada particularmente pelo Tribunal de Nuremberg, devendo inclusive o

---

<sup>754</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui**. Case nº ICC-01/04-01/07. Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

princípio ser interpretado e aplicado mais estritamente que na Corte Européia de Direitos Humanos.<sup>755</sup>

Boot-Matthijssen advoga que o Tribunal Penal Internacional, estando vinculado ao Estatuto enquanto tratado internacional, ao interpretar os crimes, deve primeiramente levar em conta a história das negociações, ao invés de enfatizar as origens humanitárias dos tipos penais. Nesta linha de raciocínio, o Tribunal deverá aplicar estritamente o que está previsto no Estatuto e não aplicar as definições a situações que os Estados não cobriram na Conferência de Roma, assim, agressão e tráfico de drogas não foram incluídos na jurisdição e não podem ser julgados pelo Tribunal. O mesmo decorre para o terrorismo, ainda que certos ataques terroristas possam constituir crimes contra a humanidade e serem abarcados pelo Estatuto.<sup>756</sup> O Tribunal tem feito referência aos trabalhos preparatórios do Tratado de Roma para interpretar o Estatuto em duas oportunidades, como se observa da decisão no *Caso Gombo*:

366. The Chamber observed that although the drafters explicitly stated that the concepts of "recklessness and dolus eventualis should be further considered", the reference to dolus eventualis disappeared altogether from subsequent draft proposals and there is no record that such concept was meant to be included in article 30 of the Statute. This observation suggests that the idea of including dolus eventualis was abandoned at an early stage of the negotiations. As to advertent recklessness, which is viewed as the common law counterpart of dolus eventualis, there was a paragraph on this concept that remained throughout the negotiations, until it was finally deleted by the Working Group on General Principles of Criminal Law in Rome. [...]

433. Thus, it is the Chamber's view that the "should have known" standard requires more of an active duty on the part of the superior to take the necessary measures to secure knowledge of the conduct of his troops and to inquire, regardless of the availability of information at the time on the commission of the crime. The drafting history of this provision reveals that it was the intent of the drafters to take a more stringent approach towards commanders and military-like commanders compared to other superiors that fall within the parameters of article 28(b) of the Statute. This is justified by the nature and type of responsibility assigned to this category of superiors.<sup>757</sup>

Como o Estatuto tem natureza jurídica de tratado internacional, em que pese o seu caráter penal, aplicam-se-lhe as normas atinentes à interpretação dos tratados internacionais, conforme previsto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). O artigo 31 (1) estipula que o tratado deve ser interpretado à luz de

<sup>755</sup> BOOT, 2002, p. 367 e 368.

<sup>756</sup> BOOT-MATTHIJSSSEN, 2003, p. 100.

<sup>757</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Gombo**. Case nº ICC-01/05-01/08. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

seu objetivo e finalidade. Assim, a história das negociações e os trabalhos preparatórios devem ser interpretados de acordo com o artigo 32 que prevê que esses instrumentos são meios suplementares de interpretação. Um tratado pode tornar-se nulo pela superveniência de uma norma de *jus cogens*. Não vejo como as discussões estabelecidas nos trabalhos preparatórios possam engessar a adaptação do Tribunal internacional às novas realidades da comunidade internacional. Se a conduta encontra-se prevista na jurisdição material do Tribunal, independentemente do *nomen iuris* que ostente, poderá possibilitar a persecução penal. A CVDT tem sido explicitamente aplicada, como se pode observar no *Caso Katanga* quando da reunião dos processos:

CONSIDERING that, in the view of the Chamber, the ordinary meaning of article 64(5) of the Statute and rule 136 of the Rules provides that there shall be joint trials for persons accused jointly, and establishes a presumption for joint proceedings for persons prosecuted jointly;  
CONSIDERING that joint proceedings during the Pre-Trial phase is consistent with the object and purpose of the Statute and the Rules insofar as:  
CONSIDERING further that, although article 64(5) of the Statute and rule 136 of the Rules are included in Chapter VI of the Statute and of the Rules which deals with the "Trial Procedure", the Chamber considers that the contextual interpretation of such provisions, in light of the above-mentioned provisions relating to the Pre-Trial proceedings of a case before the Pre-Trial Chamber included in Chapter V of the Statute and the Rules, does not preclude joint proceedings at the Pre-Trial stage, but rather supports the general rule that there is a presumption of joint proceedings for persons prosecuted jointly;  
[...]<sup>758</sup>

O TPI está inserido dentro do direito internacional público, em constante desenvolvimento e sua adaptação a novas realidades de valores somente é possível através do direito costumeiro. Havendo mudanças no conteúdo do princípio da legalidade como princípio de direito internacional dos direitos humanos, ou nos padrões internacionais geralmente aceitos, restringindo ainda mais o princípio ou abrandando sua aplicação desde que não haja infringência ao *jus cogens*, decorre que novos padrões se aplicarão ao Tribunal. Do mesmo modo, mudanças no conteúdo do princípio da legalidade como princípio geral de direito, em virtude de mudanças e desenvolvimentos dos sistemas jurídicos penais do mundo, refletem no

---

<sup>758</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Katanga**. Case nº ICC-01/04-01/07. Decision on the Joinder of the Cases against Germain KATANGA and Mathieu NGUDJOLO NGUDJOLO CHUI, 10 March 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc452993.PDF>>. Acesso em: 08 set. 2009.

princípio geral como fonte do direito internacional e os novos padrões se aplicam ao Tribunal desde que passem pelo teste de consistência com o Estatuto (art 21 (1) (c)).

#### 6.4.1 Princípio do *Nullum Crimen Sine Lege*

No Estatuto de Roma, observamos que o móvel dos Estados em suas relações internacionais não está centrado nos direitos humanos ou direitos do acusado. Os princípios incluídos no Tratado de Roma, a fonte primeira de direito a ser utilizada pelo Tribunal Penal Internacional, o foram mais com intenção de definir a jurisdição do Tribunal e seu grau de detalhe visou limitar esta jurisdição, que propriamente prever os direitos dos acusados, ainda que, na prática, ocorra também este segundo efeito. A definição da jurisdição tem importante aspecto político no que se refere à complementariedade entre as jurisdições nacionais e a jurisdição do Tribunal Penal Internacional e foi este aspecto político que dominou os debates. O princípio da legalidade foi discutido, no entanto, bem mais tarde durante os trabalhos que antecederam o Estatuto.<sup>759</sup> Mesmo que o móvel real tenha sido apenas a divisão de poderes, o princípio da legalidade aplicado na jurisdição pelo Tribunal resultará na proteção das pessoas porque o princípio deverá ser interpretado nos julgamentos em todas as suas várias dimensões no direito internacional, conforme o direito aplicável (artigo 21, Estatuto). Em Archbold, igualmente se expressa que, no plano internacional, o princípio do *nullum crimen sine lege* funciona para que o direito seja suficientemente certo a fim de que os Estados saibam quais são suas

---

<sup>759</sup> BOOT, 2002, p. 363: "It thus appears that *nullum crimen sine lege* was particularly invoked in order to determine the powers of the Court vis-à-vis states, besides the purpose of protecting the interests of individuals vis-à-vis a superior authority. Where crimes are concerned involving individuals linked to a state organization, these purposes may very well coincide. Arguments of certainty and predictability had not primarily been put forward as a means to protect accused individuals. These requirements had, moreover, been advanced to determine the crimes that would be subjected to international prosecution and adjudication, which particularly concerned the delineation between national jurisdictions and the International Criminal Court, or the issue of "complementarity." This was mainly a political discussion that did not purport to protect individual accused per se, but resulted in providing more certainty and predictability for states parties as well. Furthermore, although states ' have argued that the *nulla poena sine lege* principle was important, it was not included in the Rome Statute until very late in the process. The minor interest generally attributed to issues of punishment also indicates the existence of relatively lesser concerns with determining safeguards for individuals than with concerns of protecting the sovereignty of the participating states."

obrigações diante de um Tribunal internacional. Os Estados assim requerem certeza com relação à natureza dos crimes dentro da jurisdição do Tribunal, como um pré-requisito para exercitarem a jurisdição primária.<sup>760</sup>

O princípio do *nullum crimen sine lege* aparece explicitamente nos artigos 22 a 24 enquanto o princípio da *nulla poena sine lege* também está previsto no Estatuto, nos artigos 23 e 77.<sup>761</sup> O Estatuto do Tribunal Penal Internacional reconhece o princípio *nullum crimen sine lege* em suas quatro modalidades, como geralmente reconhecidas nos sistemas de *civil law*. Uma pessoa somente pode ser punida por um ato que era previsto pelo Estatuto como crime, ao tempo de sua comissão (*lex scripta*), tenha sido cometido após ele ter entrado em vigor (*lex praevia*), tenha sido definido com clareza suficiente (*lex certa*) e não pode ser estendido por analogia (*lex stricta*). As ambigüidades são resolvidas em favor do acusado, princípio do *favor rei*. Os princípios da *lex scripta* e da *lex praevia* fixam o contexto jurídico normativo na *lex* que estava codificada e era vigente ao tempo da comissão da conduta criminosa. Em caso de mudança da *lex* antes do julgamento final, a *lex* mais favorável ao acusado deve ser aplicada. As mudanças nas RPP não podem ser aplicadas retroativamente em prejuízo do acusado (artigo 51 (4), Estatuto). Ainda com relação ao princípio, interessante mencionar o disposto no art 101, a regra da especialidade, que impede a condenação ou detenção da pessoa entregue à jurisdição do Tribunal por condutas anteriores à sua entrega, salvo quando essas condutas constituam crimes que tenham fundamentado a sua entrega.

O Estatuto é bastante detalhado se comparado com os Estatutos dos tribunais internacionais de guerra anteriores e com os Estatutos dos tribunais *ad hoc*, isto, porém, não significa a superação de todos os problemas quanto ao princípio e

---

<sup>760</sup> ARCHBOLD, 2003, parágrafos 17-27, 17-28, 17-29 e 17-30.

<sup>761</sup> Segundo Ambos, os conteúdos dos princípios *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege* devem ser diferenciados: o primeiro refere-se a punibilidade de certa conduta e o segundo se refere a pena concreta a ser aplicada a esta conduta. O segundo pressupõe o primeiro: sem que previamente exista um crime punível no momento do cometimento da conduta, não há sentido em pensar na possibilidade de uma pena. Da perspectiva do acusado é mais importante saber se a conduta é punível que saber sobre a quantidade de pena concreta aplicável. No caso de ser a conduta punível, ela implicará um determinado castigo: a incerteza recai sobre o como e não sobre o se. No que se refere ao como, com base na prática internacional, o acusado deve esperar as penas mais graves. Com base no possível efeito intimidatório da sanção penal pode-se argumentar que nem a punibilidade e nem a pena concreta são as informações mais importantes para o autor, senão a aplicação eficiente das penas criminais impostas. É discutível a exigência dos mesmos requisitos para os elementos dos princípios do *nullum crimen* e *nulla poena* e resulta mais convincente exigir requisitos mais estritos para o *nullum crimen* que para *nulla poena* (AMBOS, 2008b, p. 60-64).

sua aplicação. Segundo Boot, o artigo 22 aplica-se restritivamente, isto é, apenas se aplica aos crimes como definidos no Estatuto de Roma, já que no número (1) do referido artigo há a menção da expressão “nos termos do presente Estatuto”. Também, o número (3) teria sido incluído para esclarecer que esta formulação do princípio da legalidade apenas se aplica dentro da jurisdição do Tribunal. O número (3) lembra o artigo 15 (2) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o artigo 7 (2) da Convenção Européia sobre Direitos Humanos, deixando o caminho aberto a outros tribunais internacionais. No seu entender, o número (3) acabou sendo inserido porque não houve acordo possível quanto à questão de se as definições dos crimes do artigo 6 ao 8 corresponderiam ou não ao estado atual de desenvolvimento do direito internacional costumeiro, como entendido pelos Estados. Além do mais, os Estados não queriam interferir no futuro desenvolvimento do direito penal internacional, concernente aos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, intenção esta corroborada pelo artigo 10, Estatuto.<sup>762</sup>

O princípio da legalidade, como previsto no artigo 22, tem sua aplicação limitada aos crimes dentro da jurisdição do Tribunal, isto é, os crimes previstos nos artigos 6, 7 e 8, são interpretados de acordo com o artigo 22. Note-se que o princípio também se aplica aos artigos 70 e 71 que dispõem sobre ofensas contra a administração da justiça e penalidades que também são crimes dentro da jurisdição do Tribunal. Nos tribunais *ad hoc*, essas infrações estavam previstas nas RPP. O artigo 22(1) que dispõe sobre a responsabilidade criminal deve ser interpretado conjuntamente com os artigos 25, 26 e 30 que contêm os princípios da responsabilidade criminal individual.

Segundo a posição de Boot, o princípio do *nullum crimen sine lege* (artigo 22 (1), Estatuto) se aplica aos crimes dentro da *jurisdição* do Tribunal, ao invés de crimes dentro do *Estatuto* do Tribunal. Enquanto os princípios do *nulla poena sine lege* (artigo 23) e os da não-retroatividade *ratione personae* (artigo 24), referem-se apenas ao Estatuto. Dentro deste enfoque, o princípio da legalidade não só se aplica aos atos listados como crimes, mas também é relevante para se determinar a jurisdição material do Tribunal. Além de aplicar-se aos elementos materiais dos crimes, também se aplica aos elementos contextuais nos quais a conduta é

---

<sup>762</sup> BOOT, 2002, p. 374 e 375.

cometida e às condições de procedibilidade que autorizarão a jurisdição do Tribunal sobre determinada conduta. A aplicabilidade do princípio atinge as normas sobre a jurisdição do Tribunal como o artigo 19, os artigos 12 e 13 - condições para o exercício da jurisdição, a disposição sobre o princípio *ne bis in idem*, artigo 20. O princípio do *nullum crimen* também é violado, caso o Tribunal exerça jurisdição além dos termos do Estatuto. O princípio pode, no entanto, ser interpretado de forma mais restrita, entendendo-se que a expressão *crime sob a jurisdição do Tribunal* do artigo 22 (1), seja correspondente ao título do artigo 5, o qual lista *os crimes sob a jurisdição do Tribunal* e, desta forma, não se aplicaria às condições para o exercício da jurisdição, ou nas questões atinentes à admissibilidade.<sup>763</sup>

Ainda se faz pertinente uma observação sobre o grau ou flexibilidade que o princípio do *nullum crimen sine lege* deverá apresentar-se tendo em vista a fase do processo. Há decisão do TPI, neste sentido, no *Caso Gombo*, abordado, no entanto, como questão probatória:

27. The drafters of the Statute established three different, progressively higher evidentiary thresholds for each stage of the proceedings under articles 58(1), 61(7) and 66(3) of the Statute. The nature of these evidentiary thresholds depends on the different stages of the proceedings and is also consistent with the foreseeable impact of the relevant decisions on the fundamental human rights of the person charged.<sup>764</sup>

---

<sup>763</sup> BOOT, 2002, p. 378 e 379: "During the Rome Conference, the wording "a crime within the jurisdiction of the Court" appeared in the proposed text on *nullum crimen sine lege*, which was limited to the "core crimes." [...] According to Saland, Chair of the Working Group on General Principles of Criminal Law during the Conference, the use of this wording was accepted in order to avoid difficulties in making references to crimes before agreement had been reached on the list of crimes itself, and before the structure of the opening articles, of what became Part 2 on jurisdiction and admissibility, became known." [...] Disagreement on a definitive list of crimes and their definitions, continuing after having formulated the *nullum crimen sine lege* principle, in any event suggests that states considered the issue of *nullum crimen sine lege* not only to apply to substantive criminal law or the "material elements [...] included in the definitions of crimes within the Statute - such as the elements of the crime of murder -, but also to the jurisdictional elements these definitions contain - the contextual elements that make a murder a crime against humanity over which the Court can exercise its jurisdiction. Moreover, Article 22(1) mentions crimes within the jurisdiction of the Court, and these are the crimes that are defined in Articles 6 through 8. [...] In contrast to the approach chosen by the ad hoc International Criminal Tribunals, which distinguishes between the punishability of a murder and the jurisdiction to be exercised over this crime, the principle as formulated in the Rome Statute also applies to the jurisdictional thresholds, or conditions for applicability, of the definitions in Articles 6 through 8."

<sup>764</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Gombo**. Case nº ICC-01/05-01/08. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

O Tratado de Roma existe como documento fundacional do Tribunal internacional e as suas normas disciplinam todo o funcionamento do Tribunal, quer administrativo, quer jurisdicional. O conteúdo do tratado tem natureza de direito penal internacional. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969, aplicável aos tratados internacionais em geral, aplica-se ao Tratado de Roma, porém *o objeto e finalidades penais* desse tratado devem nortear a interpretação de todo o Estatuto (artigo 31 (1)). As normas penais, de forma geral, devem ser construídos estritamente e a construção estrita, além de constituir-se em um princípio geral de direito<sup>765</sup>, no Estatuto está prevista expressamente no artigo 22 (2). Embora ambas as interpretações assinaladas por Boot sejam plausíveis, a interpretação que mais se coaduna com o princípio da construção estrita do direito penal é a que privilegia a aplicação *ampla* do princípio *nullum crimen sine lege* aos elementos materiais dos crimes, aos elementos contextuais nos quais a conduta é cometida e às condições de procedibilidade que autorizarão a jurisdição do Tribunal. Esta solução também se justifica tendo em vista que a jurisdição do Tribunal apenas funciona em termos de complementariedade, de maneira que os Estados nacionais devem processar primeiramente e somente em ocorrendo as hipóteses dos artigos 17 e 20, Estatuto TPI é que haverá a jurisdição do Tribunal, indicando a adequação da interpretação estrita. Quanto mais amplamente o princípio da legalidade é interpretado, mais estritamente os Estatutos penais são construídos. Por outro lado, a interpretação do princípio do *nullum crimen sine lege* deve ser no sentido de tornar a norma efetiva. A não-aplicação do princípio aos dispositivos sobre jurisdição e admissibilidade pode eventualmente esvaziar o conteúdo de proteção do princípio.

Em Archbold, o artigo 22 (2), Estatuto elabora o princípio do *nullum crimen sine lege* do ponto de vista interpretativo. Requer *judicial restraint* ao definir um crime dentro da jurisdição do Tribunal, sendo que as definições devem ser construídas estritamente e não podem ser estendidas por analogia, de modo que novos crimes

---

<sup>765</sup> SCHABAS, 2003, p. 852-855: "The Vienna Convention makes no allowance for special rules to govern penal law statutes. Its terms were tailored to address the ensemble of treaties, both bilateral and multilateral, dealing with the entire range of issues contemplated by public international law. Indeed, it would seem to be precisely because of the absence of such a rule in the Vienna Convention that the drafters of the Rome Statute included, exceptionally, a requirement that the subject-matter jurisdiction of the International Criminal Court be subject to principles of strict construction. Strict construction of penal statutes is an approach drawn from various national legal systems, and it seems safe to describe it as a General principle of law, as this term is meant by article 38 of the Statute of the International Court of Justice."

não podem ser criados. Ambigüidades devem ser interpretadas para favorecer o acusado.<sup>766</sup>

A responsabilidade penal individual não surge somente da aplicação do artigo 22, Estatuto, mas da combinação entre o artigo 22, o artigo 25 (responsabilidade criminal individual), 26 e 30 (*mens rea*). Após a verificação de que determinada conduta constitui-se em um crime coberto pela jurisdição do Tribunal (condições de procedibilidade), para se determinar a responsabilidade criminal devem-se aplicar os artigos 25, 26 e 30 que não poderão ser interpretados expansivamente, mas estão igualmente sujeitos às proibições do Artigo 22 (2).<sup>767</sup> Há uma decisão do TPI interpretando o artigo 30, Estatuto através do princípio da construção estrita, no *Caso Gombo*, nas palavras da Câmara:

369. [...] The Chamber's finding that the text of article 30 of the Statute does not encompass *dolus eventualis*, recklessness or any lower form of culpability aims to ensure that any interpretation given to the definition of crimes is in harmony with the rule of strict construction set out in article 22(2) of the Statute. It also ensures that the Chamber is not substituting the concept of *de lege lata* with the concept of *de lege ferenda* only for the sake of widening the scope of article 30 of the Statute and capturing a broader range of perpetrators.<sup>768</sup>

Weigend discute se as normas gerais da Parte 3 (*Princípios gerais de direito penal*) deverão observar o artigo 22, ou se a ampla gama de fontes do artigo 21 pode ser aplicada. O artigo 31 (3) faz remissão ao artigo 21, *direito aplicável*, quando indica outras possibilidades de exclusão da responsabilidade penal, além das previstas no Estatuto. Este exemplo não traz problemas porque favorece o acusado. Em princípio, é plausível concluir que o artigo 21 pode ser aplicado às regras da parte geral, desde que não seja em desfavor do acusado. Um outro argumento é que o princípio da legalidade tem por razão subjacente a idéia de que a pessoa possa ser capaz de, em lendo o texto de lei, determinar-se dentro dos limites da conduta lícita, impondo a conclusão de que as regras gerais a cada tipo penal devam ser incluídas na garantia da legalidade. Conclui que o Estatuto de Roma representa um grande avanço quanto à aplicação do princípio da legalidade, não só impedindo que o Tribunal crie novos tipos penais, mas também oferecendo regras

<sup>766</sup> ARCHBOLD, 2003, parágrafos 17-27, 17-28, 17-29 e 17-30.

<sup>767</sup> BOOT, 2002, p. 394 e 395.

<sup>768</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Gombo**. Case nº ICC-01/05-01/08. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

gerais que não podem ser afastadas pelo direito costumeiro em detrimento do acusado.<sup>769</sup>

#### 6.4.1.1 *Lex Scripta*

O corolário da *lex scripta* dispõe que uma pessoa somente pode ser punida por um ato que era codificado pelo Estatuto ao tempo de sua comissão, artigo 22 (1), Estatuto TPI. A incriminação no direito penal, em princípio, não pode decorrer de princípios gerais do direito nem de normas do direito costumeiro, em virtude da não fixação e instabilidade relativa destas fontes, não propriamente com relação às fontes em si mesmas consideradas, mas pela facilidade de manipulação de conteúdos quando não estão inseridas em um corpo normativo materializado, sejam em leis em sentido lato, ou em precedentes jurisprudenciais. Os princípios gerais apresentam indeterminação de conteúdo necessitando complementação pelo intérprete, abrindo porta a subjetividades e arbitrariedades. O direito costumeiro pode não padecer dos defeitos de indeterminação, sendo detalhado, claro e acessível, porém, resta dúvida quanto à vigência e validade. Assim, a tipificação do crime e a consequência penal deverão estar previstas em instrumento jurídico escrito, com conteúdo válido e com vigência no momento do cometimento do crime. Não basta haver apenas um instrumento escrito, mas deve estar presente uma determinada rigidez, de maneira que o próprio instrumento ou as suas normas, não

---

<sup>769</sup> Weigend cita outros exemplos interessantes: WEIGEND, 2004, p. 323-325: “One example might be broad recognition of the possibility of commission by omission, beyond the situations covered by command responsibility described in artigo 28 of the statute. Another example would be acceptance of *dolus eventualis* as a possible mental element for international crimes, which might be in accordance with customary law and certainly with the majority of national legal systems but is clearly not covered by the definition of the mental element in artigo 30 of the ICC statute. I would submit that the strict regime of artigo 22 of the statute applies to these issues, for the simple reason that the question whether certain conduct constitutes a crime – which is the issue ostensibly to be decided on the basis of art 22 – cannot be determined by simply looking at the Special Part of the statute; the judge must, rather, in each case consider The interplay between general rules and special prohibitions before he or she can say whether the actor’s conduct constitutes a crime. Take, for example, the situation of a soldier negligently killing a combatant who had surrendered at discretion - it would be incorrect to say that the soldier commits the war crime under artigo 8 (2) (b) (vi) of the ICC statute, Killing or wounding a combatant after surrender, but that an independent rule of the general part (namely the requirement of intent according to artigo 30 ICC statute) somehow saves him from punishment; rather, the soldier clearly does not commit a war crime – a result that can only be found by reading articles 8 and 30 together.”

possam ser modificadas a qualquer momento ou ainda serem interpretadas sem qualquer critério, ao alvedrio do poder dominante: o instrumento deve gozar de uma estabilidade própria, estabilidade de conteúdo (vigência) no tempo (validade) e no espaço. O contexto jurídico normativo, normas e valores, devem preceder a prática do crime. A prática do ato criminoso fixa o contexto normativo para o julgamento: direito aplicável e valores de aplicação do direito (interpretação).

O direito internacional tem uma peculiaridade intrínseca na qual a maioria dos instrumentos internacionais escritos, com certa rigidez de forma, válidos e vigentes, apesar destes atributos, pertencem ao direito costumeiro e apresentam vigência e validade variável, de acordo com as partes envolvidas; há variabilidade nos requisitos espaço/tempo. As normas internacionais escritas apresentam graus de obrigatoriedade, há de serem distinguidas ainda as normas de *hard law* ou de *soft law*.<sup>770</sup> As normas escritas, por outro lado, são produzidas por uma variedade de fontes sem uma hierarquia definida entre elas, salvo a hierarquia clássica de fontes, prevista no artigo 38, Estatuto CIJ e, em havendo conflito é complexo estabelecer qual norma deve prevalecer.

Com o Estatuto do TPI houve fixação e estabilidade das normas escritas, do Estatuto quanto ao conteúdo, definição quanto à hierarquia entre as fontes, bem como limites mais bem delineados quanto à competência do Tribunal. O Estatuto é um tratado internacional, um corpo de normas mais perene e sujeito a menos inflexões políticas que as resoluções do Conselho de Segurança, no caso dos tribunais *ad hoc*. Parte das normas que complementam os Estatutos dos tribunais *ad hoc*, no entanto, são redigidas e emendadas pelos próprios Juízes do Tribunal, tal qual uma ampliação administrativa para o completo estabelecimento do princípio da legalidade. Tal não ocorre no TPI, uma vez que os Elementos dos Crimes (EC) e as

---

<sup>770</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002. v.1, p. 131-137: “[...] por decisiva influência dos autores norte-americanos, tem-se debruçado sobre o fenômeno da existência de normas jurídicas, com graus de normatividade menores que as tradicionais, mas nem por isso menos significativas; a tais normas denominou-se *soft law*, por oposição às tradicionais, que então passaram a ser tratadas de *hard law*. De qualquer maneira, a oposição *soft law* versus *hard law* indicaria um contraste entre duas realidades coexistentes e que se auto-implicam: tanto se encontra presente o fator tempo (a *hard law* seria um produto acabado, ao final de uma evolução geracional ao longo do tempo, portanto, a norma terminada em sua inteireza e *soft* seria um vir a ser, um ato em potência, um ato de vontade dos Estados, que aspira a tomar-se uma norma), quanto o fator finalidade (na *hard law*, os Estados estabelecem obrigações jurídicas fortes, para serem efetivamente cumpridas e na *soft law* existem normas jurídicas, mas seu cumprimento é meramente recomendado aos Estados, que podem, inclusive, não cumpri-las, sem que haja sanções aplicáveis aos inadimplentes).”

Regras de Procedimento e Prova (RPP) foram criados pela Assembléia de Estados-partes, tendo o mesmo *status* de tratado internacional do Estatuto, sujeitos, portanto, às mesmas formalidades quanto a emendas e modificações.

De um ponto de vista externo, a estabilidade de conteúdo do Estatuto, dos Elementos dos Crimes e das Regras de Procedimento e Prova se vislumbram pelos requisitos formais e materiais para emendá-los. As decisões que envolvam questões materiais deverão ser tomadas por dois terços dos membros da Assembléia de Estados-partes, ao passo que decisões que envolvam questões de procedimento poderão ser tomadas por maioria simples (artigo 112 (7) (a) (b), Estatuto). Igualmente o Estatuto não poderá sofrer modificações indiscriminadamente, salvo através do disposto no artigo 121 que prevê a possibilidade de emendas e, no artigo 123, que prevê a possibilidade de revisão do Estatuto. A estabilidade institucional do Tribunal encontra artigo específico que dispõe sobre emendas aos dispositivos de natureza institucional (artigo 122).

No entender de Ambos e de um ponto de vista interno quanto ao requisito da *lex scripta*, a questão fundamental é se o Tribunal poderá invocar regras e princípios que não façam parte do Estatuto e/ou baseados no costume internacional ou nos princípios gerais. O artigo 21, Estatuto, sinaliza positivamente. Haverá problemas a solucionar, por exemplo, é difícil conciliar a permissão do artigo 21, (1) (b) e (c), com o artigo 23. A referência a normas que se encontram fora do Estatuto com respeito às eximentes de responsabilidade (artigo 31 (3) Estatuto) não conduz a problemas, porém uma questão totalmente diferente é se o Tribunal poderá criar ou incrementar as penas, com base no costume ou em princípios gerais, em aparente colisão com o artigo 23.<sup>771</sup>

#### 6.4.1.2 *Lex Certa*

Os tipos penais não podem ser fundados sobre bens jurídicos de abstração impalpável, ou bens jurídicos descritos através de “conceitos com base nos quais

---

<sup>771</sup> AMBOS, 2008b, p. 28-31.

não é possível pensar nada de concreto”, como bem coloca Roxin.<sup>772</sup> Necessária a representação mental adequada da conduta tipificada. A norma penal deve ter sido definida com clareza suficiente (*lex certa*). O princípio da *lex certa* indica que as normas penais devem ser, no que for possível, tão mais específicas e detalhadas, indicando claramente o crime e todas as suas circunstâncias.

Para Lopes, o princípio diz respeito à técnica de elaboração das normas penais que deve ser clara e precisa no conteúdo da conduta e suas circunstâncias e no estabelecimento da sanção para que exista segurança jurídica e haja a imposição de limites ao *ius puniendi*.<sup>773</sup> Luisi fala em *lex certa*, como corolário do princípio da legalidade, sem o qual este não alcançaria seu objetivo: nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada da certeza necessária, indispensável para evitar formas diferenciadas e arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para *reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei*.<sup>774</sup> Franco admite que o legislador possa construir estruturas típicas mais flexíveis, tendo em vista que não há condições de pormenorizar todas as condutas humanas, porém, deve-se impor um limite a este processo de generalização, sob pena de *inocular-se no sistema penal o vírus destruidor do princípio da legalidade*. A adoção de um critério descritivo mais abstrato impõe o dever do legislador de “classificar as características diferenciais que são decisivas para delimitar os tipos penais” e de “destacá-las com emprego de conceitos específicos gerais”, através de um jogo combinado de generalização e diferenciação.<sup>775</sup>

Na visão de Cassese, no direito internacional, as normas penais devem ser tão específicas e detalhadas quanto possível, indicando claramente os destinatários da conduta proibida, os elementos objetivos do crime e o requisito *mens rea*. Objetiva-se informar aos destinatários que possam ser atingidos pela proibição, para que, sabendo anteriormente qual comportamento é permitido e qual conduta é proibida, possam prever as conseqüências de sua ação e possam optar por obedecer ou desobedecer à norma. A idéia é permitir a acessibilidade e a previsibilidade, isto é, permitir que os destinatários da norma saibam de antemão quais os comportamentos permitidos e quais os proibidos, para que tenham a

---

<sup>772</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Ed. Renovar, 2006, p. 50.

<sup>773</sup> LOPES, 1999, p. 82-84.

<sup>774</sup> LUISI, 2003, p. 24 e 25.

<sup>775</sup> FRANCO, 2000, p. 52 e 53.

oportunidade de prever as conseqüências de sua ação e de escolher cumprir ou descumprir os padrões legais de comportamento.<sup>776</sup> Além de descrever com clareza, a norma deve fazer-se conhecer não apenas potencialmente, mas de fato, através de linguagem compreensível: *a norma deve estar estabelecida na comunicação com anterioridade ao ato*, na expressão de Jakobs.<sup>777</sup> Trata-se de possibilitar os meios necessários ao livre arbítrio: à pessoa deve ser oportunizado o acesso efetivo e real à norma para possibilitar que decida por si mesma o que fazer, depois de uma consideração suficiente da realidade. A precisão do preceito deve também ser considerada como um *direito subjetivo público de conhecer o crime*.<sup>778</sup>

A incerteza pode surgir em variados estágios da aplicação da norma penal, a falta de especificidade já pode ocorrer na criação da norma, ou posteriormente, na interpretação, ou ainda através de utilização de métodos arbitrários de interpretação da norma. A função de garantia exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definissem crimes não possuíssem clareza denotativa na significação de seus elementos, sendo ininteligível às pessoas e aos aplicadores do direito. A imprecisão ainda tem duplo aspecto, quer seja considerada sob o ponto de vista objetivo ou abstrato com base no *homo medius*, quer sob o ponto de vista subjetivo, de capacidade de compreensão de determinado segmento social ou, ainda, de determinado indivíduo.

No Estatuto do TPI, os crimes estão tipificados nos artigos 5 a 8 com grande detalhamento comparado aos tribunais penais internacionais anteriores. Para auxiliar na interpretação dos crimes, há a previsão da existência de um corpo de Elementos dos Crimes que aumentam a precisão das condutas do Estatuto. A linguagem utilizada é clara e bastante pormenorizada para o nível internacional. Porém, quanto ao fato de o Tribunal poder impor a responsabilidade criminal individual sobre nacionais de Estados que não sejam parte do tratado, traz à tona a questão de se as normas incluídas nos artigos 6, 7 e 8, Estatuto, complementadas pelos respectivos elementos do crime, seriam suficientemente acessíveis e previsíveis para essas pessoas. Ainda que se reconheça a jurisdição do Tribunal sobre as pessoas nacionais de Estados não-partes, não há obrigação internacional que possa ser imposta a qualquer destes Estados em dar a conhecer às respectivas populações o

---

<sup>776</sup> CASSESE, 2003a, p. 145.

<sup>777</sup> JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de: André Luís Callegari, colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 63-65.

<sup>778</sup> Expressão utilizada por BATISTA, 2002, p. 77.

Estatuto e instrumentos complementares, bem como o detalhamento dos crimes *enquanto e como previstos* nestes instrumentos. Se estas normas fossem consideradas como pertencentes ao direito penal internacional costumeiro, o que é uma questão bastante polêmica, ameniza-se o problema, adotando o direito penal costumeiro como base para incriminação, como fazem os tribunais *ad hoc*. Não sendo aceitável o direito penal costumeiro, eventualmente caso haja crimes semelhantes aos previstos no Estatuto, no direito interno do Estado não-parte, ou em algum instrumento internacional de que o mesmo seja signatário, ou estes nacionais poderiam ser condenados com base na referência ao seu direito nacional, ou a outros tratados aplicáveis, mas não sob o Tratado de Roma, sob pena de infringência ao princípio do *nullum crimen sine lege*.

#### 6.4.1.2.1 *Lex certa* e linguagem

A legalidade impõe uma exigência quanto à linguagem utilizada na formulação da norma penal, nas palavras de Brandão: “a norma deve usar signos lingüísticos claros que possibilitem uma individualização do modelo abstrato da conduta incriminada. Destarte, enfatize-se, a lei penal deverá apresentar os elementos necessários para a individualização da conduta incriminada, caso contrário, será impossível a sua aplicação”.<sup>779</sup> O direito se expressa através da linguagem, podendo ser facilmente manipulado através de métodos interpretativos. Por mais preciso que seja um termo, este estará sempre sujeito a alguma interpretação, mesmo que seja literal. As normas jurídicas são construídas através de um processo de abstração e os termos utilizados têm uma extensão própria para abranger determinado número de situações concretas. O uso de termos genéricos ou vagos é possível, desde que sua extensão seja determinável através de métodos adequados de interpretação, porém o uso de termos polissêmicos pode tornar a norma indefinível.

---

<sup>779</sup> BRANDÃO, 2002, p. 81.

Há possível afronta ao princípio da legalidade se os conceitos gerais, ambíguos ou polissêmicos pudessem ser evitados e não o foram. Por outro lado, reconhece-se o fato de que a indeterminação da linguagem e a própria indeterminação dos tipos penais é uma característica inevitável, de maneira que devem ser estabelecidos critérios capazes de elucidar o exato limite entre a *legitimidade ou ilegitimidade* de um tipo penal, isto é, onde começa e onde termina a indeterminação da norma.<sup>780</sup>

Para Boot-Matthijssen, ao mesmo tempo em que o Estatuto de Roma é um tratado internacional celebrado por Estados soberanos, tem regras atinentes à responsabilidade penal individual, constituindo-se em um código penal internacional que deve ser aplicado pelo Tribunal. A linguagem do tratado e a história das negociações ilustra a tensão entre considerações humanitárias e os limites de jurisdição, conforme acordado pelos Estados. Esta tensão explica a existência de terminologia legal ambígua pelo Estatuto. Termos ambíguos e vagos possibilitam um maior entendimento entre os Estados que negociam o tratado. A definição de genocídio é um exemplo das dificuldades com terminologia legal ambígua, como consequência das negociações entre os Estados. O Tribunal Penal Internacional irá enfrentar dificuldades semelhantes, como por exemplo, no caso do uso de armas de destruição em massa, uma vez que o uso destas armas foi excluído do Estatuto. Ao interpretar os seus Estatutos, os tribunais *ad hoc* aplicam a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Estas regras basicamente estabelecem que o texto do tratado deve ser o ponto de partida para se interpretar o seu conteúdo, estabelece que o tratado deve ser interpretado de boa fé e de acordo com o significado ordinário a ser dado aos termos à luz de seu objeto e propósito.<sup>781</sup>

Vejamos o exemplo: no *Caso Katanga and Ngudjolo Chui*, ocorre a ampliação do conceito de *pessoas protegidas* na esteira da jurisprudência do ICTY:

291. This Chamber also adopts the approach that the term "nationals" in article 4 GC IV, which was drafted in 1949, reflected, at that time, the perceived importance of nationality in determining the allegiances of individual civilians. Although the nexus between nationality and allegiance remains an important factor in determining protected status for persons

---

<sup>780</sup> SCHMIDT, 2001, p. 249.

<sup>781</sup> BOOT-MATTHIJSSSEN, 2003, p. 97-99.

involved in international armed conflicts, as the ICTY jurisprudence demonstrates, it is no longer the definitive test.<sup>782</sup>

A interpretação encontra limites no âmbito do direito internacional, no direito humanitário, nos direitos humanos internacionais e no *jus cogens*. A interpretação de normas indeterminadas dos tipos penais de crimes internacionais não pode atingir o núcleo essencial desses direitos fundamentais. E como determinar este núcleo essencial? Estes sistemas normativos conferem dimensão material ao princípio da legalidade, fundados no princípio da dignidade humana, de maneira que qualquer interpretação que venha contrariar este núcleo irredutível, ainda que coerente do ponto de vista formal, torna-se ilegítima. No ICTY, houve decisão que mencionou o *jus cogens* como limite à interpretação.

O Estatuto do Tribunal tem versões oficiais em várias línguas, dentre elas a versão em inglês e francês, sendo que estas duas línguas são as línguas oficiais de trabalho do Tribunal, que poderá autorizar o uso de outra língua de trabalho. Além das línguas oficiais de trabalho, as línguas oficiais do Tribunal incluem árabe, chinês, inglês, francês, russo e espanhol (artigo 50, Estatuto TPI, complementado pelas regras 40 a 43, RPP). Possíveis discrepâncias podem ser resolvidas através do disposto no artigo 33 (4) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) ou ainda com referências à jurisprudência dos tribunais *ad hoc*. Além deste fato, cada Estado-parte do tratado, ao internalizar o Estatuto ao direito nacional, procedeu à tradução do tratado para a língua nacional e será através desta tradução que os respectivos nacionais tomarão conhecimento das normas penais do tratado. O conteúdo e extensão dos termos, que têm *prima facie* o mesmo significado, em línguas diferentes, podem denotar e conter nuances dissonantes. Este aspecto multilingüístico adiciona extrema complexidade ao princípio da *lex certa* no direito penal internacional.<sup>783</sup>

Cassese observa que na descrição das condutas criminosas no Estatuto, há normas com termos gerais como, por exemplo, o artigo 7 (1) (k) que se refere à

---

<sup>782</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui**. Case nº ICC-01/04-01/07. Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

<sup>783</sup> ENGBERG, Jan. Statutory Texts as Instances of Language(s): Consequences and Limitations on Interpretation. **Brooklyn Journal of International Law**, v. 29, issue 3, 2004, p.1163-1166: "It is a given fact, underscored by the branch of linguistics known as "Linguistic Relativity", that what one language system conceptualizes in one way is not conceptualized in the same way in all (or even in any) other language systems. This is especially true of legal terminologies at a system level. [...] One could say that even the ordinary meaning is not identical across languages and systems."

“outros atos desumanos ou de caráter similar”, norma penal que impõe interpretação analógica, em potencial contradição com o requisito da *lex certa* e da *lex stricta* do artigo 22 (2), Estatuto. Ambos cita vários crimes de guerra que carecem da precisão necessária, como por exemplo, o artigo 8 (2) (b) (iv), que se baseia em juízos de valor como “manifestamente excessivo”, “vantagem militar”, além de fato de o crime depender de uma valoração de acontecimentos prováveis. O Estatuto também tem inúmeras normas em branco que fazem depender a punibilidade de regras externas ao Estatuto.<sup>784</sup> Há vários outros exemplos de indeterminação, normas penais em branco, conceitos indeterminados, ausência do elemento subjetivo do crime; também as normas costumeiras de justificação não são claras, não indicando as escusas ou justificações em termos inquestionáveis.

No *Caso Gombo*, há um exemplo de expansão de um elemento de um crime ao outro, nas palavras da decisão:

232. Even though mention of opposing parties to the conflict is made expressis verbis in article 8(2)(f) of the Statute but not in article 8(2)(d) of the Statute, the Chamber holds that this characteristic element in the context of an armed conflict not of an international character is a well established principle in the law of armed conflict underlying the 1949 Geneva Conventions to which the Statute refers in article 8(2)(c) and (d) of the Statute. Therefore, the Chamber holds that this element also applies to article 8(2)(c) of the Statute.<sup>785</sup> [grifo nosso]

Resumindo as idéias de Cassese, o princípio da *lex certa* está longe de ser aplicado no direito penal internacional, que inclui muitas regras indeterminadas quanto à sua abrangência, conceitos, circunstâncias e propósitos. As normas do direito penal internacional provêm de fontes esparsas, contêm várias noções que não são definidas legislativamente, mas no direito internacional costumeiro, bem como há condutas criminalizadas que não especificam claramente o elemento subjetivo do crime. Decorre o importante papel dos tribunais para a gradual especificação e precisão das normas penais, ainda que de forma fragmentaria, por órgãos judiciais também esparsos e contaminada pelas noções de direito penal próprias aos sistemas legais nacionais. Mesmo diante destas incertezas, o Estatuto

---

<sup>784</sup> AMBOS, 2008b, p. 28-31.

<sup>785</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Gombo**. Case nº ICC-01/05-01/08. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

de Roma representou um avanço significativo ao definir as várias categorias de crimes de forma tão clara e precisa quanto possível.<sup>786</sup>

O princípio da interpretação mais favorável ao réu se aplica também no direito penal internacional.<sup>787</sup> Em havendo ambigüidades será aplicada a definição que mais favorecer o acusado. É vasta a jurisprudência dos tribunais *ad hoc* a respeito. O princípio do *favor rei*, do artigo 22 (2), Estatuto TPI prevê a aplicação da *interpretação* mais favorável, ao passo que o artigo 24 (2), prevê a aplicação do *direito* mais favorável, em havendo mudanças no direito aplicável ao caso.<sup>788</sup> O TPI aplicou o princípio da interpretação mais favorável através do reconhecimento do princípio *in dubio pro reo*, no *Caso Gombo*:

31. Lastly, in making this determination the Chamber wishes to underline that it is guided by the principle *in dubio pro reo* as a component of the presumption of innocence, which as a general principle in criminal procedure applies, *mutatis mutandis*, to all stages of the proceedings, including the pre-trial stage.<sup>789</sup>

#### 6.4.1.2.2 Definição dos crimes de guerra

Boot-Matthijssen explica que o Estatuto não incluiu o uso de determinadas armas como crime, quando utilizadas em conflitos internos. Também não houve a inclusão do uso de armas nucleares e a previsão, no Estatuto, de *outras armas de*

---

<sup>786</sup> CASSESE, 2003a, p. 145-147: "In this regard, suffice it to mention, as an extreme or most conspicuous instance, the provision first enshrined in the London Charter of 1945 and then restated in many international instruments (Control Council Law no. 10, the Statutes of the Tokyo Tribunal, the ICTY, and the ICTR), whereby crimes against humanity encompass 'other inhumane acts'. Similarly, the provisions of the four 1949 Geneva Conventions on grave breaches among other things enumerate, as 'grave breaches', 'torture or inhuman treatment'. In addition, many rules contain notions that are not defined at the legislative level, such as 'rape', 'torture', 'persecution', 'enslavement', etc. Furthermore, most international rules proscribing conduct as criminal do not specify the subjective element of the crime. Nor are customary rules on defences crystal clear: they do not indicate the relevant excuses or justifications in unquestionable terms."

<sup>787</sup> CASSESE, 2003a, p.156 e 157.

<sup>788</sup> BOOT, 2002, p. 388.

<sup>789</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Gombo**. Case nº ICC-01/05-01/08. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009. Disponível em:<<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

*destruição em massa* foi controversa.<sup>790</sup> Para Köchler, o desenvolvimento de tecnologia bélica e métodos de guerra, desde a adoção das Convenções de Haia de 1899 e 1907, fizeram com que as limitações sobre o uso da força nestas convenções se tornassem obsoletas já no curso da II<sup>a</sup> Guerra. Os tribunais militares anteriores não adaptaram a definição de crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade. A questão central é se as normas de direito penal internacional devam ser continuamente adaptadas aos fatos criados pelo desenvolvimento da tecnologia bélica, privilegiando-se o direito humanitário internacional sobre o uso da força. Se os crimes potencialmente mais sérios são excluídos da jurisdição do TPI, a lista e descrição dos crimes do Estatuto e dos EC tornam-se sem sentido se não houver o questionamento da natureza criminosa do uso de certas armas *per se*. O artigo 8, Estatuto, definindo várias formas de crimes de guerra é caracterizado por uma profunda ambigüidade no que diz respeito ao uso de armas de destruição em massa.<sup>791</sup>

No que se refere às ambigüidades dos crimes, Boot argumenta que os tribunais *ad hoc*, ao aplicarem a Convenção de Viena na interpretação de seus Estatutos, estabeleceram que o *objeto e propósito dos Estatutos e regras* têm descrito como assegurar um julgamento razoável (*fair trial*) e rápido (*expeditious*), visando *fazer justiça, deter futuros crimes e contribuir para a paz internacional*. A prática dos tribunais *ad hoc* mostra que os tribunais fazem uma ponderação de valores entre a questão da soberania estatal, representada pela jurisdição atribuída ao Tribunal e a proteção das vítimas do conflito armado e que a consideração de proteger vítimas através da extensão do escopo das regras de direito internacional humanitário tem prevalecido muitas vezes. Nesta visão dos tribunais *ad hoc*, o princípio do *nullum crimen sine lege* requer apenas que as normas sejam parte do direito internacional costumeiro, porém algumas normas que constituem “princípios

---

<sup>790</sup> BOOT-MATTHIJSEN, 2003, p. 101.

<sup>791</sup> KÖCHLER, 2003, p. 218-221: “Art. 8 of the Rome Statute, defining the various forms of war crimes, is characterized by a profound ambiguity in respect to the use of arms of mass destruction, in particular nuclear arms. Nowhere in the 128 Articles of the Rome Statute is the term “arms of mass destruction” ever used. The Elements of Crimes are of no help either. In crucial areas, the document does not elaborate on the definitions of the crimes in a way that would add clarity to what is formulated in the Statute. Like the Statute, the document simply avoids the most sensitive area, namely that of nuclear arms. The definitional ambiguity resulting from the avoidance of the politically delicate nuclear issue may seriously undermine the authority of the Court and its future ability to exercise universal jurisdiction in a comprehensive manner. The latter will be necessary, however, in order for the Court to be perceived by the international public as a legitimate institution of international criminal law, one that adopts its decisions and passes its judgments on a non-selective and non-discriminatory basis.”

gerais de acordo com as nações civilizadas” também são referidas. Com relação ao TPI, de observar que o Tribunal tem como objetivo e propósito colocar fim à impunidade de determinados crimes, conforme previsto no Preâmbulo do tratado, cujos criminosos devem ser processados e punidos de acordo com os padrões incluídos no próprio Estatuto. Tanto o Estatuto, quanto a Convenção de Viena fazem com que o texto do Estatuto seja o ponto de partida para a interpretação, como a fonte principal para os preceitos materiais que criminalizam as condutas. O Tribunal é dirigido a exercer sua jurisdição *ratione materiae* apenas com base no texto do Estatuto e não, de maneira criativa como os tribunais *ad hoc* têm entendido sua jurisdição.<sup>792</sup>

Com relação à questão do emprego de determinados tipos de armas, há lacunas no Estatuto do TPI. Ao lado das inafastáveis considerações políticas, há também obstáculos jurídicos para criminalizar o uso de armas nucleares *per se*, em face da *Opinião Consultiva sobre a Legalidade da Ameaça ou do Uso de Armas Nucleares*, da CIJ, de 08 de julho de 1996, na qual a Corte concluiu que nem o direito costumeiro, nem o direito convencional especificamente autorizavam ou proibiam a ameaça ou o uso de armas nucleares.<sup>793</sup> O artigo 8 (2) (b) (xx), Estatuto, quanto aos conflitos armados internacionais, dispõe, *in verbis*:

Utilizar armas, projéteis; materiais e métodos de combate que, pela sua própria natureza, causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados, em violação do direito internacional aplicável aos conflitos armados, na medida em que tais armas, projéteis, materiais e métodos de combate sejam objeto de uma proibição geral e estejam incluídos em um anexo ao presente Estatuto, em virtude de uma alteração aprovada em conformidade com o disposto nos artigos 121 e 123.<sup>794</sup>

---

<sup>792</sup> BOOT, 2002, p. 388-392.

<sup>793</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion**, I.C.J. Reports 1996, p. 226. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7497.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2009. Na p. 96 da Opinião Consultiva: “Accordingly, in view of the present state of international law viewed as a whole, as examined by the Court, and of the elements of fact at its disposal, the Court is led to observe that it cannot reach a definitive conclusion as to the legality or illegality of the use of nuclear weapons by a State in an extreme circumstance of self-defence, in which its very survival would be at stake.”. Consultar também: BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. **International law, the International Court of Justice and nuclear weapons**. Edited by Laurence Boisson de Chazournes, Philippe Sands. Cambridge University Press, 1999.

<sup>794</sup> Redação conforme a tradução de oficial, no decreto que promulgou o Estatuto do TPI no Brasil: BRASIL. **DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em: 23 set. 2009.

A questão envolvendo o uso de armas nucleares é extremamente complexa, mas convém lembrar a existência de alguns instrumentos internacionais relativos à questão de armamentos: o Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares (1968)<sup>795</sup>, Tratado sobre a Proibição da Colocação de Armas Nucleares e Outras Armas de Destruição em Massa no Leito do Mar e no Fundo do Oceano e em seu Subsolo (1970)<sup>796</sup>, a Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear (2005)<sup>797</sup>, cujo artigo 4 (2) exclui a sua aplicação aos conflitos armados e às infindáveis convenções sobre armamentos mais convencionais e de menor potencial ofensivo relativamente às armas nucleares.<sup>798</sup>

Uma solução possível, porém bastante improvável, seria considerar que o tipo de arma que, de alguma forma cause as condutas descritas nos crimes previstos no Estatuto são *irrelevante penal*, onde não houver menção explícita a respeito, como por exemplo, no reconhecimento do *ataque amplo e sistemático*, nos crimes contra a humanidade no artigo 7 (1), Estatuto, o tipo de arma empregado é irrelevante penal, porque não descrito no artigo nem nos EC.

Com relação à ambigüidade dos crimes, o TPI não poderá adotar uma postura criativa e expansiva na mesma dimensão que os tribunais penais *ad hoc*, no entanto, partindo-se dos crimes tipificados no Estatuto e dos Elementos dos Crimes, através da aplicação conjunta dos artigos 21 e 22, acabará por recorrer ao direito penal costumeiro, no intuito de definir os crimes dentro da jurisdição material do Tribunal. O artigo 21, ao definir o direito aplicável, o faz de forma bastante genérica, como se pode observar dos termos utilizados como *tratados aplicáveis, princípios e regras de direito internacional, princípios estabelecidos do direito internacional dos conflitos armados* (artigo 21 (1) (b)), *princípios gerais de direito, normas e padrões*

---

<sup>795</sup> UNITED NATIONS. **Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, 12 June 1968.** Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/240/63/IMG/NR024063.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 03 set. 2009.

<sup>796</sup> UNITED NATIONS. **Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass Destruction on the Sea-Bed and the Ocean Floor and in the Subsoil Thereof, 7 December, 1970.** Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/349/25/IMG/NR034925.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 03 set. 2009.

<sup>797</sup> UNITED NATIONS. **International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism, 13 April 2005.** Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/494/53/PDF/N0449453.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 09 set. 2009.

<sup>798</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **International Humanitarian law, Treaties & Documents.** Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/TOPICS?OpenView#Methods%20and%20Means%20of%20Warfare>>. Acesso em: 09 set. 2009.

*reconhecidos internacionalmente* (artigo 21 (1) (c)) e no artigo 21 (3), o termo *direitos humanos reconhecidos internacionalmente*. Todos estes conceitos podem ser definidos, através de métodos razoáveis e adequados de interpretação, porém, conferem ampla discricionariedade de interpretação nos julgamentos. Mesmo do arcabouço legal mais restrito do TPI ainda há espaço para uma interpretação teleológica e criativa do Estatuto.

Finalmente, ainda está pendente de tipificação o crime de agressão, previsto como pertencente à jurisdição do Tribunal, bem como as condições sob as quais o Tribunal poderá exercer jurisdição sobre este crime (artigo 5 (1) (d) e (2), Estatuto), o que deverá ocorrer através da Revisão do Estatuto (artigos 121 e 123).<sup>799</sup>

#### 6.4.1.2.3 *Lex certa* e determinação da sentença

O Estatuto de Roma contém preceitos específicos quanto à determinação da sentença, nos artigos 76 e 74 (5), Estatuto TPI. Os aspectos materiais da sentença são governados por dois critérios: a gravidade do crime e as circunstâncias individuais do condenado. Regras mais detalhadas são encontradas na regra 145, RPP.<sup>800</sup> A fundamentação da sentença vai estabelecer *in concreto* a aplicação do princípio da legalidade em todas as suas dimensões, permitindo a aferição da regularidade e legalidade do julgamento.

#### 6.4.1.3 *Lex Stricta*

O princípio da construção estrita dos Estatutos penais está previsto expressamente no artigo 22 (2), Estatuto TPI, ao dispor que as definições dos crimes serão construídas estritamente e, por conseqüência, não poderão ser entendidas por

---

<sup>799</sup> Informações sobre os trabalhos quanto à definição do crime de agressão podem ser obtidos no *site* do TPI: INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Assembly of States Parties. Crime of Agression**. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/Crime+of+Aggression/>>. Acesso em: 25 ago. 2009.

<sup>800</sup> JESCHECK, 2004, p. 53 e 54.

analogia, representando grande progresso no direito penal internacional, porém contradizendo a prática dos tribunais *ad hoc* largamente baseada no direito penal costumeiro.

A jurisdição do Tribunal, estabelecida no artigo 5 (1), Estatuto, está limitada aos *crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto*, listados nas letras (a) a (d). A jurisdição poderá abranger outros crimes além dos nominados através da revisão do tratado que constituiu o Tribunal internacional, conforme previsto no artigo 123 (1), de forma que a jurisdição material do Tribunal não sofrerá expansão, salvo através de revisão do tratado internacional. Está excluída a possibilidade de definição judicial dos crimes e, conforme a disposição do artigo 22 (2), as definições dos crimes devem ser construídas estritamente, o que tem por conseqüências: os crimes deverão ser interpretados estritamente; as definições não podem ser entendidas por analogia; a construção estrita será aplicada na pesquisa do conteúdo dos elementos dos crimes e, internamente, dentro do próprio Estatuto, ou ainda se necessário, externamente, com a aplicação das fontes do artigo 21.<sup>801</sup>

Sintetizando Cassese, a interpretação do Estatuto no plano internacional deverá obedecer às regras de interpretação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, convenção reconhecidamente declaratória de normas costumeiras internacionais sobre a construção e interpretação de tratados. O Tribunal internacional enquanto aplicador de normas penais não poderá expandir o seu Estatuto ou aplicar tratados indiscriminadamente, a não ser aqueles que se refiram à sua jurisdição sobre determinada categoria de crimes. No direito internacional, freqüentemente deve-se recorrer às normas costumeiras ou princípios gerais para esclarecer o conteúdo de normas de tratados ou para suprir lacunas nestas normas. O recurso a normas costumeiras também pode ser necessário para o propósito de encontrar os princípios gerais de direito penal. O TPI não poderá aplicar normas costumeiras criminalizando uma conduta que não esteja contida em uma das categorias de crimes sobre as quais tem jurisdição, através do seu Estatuto.<sup>802</sup>

Conflitos de interpretação são inevitáveis, considerando a origem do Estatuto como tratado internacional, inserido em um sistema jurídico lacunoso e fragmentário por excelência, como o direito internacional público. O direito internacional é pródigo em

---

<sup>801</sup> BOOT, 2002, p. 388.

<sup>802</sup> CASSESE, 2003a, p. 26-28.

termos vagos e gerais, justamente para proporcionar o necessário acordo entre nações de culturas bastante diversas. Na opinião de Melo, os *conceitos juridicamente indeterminados* têm sido praticamente ignorados pelos que estudam o direito internacional, bem como a sua dificuldade de interpretação.<sup>803</sup>

A analogia é um processo de interpretação que consiste na resolução de casos não regulados através da aplicação de normas que regulem casos semelhantes. Entende-se normalmente que este processo de interpretação é incompatível com o princípio da legalidade, cuja essência é garantir a certeza do direito contra o uso arbitrário do poder punitivo e este propósito seria frustrado se ao Juiz fosse permitido punir além dos estritos limites da norma escrita. Trata-se de noção relativa porque a doutrina da proibição da aplicação da analogia é expressão da tradição judicial européia continental, uma vez que, em países de *common law* o próprio raciocínio jurídico impõe o recurso à analogia.

Bobbio diferencia a analogia *legis* da analogia *iuris*. Na analogia *legis* formula-se uma nova norma, semelhante a uma já existente, para disciplinar um caso não previsto por esta última, mas similar àquele por ela regulado; na interpretação extensiva, amplia-se a hipótese estabelecida por uma norma, isto é, aplica-se esta mesma norma a um caso por ela não previsto, mas semelhante ao expressamente regulado. Na analogia *iuris*, há o recurso aos princípios gerais do ordenamento jurídico é uma forma de interpretação diferente da analogia *legis*, extraindo-se, através de um processo de abstração, os princípios gerais do ordenamento e, formulada a norma geral, o jurista aplica àqueles casos que, não sendo disciplinados nas normas singulares expressas, são abrangidos no âmbito dos casos previstos pela norma geral.<sup>804</sup>

O mesmo princípio geral de proibição da analogia se aplica no direito internacional público. Na explicação de Cassese, este princípio deriva da proibição geral da aplicação analógica de tratados em função do princípio do respeito à soberania dos Estados. Um tratado ou mesmo o direito costumeiro entre dois Estados não deve ser aplicado por analogia às relações entre um destes Estados com um terceiro. No entanto, o direito internacional apenas proíbe a *analogia iuris*, não proibindo a regulação de um fato não coberto por uma provisão ou norma

---

<sup>803</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 419 e 420.

<sup>804</sup> BOBBIO, 1995, p. 219 e 220.

específica, com referência aos princípios gerais do direito penal internacional ou aos princípios de justiça penal, ou aos princípios comuns na maioria dos sistemas legais do mundo. Basear-se em princípios gerais não pode criminalizar condutas que anteriormente não eram proibidas pelo direito penal internacional, mas os princípios servem para interpretar e dar um contorno legal claro às proibições que já estavam estabelecidas, tanto no direito costumeiro como nos tratados. Em alguns casos, as normas internacionais, elas mesmas, levam ou requerem a analogia *legis* através da previsão de termos gerais ou da referência aos princípios gerais.<sup>805</sup>

Segundo Catenacci, a analogia aplicada às normas de justificação não infringe a razão de garantia da proibição de analogia porque estas normas não expandem, mas restringem o *ius puniendi* e, portanto, não representam um perigo para a liberdade pessoal, porém uma extensão incontrolada de aplicação analógica às normas de justificação poderia produzir privilégios odiosos tão execráveis quanto punições arbitrárias. Entende-se como mais consentâneo ao princípio da legalidade a proibição da aplicação de analogia às normas incriminadoras, admitindo-se a aplicação de analogia às normas justificadoras e de isenção de pena, com as observações já referidas.<sup>806</sup> Para Schmidt o princípio da legalidade não é incompatível com a interpretação da lei penal, na medida em que a própria verificação da clareza da lei já demanda uma atividade interpretativa.<sup>807</sup> Toledo destaca que apesar da maioria das legislações repudiar, expressa ou tacitamente, o emprego da analogia, o mesmo não ocorre com a interpretação extensiva ou analógica, ainda que resulte em prejuízo do acusado.<sup>808</sup> Para Ordeig, a analogia é

---

<sup>805</sup> CASSESE, 2003a, p. 153-156, em especial exemplifica, na p. 155: “For instance, the customary and treaty rules prohibiting and penalizing as crimes against humanity ‘other inhumane acts’, as well as the provisions of the 1949 Geneva Conventions criminalizing as ‘grave breaches’ of the Convention ‘inhuman acts’ in addition to torture, impose upon the interpreter the need to look at acts and conduct analogous in gravity to those prohibited. This indeed was the reasoning of the Tel Aviv District Court in Ternek.[...] The draftsmen of the ICC Statute took the same logical approach when they criminalized in Article 7 (l) (k) ‘other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health’ (emphasis added).”

<sup>806</sup> CATENACCI, 1998, p. 163 e 164.

<sup>807</sup> SCHMIDT, 2001, p. 161.

<sup>808</sup> Toledo explica a diferença entre interpretação analógica ou interpretação extensiva e a analogia propriamente dita. A interpretação analógica refere-se aos limites de abrangência da interpretação da lei penal. O objetivo da interpretação é compreender o intento do legislador e talvez adaptar a norma às necessidades do presente, enquanto o objetivo da aplicação da analogia é a de preencher lacunas no direito através do desenvolvimento de uma norma legal ou aplicação de norma semelhante, o que constitui uma inovação legislativa. A analogia pressupõe a existência de lacunas no direito. A exigência da lei prévia e estrita impede a aplicação no direito penal, da analogia *in malam partem*, mas não obsta a aplicação da analogia *in bonam partem*. A analogia pressupõe falhas, omissão da lei, lacunas no direito, não tendo aplicação quando estiver claro no texto legal, a exclusão de certa regulamentação e determinados casos semelhantes. As restrições feitas à analogia não se aplicam

inadmissível em direito penal quando leva a resultados desfavoráveis, *analogia in malam partem*. A interpretação analógica ou extensiva é ilícita em todos os casos, favorecendo ou prejudicando o acusado. A interpretação analógica ou extensiva pode estender ou restringir o comportamento punível, porém num e noutro caso deve manter-se sempre dentro do marco do *sentido literal possível*. Este tipo de interpretação não viola o princípio da legalidade.<sup>809</sup>

Nada há no princípio da legalidade que possa impedir a interpretação do direito através de decisões e julgamentos do Tribunal e a utilização das decisões em casos semelhantes em circunstâncias apropriadas. O direito penal internacional consiste também de precedentes judiciais, com a peculiaridade de não estarem sujeitos à *doutrina do stare decisis*. Recomenda-se que os próprios precedentes sejam seguidos no interesse da administração da Justiça, como previsto no artigo 21 (2), Estatuto TPI. Assim, consoante a jurisprudência dos tribunais *ad hoc*, o princípio da legalidade não impede a determinação da lei penal através do processo de interpretação, conceituação e definição dos elementos de um crime em particular e não impede a referência a decisões anteriores que reflitam uma interpretação do conteúdo a ser atribuído a um particular elemento do crime.<sup>810</sup>

Há exemplos da aplicação do princípio da construção estrita dos Estatutos penais ou de interpretação literal, ou ainda, do sentido comum do termo. No *Caso Katanga and Ngudjolo Chui*, a expressão *other inhuman acts* foi interpretada estritamente.<sup>811</sup> No *Caso Gombo*, a Câmara recorreu ao *sentido comum gramatical* e à interpretação estrita:

29. According to the Oxford Dictionary, the term "substantial" can be understood as "significant", "solid", "material", "well built", "real" and rather than "imaginary". The Chamber concurs with the conception articulated by Pre-Trial Chamber I, namely that [...] must offer concrete and tangible proof

---

totalmente à interpretação e extensiva ou analógica. Na interpretação extensiva a ampliação está contida, em potência, nas palavras, mais ou menos abrangentes, da própria lei. Geralmente o princípio *in dubio pro reo* afasta a possibilidade da extensão. A interpretação será restritiva quando exigir a compatibilização do preceito com a sua finalidade ou com todo o sistema. O problema é agravado quando há elementos normativos no tipo. O princípio da prevalência dos elementos descritivos sobre os normativos e os critérios sistemático-teleológico, são pontos de referência seguros e para a decisão de ampliação ou restrição do preceito penal (TOLEDO, 1994, p. 27 e 28).

<sup>809</sup> ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e Método da Ciência do Direito Penal**. Tradução de, José Carlos Gobbis Pagliuca, revisão da tradução de, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. (Série as ciências criminais no século XXI, v. 9), p.58-64.

<sup>810</sup> BOOT, 2002, p. 255. CASSESE, 2003a, p.148 e 149.

<sup>811</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui**. Case nº ICC-01/04-01/07. Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

demonstrating a clear line of reasoning underpinning [his] specific allegations". [...]

423. The Chamber also observes that the chapeau of article 28(a) of the Statute establishes a link between the commission of the underlying crimes and a superior's "failure to exercise control properly". This is reflected in the words "as a result of", which indicates such relationship. The Chamber therefore considers that the chapeau of article 28(a) of the Statute includes an element of causality between a superior's dereliction of duty and the underlying crimes. This interpretation is consistent with the principle of strict construction mirrored in article 22(2) of the Statute which, as a part of the principle *nullum crimen sine lege*, compels the Chamber to interpret this provision strictly.<sup>812</sup>

Na prática do ICTY, como bem coloca Cassese, algumas posições do Tribunal puderam ser inferidas. A interpretação e especificação de normas existentes sempre é admissível. A *adaptação evolutiva*, pelos tribunais, de proibições criminais, especialmente a extensão dos elementos legais para cobrir uma conduta previamente, não claramente considerada como uma ofensa criminal também é possível. É possível adaptar preceitos relacionados aos crimes às novas condições sociais, somente se este ajuste, resultante da expansão da conduta criminosa ou possivelmente da diminuição do elemento subjetivo, for compatível, ou mesmo requerido pelos princípios gerais. No mesmo sentido é a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. É possível a adaptação expansiva de alguns elementos das normas penais para novas condições sociais vigentes na época do crime.<sup>813</sup>

O sistema de justiça internacional deu mais um passo em direção ao aprimoramento do princípio da legalidade. Os crimes dentro da jurisdição do Tribunal somente podem ser criados por tratado internacional e estão sujeitos à interpretação

---

<sup>812</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Gombo**. Case nº ICC-01/05-01/08. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

<sup>813</sup> Cassese exemplifica com referência à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, no *Caso CR v. United Kingdom* é esclarecedora na medida em que expressou que os julgamentos nacionais não vão além da legítima adaptação dos elementos do crime, quando interpretam as condições sociais da época do crime e que o acusado, em consequência, não foi por uma conduta que não constituía um crime quando foi cometido. No *Caso Cantoni v. France*, a Corte decidiu que a penumbra de dúvida em relação aos limites dos fatos não faz que uma previsão legal seja incompatível com o artigo 7, Convenção Europeia sobre Direitos Humanos. Quanto ao requisito da previsibilidade, o Tribunal observou que o escopo da noção depende bastante do conteúdo do texto normativo, do campo que ele pretende cobrir, do número de pessoas a quem a norma foi endereçada, bem como o status destas pessoas. A norma satisfaz o requerimento de previsibilidade ainda que a pessoa deva consultar profissional para acessar o conteúdo da norma, o que é particularmente verdadeiro para pessoas que exercem uma atividade profissional. (CASSESE, 2003a, p.149-152.)

estrita. A aplicação da *analogia iuris* continuará acontecendo pela exigência da própria natureza das normas internacionais que, mesmo no campo penal, continuam genéricas e indeterminadas em muitos aspectos. A jurisprudência internacional teve que encontrar saídas para que os Estatutos pudessem ser aplicados nos julgamentos internacionais. Os precedentes dos tribunais *ad hoc*, bem como os precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos indicam a aceitação da interpretação extensiva e evolutiva dos elementos do crime como não violadoras do princípio da legalidade.

O Estatuto do TPI apresenta uma concepção mais estrita e restritiva, porém não há garantias de que a jurisprudência não se desenvolva no sentido da tradição anterior. O princípio do *nullun crimen sine lege* está previsto de forma expressa e em todas as principais dimensões, como está também previsto o princípio da construção estrita dos Estatutos penais no artigo 22, Estatuto, porém os tipos de crimes previstos apresentam toda sorte de ambigüidades e generalidades que não são elucidadas com a mera referência aos EC, impelindo o Tribunal à utilização de fontes externas. O artigo 21, ao elencar as fontes, indica quais são as fontes aplicáveis e estabelece a hierarquia entre elas, mas as fontes em si consideradas são genéricas e também fazem referências e remissão ampla ao direito costumeiro. Haverá um estreitamento da discricionariedade dos Juízes, superável com um maior esforço interpretativo, porém a influência do direito penal costumeiro poderá conduzir a uma jurisprudência que admita a interpretação extensiva e evolutiva, desde que não haja expansão da jurisdição *ratione materiae*. Por outro lado, a aplicação indiscriminada da analogia para causas eximentes também poderá acarretar afronta ao princípio da legalidade, porque pode esvaziar a competência *ratione materiae*, excluindo fatos que deveriam ser julgados pelo Tribunal.

#### 6.4.1.4 *Lex Praevia*

O princípio da *lex praevia*, ou a proibição de *ex post facto law* é um postulado decorrente da legalidade dos delitos e das penas. Adotamos o conceito de Cassese: “Expressa ela a exigência da atualidade da lei, impondo que a mesma, como

princípio, só alcance os fatos cometidos depois do início de sua vigência, não incidindo sobre os fatos anteriores.”.<sup>814</sup>

O princípio da *lex praevia* penal significa que não há crime sem que, anteriormente ao fato, haja uma lei descrevendo-o como punível. Nas palavras de Castilho:

De outra parte, não pode ser aplicada pena sem lei anterior que a preveja. Implica, em termos de sucessão das leis no tempo, na adoção dos princípios: a) da irretroatividade; b) da retroatividade e da ultra-atividade da lei penal mais favorável; c) da não ultra-atividade da lei penal mais desfavorável; d) da ultra-atividade, até da lei mais desfavorável, quando se trata de leis penais temporárias e de exceção.<sup>815</sup>

A proibição dirige-se tanto ao legislador quanto ao Juiz. O princípio procura restringir o arbítrio legislativo na criação de crimes e o judiciário na aplicação retroativa de lei prejudicial, vigendo somente em relação à lei mais severa. Embora esteja presente em todas Constituições liberal-democráticas dos países de *civil law*, apresenta-se com diferentes graus de sensibilidade na análise e na obediência. As teorias mais modernas no direito penal preocupam-se, no entanto, com a justiça material, na visão de Lopes.<sup>816</sup>

Vale recordar a polêmica travada nos Tribunais de Nuremberg e Tóquio quanto à aplicação do *ex post facto law*, em cujos julgamentos privilegiou-se o conceito de justiça substantiva, reconhecendo-se o princípio da legalidade como um princípio geral de justiça não limitador das soberanias estatais. Decorrência lógica do princípio da legalidade é que as normas penais não devam criminalizar atos ou condutas realizadas anteriormente à sua adoção e vigência. Em contraste, como decorrência lógica da doutrina da justiça substantiva procura-se, para a finalidade de defender a sociedade contra novas e inesperadas formas de criminalidade, ir tão longe quanto processar e punir condutas que não eram ilegais quando praticadas<sup>817</sup>, porém que afrontaram princípios de justiça. Nos tribunais *ad hoc*, procurou-se solucionar a questão da existência e vigência do direito aos fatos, considerando a base para incriminação como pertencente, sem sombra de dúvida, ao direito internacional costumeiro.<sup>818</sup>

---

<sup>814</sup> Conceito de LUISI, 2003, p. 26 e 27.

<sup>815</sup> CASTILHO, 1988, p. 17 e 18.

<sup>816</sup> LOPES, 1999, p. 79-82.

<sup>817</sup> CASSESE, 2003a, p. 147.

<sup>818</sup> AMBOS, 2000, p. 28-31.

A proibição de incriminação *ex post facto* não aparece como um princípio geral de direito universalmente aceito por todos os Estados. Lamb entende que o princípio da legalidade está mais bem enraizado nos sistemas de *civil law*, não tendo a mesma autoridade nos sistemas de jurídicos de *common law*.<sup>819</sup> Os sistemas de *common law*, apesar de apresentarem uma estrutura de raciocínio jurídico diversa, também estão embuídos de várias garantias penais que possuem, *mutatis mutandis*, as mesmas finalidades que as correlativas garantias nos sistemas de *civil law*, garantindo um processo penal tão legítimo quanto nos sistemas de *civil law*. No direito internacional, Cassese enfatiza que o princípio da *lex praevia* está previsto em numerosos tratados de direitos humanos, em algumas das Convenções de Genebra de 1949, bem como no Primeiro Protocolo Adicional, todos dispositivos que se relacionam com processos penais nos sistemas jurídicos *nacionais*. Gradualmente consolidou-se que, nos procedimentos internacionais criminais, também deveria haver proibição da aplicação retroativa do direito penal. A exigência da *lex praevia* penetrou gradualmente no direito internacional, culminando com sua previsão expressa no Estatuto de Roma.<sup>820</sup>

Decorre do princípio da *lex praevia* que as normas penais não devem ser aplicadas aos atos e condutas realizados anteriormente à sua adoção ou vigência. O princípio aparece em vários dispositivos do Estatuto. Boot destaca que o artigo 11 do Estatuto de Roma, ao fixar a jurisdição *ratione temporis*, encampa a noção de *lex praevia* que permite ao Tribunal somente exercer sua jurisdição com respeito aos crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto e com relação aos Estados-partes do tratado. O artigo 11 é uma norma geral de direito dos tratados, conforme o artigo 28 da Convenção de Viena (1969) e principalmente, uma cláusula de estabelecimento de jurisdição, no entanto, traz conseqüências similares à noção de *lex praevia*.<sup>821</sup> O artigo 24 prevê a não-retroatividade *ratione personae*, ao dispor que nenhuma pessoa será criminalmente responsável por conduta anterior à entrada em vigor do Estatuto. As datas de vigor do Estatuto podem apresentar variabilidade conforme o Estado-parte considerado, em virtude da data de sua adesão ao tratado.

---

<sup>819</sup> LAMB, Susan. *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege* in International Criminal law. In: **The Rome Statute of The International Criminal Court: a commentary**. Edited by Antonio Cassese. Paola Gaeta. John R.W.D. Jones. Oxford University Press, 2002. 3v, v.1, p.733-766.

<sup>820</sup> CASSESE, 2003a, p.148 e 149: "Thus, the principle of non-retroactivity of criminal rules is now solidly embedded in international law. It follows that courts may only apply substantive criminal rules that existed at the time of commission of the alleged crime. This of course does not entail that courts are barred from refining and elaborating upon, by way of legal construction, existing rules."

<sup>821</sup> BOOT, 2002, p. 370.

Quanto à jurisdição *ratione temporis*, há ainda as normas transitórias dos artigos 124 a 127, Estatuto.

Saland faz uma interessante observação ao mencionar que nenhum verbo foi acrescentado no art 24, Estatuto, juntamente à palavra *conduta*, porque não houve acordo sobre um verbo que tivesse o mesmo sentido nas seis línguas da conferência. Já o artigo 11 usa a expressão *crimes cometidos*, acrescentando um lapso temporal a ser considerado. Não há, no entanto, solução clara quanto à admissibilidade, ou não, da jurisdição do Tribunal sobre os crimes continuados.<sup>822</sup> Boot também observa a ausência de verbo: o artigo 24 se refere à “conduta anterior à entrada em vigor”, omitindo a palavra “cometida” para qualificar a conduta. Não está claro se o Tribunal tem jurisdição sobre crimes iniciados anteriormente à entrada em vigor do Estatuto, mas que continuam, após a entrada em vigor, ou seja, se o Tribunal tem ou não jurisdição sobre crimes continuados. De acordo com o Coordenador das Negociações da Parte 3, não foi considerada esta questão. Uma indicação adicional da falta de vontade política para dar jurisdição ao Tribunal sobre crimes iniciados anteriormente à entrada em vigor do Estatuto aparece nos Elementos dos Crimes, de acordo com a nota de rodapé 24 dos elementos, no artigo 7 (1) (i). Conclui-se que o Tribunal não tem jurisdição sobre condutas que começaram anteriormente à entrada em vigor do Estatuto de Roma, mas que tenham continuidade delitiva após. Há contraste com os tribunais internacionais penais *ad hoc* que foram estabelecidos após os crimes cometidos: os crimes foram considerados como violações ao direito internacional costumeiro no tempo em que foram cometidos, pelos quais os indivíduos poderiam ser processados e julgados

---

<sup>822</sup>SALAND, 1999, p. 196 e 197: “In the course of the Rome Conference, the question of “continuous crimes” was addressed in the context of Article 24. The question raised was how to relate the principle of non-retroactivity to such crimes as enforced disappearances which were commenced before the entry into force of the Statute and continued thereafter. This sensitive issue never came up openly but was discussed in indirect terms. There was not one single view. The problem boiled down to the choice of a verb to go with the word “conduct”: whether to use “committed”, “occurred”, “commenced” or “completed” The discussions in the group showed that each verb had a special nuance to its sponsors but had a slightly different connotation when translated into the other languages. It seemed impossible to find a word that was acceptable in all six working languages. To resolve an apparently unresolvable matter, I suggested having no verb at all even if that did not read well in English. This was finally agreed upon. The issue would then be for the Court to settle a solution which had to be resorted to in some cases where no agreement could be reached. The article on non-retroactivity of course has a close relationship with Article 11 on jurisdiction *ratione temporis*. [...] Whereas Article 24 talks about “conduct” without a verb, Article 11, which was negotiated long after Article 24 had been agreed, uses the expression “crimes committed”. This was due to very strong representations by the Turkish delegate. The discrepancy will not make it easy for the Court to resolve the issue of “continuous crimes” that stretch over a period of time from before the entry into force of the Statute and continuing after its entry into force.”

depois, em qualquer lugar. O foco dos tribunais internacionais *ad hoc* encontrava-se sobre as condutas cometidas, enquanto o foco do Tribunal Penal Internacional, enquanto órgão permanente, encontra-se na sua jurisdição *ratione temporis*. O exercício da jurisdição sobre pessoas e sua responsabilidade criminal por condutas anteriores à existência do Tribunal não era considerada um aspecto relevante à noção do *nullum crimen sine lege* no caso dos tribunais *ad hoc*. O artigo 24 também limita o exercício retroativo do poder jurisdicional anteriormente à entrada em vigor do Estatuto enquanto tratado de direito internacional.<sup>823</sup>

Das negociações e trabalhos preparatórios, observa-se que não houve qualquer consenso quanto à questão da jurisdição do Tribunal sobre crimes continuados. O conceito de crime continuado envolve um conjunto de condutas repetitivas em um determinado lapso de tempo, de forma que se poderia, em princípio, fracionar as condutas e apenas considerar aquelas que fossem cometidas após a entrada em vigor do Estatuto. Quanto aos crimes permanentes que têm sua consumação protraída no tempo, também podem ser considerados por um período menor, apenas quanto à *permanência* posterior à vigência do Estatuto. O problema se apresenta mais delicado nos crimes instantâneos de efeitos permanentes, cuja consumação ocorreu antes de o Estatuto entrar em vigor, mas os efeitos perduram na vigência do Estatuto. Estes estão excluídos da jurisdição do Tribunal. Não concordo que a nota de rodapé 24 dos elementos, no artigo 7 (1) (i), EC, que consoante o princípio da construção estrita dos Estatutos penais deve ter aplicação circunscrita ao tipo que menciona, seja entendida como que indicando um padrão a ser aplicado em todos os demais crimes previstos. Ainda com relação ao tema dos crimes continuados não de ser consideradas a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade (1968) e eventualmente, a Convenção Européia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade (1968), atentando para o artigo 2.<sup>824</sup>

---

<sup>823</sup> BOOT, 2002, p. 371 e 372. Para notas de rodapé, consultar: INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Elements of Crimes**. Disponível em: <[http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9CAEE830-38CF-41D6-AB0B-68E5F9082543/0/Element\\_of\\_Crimes\\_English.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9CAEE830-38CF-41D6-AB0B-68E5F9082543/0/Element_of_Crimes_English.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2009.

<sup>824</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, 26 November 1968**. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/435?OpenDocument>>. Acesso em: 09 set. 2009. INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to Crimes Against Humanity and War Crimes. Strasbourg, 25 January 1974**. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/455?OpenDocument>>. Acesso em: 09 set. 2009.

Com relação ao princípio da não-retroatividade *ratione personae*, questiona-se qual o termo de vigência do Estatuto para efeitos de previsibilidade e acessibilidade dos nacionais, em cumprimento ao princípio da legalidade: a data em que o Estado-parte se vinculou ao tratado internacionalmente, ou a data em que o Estatuto passou a fazer parte do direito nacional do Estado-parte. As situações são as mais diversas possíveis. O Estatuto de Roma não impõe a obrigação de os Estados-partes procederem à sua internalização, embora seja de grande conveniência.<sup>825</sup> Ressalte-se que cada Estado tem um sistema de internalização do direito internacional, variando desde os procedimentos mais simples, quando a ordem interna dispensa qualquer procedimento formal, até a exigência de que seja deflagrado novo procedimento legislativo interno.<sup>826</sup> O Estatuto entrou em vigência internacional em 01 de julho de 2002. Como exemplo, consideramos o Brasil que assinou o tratado em 07 de fevereiro de 2000 e depositou o instrumento de ratificação em 20 de junho de 2002.<sup>827</sup> Internamente o Estatuto foi promulgado pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. A data em que melhor se coaduna com o objetivo e a finalidade do princípio é a data efetiva que o nacional teve disponibilidade de acesso ao tratado em sua própria língua, isto é, a data em que o Estatuto passou a pertencer ao direito nacional.

Com relação à questão de sucessão de leis penais no tempo, o princípio da interpretação mais favorável ao réu aplica-se também no direito penal

---

<sup>825</sup> O exemplo alemão é interessantíssimo. Em 30 de junho de 2002, um dia antes da entrada em vigência do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, no plano internacional, entrou em vigência o Código Penal Internacional Alemão. (SILVA, P., 2004, p. 39).

<sup>826</sup> “Esta questão tem sua origem na polêmica entre os defensores do “dualismo” e do “monismo”. Segundo os “dualistas”, encabeçados por Triepel [...], na Alemanha e Anzilotti [...], na Itália e, no Brasil, Irineu Strenger [...], a ordem jurídica nacional e a internacional seriam independentes, quer quanto à sua origem, quer quanto às relações de que tratam; assim, descabido seria falar em conflito entre normas das dois sistemas: se não há pontos de contato, inexistente conflito. A tal entendimento contrapunham-se os “monistas”, os quais reconheciam a existência de um único sistema jurídico, dali se desdobrando entre aqueles que davam prevalência às normas do direito internacional e outros que viam maior importância no direito interno. Representam a corrente monista os integrantes da Escola de Viena, Kelsen [...] e Verdross, que receberam, no País, o apoio de Marotta Rangel, Haroldo Valladão, Oscar Tenório e Celso de Albuquerque Mello. Não obstante divergências teóricas iniciais, “monistas” e “dualistas” evoluíram para versões “moderadas”, sendo possível afirmar, com Rudolf Geiger [...], que hoje, suas divergências são, apenas, quanto aos princípios jusfilosóficos, não trazendo qualquer efeito quanto à solução de questões individuais.” (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação. Direito Tributário Atual*, nº 17. São Paulo: MP Editora, 2003, p. 30).

<sup>827</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Assembly of States Parties. States Parties. **Latin American and Caribbean States**. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/Menu/ASP/states+parties/Latin+American+and+Caribbean+States/Brazil.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2009.

internacional.<sup>828</sup> A regra da cláusula mais favorável apresenta-se sob duas modalidades: o *favor rei*, do artigo 22 (2) e a do artigo 24 (2), ambas do Estatuto. O último proíbe a aplicação retroativa de uma mudança no direito e o primeiro requer uma interpretação favorável das definições dos crimes incluídos no Estatuto, não apenas das ambigüidades dos elementos substanciais, mas também dos elementos jurisdicionais incluídos nos artigos 6 a 8.<sup>829</sup>

O artigo 24 (2) prevê a aplicação do direito mais favorável, caso haja modificação no direito aplicável anteriormente ao julgamento final. O Tribunal deve aplicar o direito mais favorável ao acusado, trata-se da retroatividade do direito penal benéfico.<sup>830</sup> Boot observa que o artigo 24 pode ser invocado em qualquer estágio do procedimento, observado o artigo 81 para casos em julgamento. O *favor rei* não aparece em todos instrumentos gerais de direitos humanos como um elemento do princípio da legalidade. Alguns instrumentos se referem à retroatividade benéfica porém limitada à imposição de uma *penalidade* mais leve após o cometimento do crime, não limitando a aplicação da cláusula, a casos em julgamento. A retroatividade benéfica do artigo 24 (2) parece referir-se a mudanças no Estatuto, bem como a mudanças nas Regras de Procedimento e Prova e não apenas a mudanças nas penalidades. No que se refere às penalidades, há dificuldade em estabelecer o que venha a ser uma mudança no direito. O artigo 77 fala de prisão por um número específico de anos e multa, de acordo com o critério estabelecido nas Regras de Procedimento e Prova. As regras 145 e 146 não especificam a quantidade de anos ou o valor das multas.<sup>831</sup>

Cassese demonstra que a *adaptação expansiva de alguns elementos normativos do crime* às novas condições sociais tem sido entendida como não-aplicação retroativa da norma penal. É próprio da natureza do direito penal internacional, composto largamente de normas costumeiras, que essas normas sejam descobertas ou determinadas mais precisamente pelos tribunais, mesmo na ausência da doutrina do *stare decisis*. Com base na jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, expõe-se que o princípio da não-retroatividade deve ser reconciliado com as características do direito penal internacional: a interpretação e elucidação de *normas* existentes sempre é possível, já a adaptação apenas seria

---

<sup>828</sup> CASSESE, 2003a, p. 156 e 157.

<sup>829</sup> BOOT, 2002, p. 388.

<sup>830</sup> CARVALHO, Américo. A. Taipa de. **Sucessão de Leis Penais**. Coimbra Editora, Limitada, 1990.

<sup>831</sup> BOOT, 2002, p. 373 e 374.

compatível com *princípios* de direito. Os tribunais não podem criar novos crimes com novos elementos normativos, podem apenas adaptar os dispositivos, em virtude de mudanças nas condições sociais em consonância ou conforme seja requerido pelos princípios gerais. A *expansão* que seja em detrimento do acusado, deve ter sido razoavelmente previsível, de acordo com os princípios gerais de direito penal.<sup>832</sup> Havendo uma razoável unanimidade de decisões, a jurisprudência melhor deve ser estendida aos casos anteriores. O princípio da *lex praevia* pode ser considerado com relação à evolução da interpretação jurisprudencial como expõe Schmidt :

[...] proibição da retroatividade prejudicial não vincula a jurisprudência, ou seja, se o Tribunal interpreta, em contradição com a jurisprudência anterior, uma norma de modo mais desfavorável para o réu, terá que ele de suportá-la, visto que a nova interpretação não é uma punição ou agravamento retroativo, mas sim a realização da vontade da lei, que já existia desde sempre, mas que, só agora, foi corretamente reconhecida.<sup>833</sup>

No *Caso Lubanga Dyilo* já comentado quanto à aplicação do padrão de direitos humanos internacionais, a defesa argüiu que o acusado não teria tido acessibilidade ao Estatuto porque a ratificação não teria chegado ao conhecimento dos habitantes de Ituri. O Tribunal não enfrentou diretamente a questão, declarando apenas que houve um *erro quanto ao direito em vigor*, destacando apenas que a República Democrática do Congo tinha ratificado o Estatuto alguns meses antes dos fatos, nas palavras da decisão:

295. The Defence maintains that Article 64 of the Fourth Geneva Convention must apply since the armed conflict was of an international character. This article states that “[t]he penal laws of the occupied territory shall remain in force”. According to the Defence, only legislation in force at the start of the occupation remains in force and any laws passed subsequently do not apply.

296. [...] The Defence notes that neither Uganda nor the DRC brought to the knowledge of the inhabitants of Ituri the fact that the Rome Statute had been ratified and that conscripting and enlisting child soldiers entailed individual criminal responsibility. [...]

301. The Chamber considers that the Defence is not relying on the principle of legality, but on the possibility of excluding criminal responsibility on account of a mistake of the law in force. [...]

303. According, there is no infringement of the principle of legality if the Chamber exercises its power to decide whether Thomas Lubanga Dyilo ought to be committed for trial on the basis of written (*lex scripta*) pre-existing criminal norms approved by the States Parties to the Rome Statute (*lex praevia*), defining prohibited conduct and setting out the related sentence

---

<sup>832</sup> CASSESE, 2003a, p. 149-152.

<sup>833</sup> SCHMIDT, 2001, p. 233 e 234.

(*lex certa*), which cannot be interpreted by analogy *in malam partem* (*lex stricta*). [...]

307. In reaching this finding, the Chamber notes, firstly, that the DRC ratified the Statute of the International Criminal Court on 11 April 2002, i.e. a few months before the period covered by the Prosecution charging document.<sup>834</sup>

#### 6.4.2 Princípio do *Nulla Poena Sine Lege*

Ambos faz um breve histórico, notando que no ICTY, ICTR e TPI há previsão de penas máximas. Igualmente a CDI não logrou prever penas precisas nos vários projetos de Códigos de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade e no Projeto de Estatuto para o TPI, embora reconhecesse a necessidade de existência dessas penas precisas. Durante o processo de negociação do TPI, o Comitê *ad hoc* e o Comitê de Preparação, assim, como na Conferência do Tratado de Roma, várias delegações advogaram uma maior precisão das penas com base no princípio da *nulla poena*, não se chegando a qualquer acordo. Uma proposta do México para uma disposição mais detalhada das penas não foi aceita. O que se conseguiu foi uma remissão à legislação e às práticas nacionais em matéria de determinação da pena através do artigo referente ao direito aplicável (artigo 21, Estatuto), através dos princípios gerais de direito derivados dos ordenamentos jurídicos nacionais. Uma remissão mais precisa como nos Estatutos do ICTY e ICTR, artigo 24 e 23 (1) respectivamente, foi eliminada por falta de consenso. Porém, o ICTY e o ICTR, em sua jurisprudência, deixaram de aplicar a regra por considerá-la não obrigatória e não vinculante. Quanto ao princípio da *nulla poena*, o Estatuto do TPI contém no artigo 23 que se complementa com o artigo 77, prevendo uma privação de liberdade por trinta anos, ou prisão perpétua, multa e confisco.<sup>835</sup>

As penalidades dos tribunais militares e dos tribunais *ad hoc* provocam críticas por não adimplirem os requisitos do princípio *nulla poena sine lege* e porque deixam aos Juízes uma ampla discricionariedade para fixar as penalidades impostas, no entender de Fife. As Cartas de Nuremberg e Tóquio previam a

---

<sup>834</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Dyilo**. Case nº ICC-01/04-01/06. Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.PDF>>. Acesso em: 08 set. 2009.

<sup>835</sup> AMBOS, 2008b, p. 45-53.

possibilidade de pena de morte, prisão perpétua ou outras penalidades determinadas pelos tribunais como justas, com a possibilidade adicional de decretar o perdimento de propriedades furtadas. O artigo 27 da Carta de Nuremberg estabelecia “the Tribunal shall have the right to impose upon a defendant, on conviction, death or such other punishment as shall be determined by it to be just”. Já os Estatutos dos tribunais *ad hoc* não prevêm uma discricionariedade tão ampla. A única pena aplicável é a de prisão, com a possibilidade adicional de se requerer a devolução de bens ou proveitos. Ambos os Estatutos não estabelecem o máximo de pena a ser fixado. As RPP especificam que a prisão perpétua pode ser aplicada. A ausência de previsão da pena de morte nos Estatutos dos tribunais *ad hoc* representa um desenvolvimento do direito internacional. Nos tribunais *ad hoc* é prevista a referência a um mecanismo geral e uniforme que os Juízes podem utilizar em suas sentenças: a referência à prática geral dos tribunais nacionais concernentes as sentenças de prisão por crimes internacionais, excluída a possibilidade de pena de morte. A solução é insatisfatória, na medida em que os tribunais internacionais se reportam a sistemas domésticos que não necessariamente contêm previsões específicas para os crimes internacionais. Não houve a inclusão da pena de morte no *Projeto de Estatuto*<sup>836</sup>, o artigo 47 (1) apenas previa a pena de prisão, com a possibilidade de prisão perpétua e multas. Em que pese tenha havido um razoável desenvolvimento, pode-se dizer que a imposição de penas ainda permite uma elevada discricionariedade aos Juízes.<sup>837</sup>

---

<sup>836</sup> Quanto às discussões preparatórias com base no Projeto de Estatuto da CDI no que se refere às penalidades, consultar: FIFE, 1999, p.325-327: “The debates showed important differences in national approaches but also a widespread belief that there was a need for more specificity in the penalties provisions than provided for in the ILC draft. The exclusion of the death penalty was supported by many delegations. Some delegations suggested provisions for such an exclusion while one delegation proposed that the death penalty be included in the list of possible penalties. [...] Discussions in the Preparatory Committee revealed a broad understanding that imprisonment should be the ordinary penalty to be applied by the Court. The possibility for a consensus seemed to emerge with regard to having a general provision on imprisonment for all crimes, instead of setting precise maximum penalties for specific crimes or categories of crimes. Although certain delegations would have preferred the latter approach, there was widespread recognition of the practical difficulties in attempting to agree on a differentiated set of rules for various crimes, in particular with regard to war crimes which may cover a very broad spectrum in terms of comparative gravity. Giving flexibility to the judges on this account was not found to be inconsistent with requirements of the principle of legality. This approach, which proved decisive for the structure of the provisions on applicable penalties, was confirmed at the Diplomatic Conference through an early acceptance of a proposal made by the coordinator to this effect.”

<sup>837</sup> MANTOVANI, Ferrando. The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer. **Journal of International Criminal Justice**, v. 1, afl. 1, 2003, p. 36-37. Ver também: FIFE, 1999, p. 323-325.

Na opinião de Cassese, no direito penal internacional, as escalas de penalidades não existem, gozando os tribunais internacionais de grande discricionariedade para fixar as penalidades. O Estatuto do ICTY no artigo 24 (1) estabelece que as penalidades serão limitadas à prisão, estando desCartada a pena de morte e dispõe que, ao determinar os termos de prisão, as Câmaras de Julgamento deverão recorrer à prática geral em sentenças nos tribunais da antiga Iugoslávia. O artigo 23, Estatuto do ICTR é idêntico, referindo-se a prática geral concernente às sentenças de prisão nos tribunais de Ruanda. Já o TPI, no artigo 23, estabelece que uma pessoa condenada será punida apenas de acordo com o Estatuto, conforme as previsões do artigo 77, prisão pelo máximo de 30 anos, admitindo a prisão perpétua, quando justificada pela extrema gravidade do crime e as circunstâncias individuais do condenado. A pena de morte está excluída. Não há, no entanto, uma escala de penalidades nem há referências diretas aos direitos nacionais.<sup>838</sup>

O artigo 77 estabelece as penas aplicáveis pelo Tribunal. Para FIFE, combinando-se o artigo 77 com o artigo 23, Estatuto (*nulla poena sine lege*), obtém-se que as penas previstas são exaustivas. O artigo 77 é construído com base na equidade, fixando um regime uniforme de penalidades para as pessoas julgadas pelo Tribunal, sem qualquer referência às práticas nacionais dos Estados, quer do estado de nacionalidade da pessoa condenada ou do Estado do *locus delicti*. As penalidades são formuladas de maneira geral para todos os crimes enumerados no artigo 5, sem especificações de diferentes penalidades para diferentes categorias de crimes, no entanto, o artigo 77 reflete o princípio geral do direito, reconhecido pela comunidade das nações, que penalidades mais severas devem ser impostas aos crimes mais graves. De fato, a primeira escolha que os Juízes devem fazer ao aplicar a pena é estabelecer entre a pena de prisão, com o máximo de 30 anos de duração, ou a pena de prisão perpétua. Para a imposição da pena de prisão perpétua, deve haver a incidência de dois requisitos: extrema gravidade do crime e

---

<sup>838</sup> CASSESE, 2003a, p.157 e 158: "It is common knowledge that in many States, particularly in those of civil law tradition, it is considered necessary to lay down in law a tariff relating to sentences for each crime, so as: (i) to ensure the uniform application of criminal law by all courts of the State, and (ii) to make the addressees cognizant of the possible punishment that may be meted out if they transgress a particular criminal provision. This principle is not applicable at the international level, where these tariffs do not exist. Indeed States have not yet agreed upon a scale of penalties, due to widely differing views about the gravity of the various crimes, the seriousness of guilt for each criminal offence, and the consequent harshness of punishment. It follows that courts enjoy much greater judicial discretion in punishing persons found guilty of international crimes.". Consultar também: ENDO, 2002, p. 216.

circunstâncias individuais da pessoa condenada. Um sistema de revisão obrigatória é estabelecido no artigo 110. Multas e desapropriação são impostas como penas adicionais. As RPP têm critérios para a imposição de multas. O artigo 80 estabelece que o sistema de penalidades da Parte 7 aplica-se tão somente ao Tribunal, não afetando os sistemas nacionais, bem como não influenciando as presentes e futuras limitações do direito internacional na aplicação de penalidades nos sistemas nacionais, em função de obrigações decorrentes dos tratados de direitos humanos. O artigo deslegitima outras formas de penas que não são estabelecidas no Estatuto. A inclusão de determinadas penalidades e a escolha do critério para sua imposição não afeta os sistemas de justiça nacionais que não tenham previsão de penalidades semelhantes, isto é particularmente importante porque o Estatuto inclui a prisão perpétua, que não é prevista em vários Estados-partes. O artigo 80 aplica-se ao artigo 110, bem como as demais penalidades adicionais.<sup>839</sup>

O Tribunal poderá efetuar detração do tempo de pena já cumprido pelo mesmo crime. Se houver condenação por mais de um crime, haverá uma sentença para cada crime e uma sentença de unificação que especifique o tempo total de prisão, que não poderá ser inferior às condenações individuais e não poderá exceder o tempo máximo de prisão de trinta anos; a sentença também poderá sofrer redução quanto à pena imposta (artigo 110 Estatuto).

A maior precisão das penas do ponto de vista político aumentaria a credibilidade e legitimidade da justiça penal internacional, em especial do TPI. Sob um ponto de vista prático, Ambos propõe o enfoque de direito nacional, recorrendo aos crimes internacionais previstos nas legislações internas como sendo a aproximação mais promissora para alcançar *standards* de determinação das penas. Ressalte-se que a referência aos direitos nacionais não surtiu o efeito desejado na prática dos tribunais *ad hoc*, conforme já discutido. O princípio pede o desenvolvimento de critérios de aplicação de pena, quer quanto à gravidade dos crimes, abstrata ou concreta e grau de participação dos acusados.<sup>840</sup>

---

<sup>839</sup> FIFE, 1999, p. 339-341.

<sup>840</sup> AMBOS, 2008b, p. 60-64: “3. En cuanto a las formas de participación, serían de aplicación las reglas habituales de la parte general o de la responsabilidad individual en el respectivo ordenamiento. De acuerdo con ello, debería existir una diferencia en la determinación de la pena entre los autores (autoría directa, coautoría o autoría por medio de instrumento), los inductores y los meros cooperadores y cómplices. Una distinción en este sentido puede alcanzarse con mayor facilidad si se sigue el llamado modelo de la diferenciación en la participación, que ya en el nivel de imputación distingue entre diferentes formas de intervención y asigna sobre esta base las diferentes penas a los diferentes partícipes. En otras palabras, a diferencia del modelo unitario, el modelo de la diferenciación no

Nas palavras de Lopes, a defesa social, os elementos valorativos do tipo, as cláusulas gerais, os tipos penais abertos ou flexíveis, as leis penais indeterminadas ou em branco, a incriminação dos desígnios subjetivos, o uso e abuso de elementos subjetivos do tipo, todos são inimigos naturais do princípio da legalidade. Recomenda-se que o grau de determinação não se refira apenas ao preceito primário, mas também à cominação da sanção, que deve ser, ao menos, determinável dentro de certas margens penais, abrangendo a pena aplicável, seus limites e regras de seu cumprimento.<sup>841</sup>

Ambos traça um panorama sobre a aplicação do princípio da *nulla poena sine lege*. Conclui que parece existir uma *opinio juris* emergente favorável a uma observação mais estrita do princípio *nulla poena*, e esta *opinio* não se vê acompanhada da prática estatal. A prática estatal indica que os Estados não se sentem obrigados a impor penas precisas para as infrações penais que estão dentro das jurisdições dos tribunais penais internacionais. Esta interpretação se confirma através dos instrumentos internacionais de direitos humanos que prevêm o atributo *lex praevia* do princípio *nulla poena* complementado pela regra da *lex mitior*. O artigo 23, Estatuto reafirma, juntamente com o princípio *nulla poena*, nos artigos 22 e 24, que o Tribunal não deve aplicar penas que não estejam previstas no Estatuto, contendo os componentes *lex praevia*, *lex scripta* e *lex scripta* do *nulla poena sine lege*. Da combinação do artigo 23 com o artigo 77 não resulta, na prática, na imposição de penas substancialmente mais precisas que as previstas nos Estatutos e regras dos ICTY e ICTR, embora possa considerar-se o Estatuto como uma melhora em termos de *lex certa*, tendo em conta o mecanismo de revisão das sentenças (artigo 110) e as regras, em caso de condenações múltiplas (artigo 78 (3)). O Estatuto não oferece um sistema diferenciado de penas em comparação com as jurisdições nacionais, pelo contrário, segue configurado com os mesmos caracteres de compromisso que informaram os Estatutos dos ICTY e ICTR: generalidade e ambigüidade. As penas máximas previstas no Estatuto são aplicáveis a todos os crimes, sem distingui-los em abstrato com base na injustiça e gravidade. O *padrão* gravidade somente aparece como um critério para distinguir entre a privação de liberdade temporária ou perpétua (artigo 77 (1) (a) e (b)) e referente à

---

<aplaza> la decisión sobre la naturaleza y el grado de participación a la fase de determinación de la pena (requiriendo en el momento de imputación sólo una contribución causal el hecho o resultado criminal).”

<sup>841</sup> LOPES, 1999, p. 86.

determinação concreta da pena (artigo 78 (1)). O critério é bastante ambíguo e confere ampla discricionariedade aos Juízes e somente sofre limitação pela exclusão da pena de morte e pela existência de uma pena máxima. Não há uma norma consuetudinária com relação ao componente *lex certa*, com sentido de penas precisas, do princípio *nulla poena*. Também não se pode inferir uma regra neste sentido do conteúdo do artigo 38 (1) (c), Estatuto CIJ, como se, de um princípio geral de direito se tratasse. Ainda que o direito comparado reconheça, além da característica de *lex praevia*, o elemento *lex certa* do *nulla poena*, não decorre automaticamente para os crimes internacionais. Ao se reduzir aos caracteres de acessibilidade e previsibilidade como fazem a Corte Européia de Direitos Humanos e as maiorias das jurisdições de *common law*, obtém-se certa flexibilidade, e não são necessários marcos penais precisos para crimes individuais. De fato, os sistemas penais diferem marcadamente em relação à precisão de suas penas: a maior parte das jurisdições de *civil law* prevê intervalos de penas amplos, enquanto os sistemas de *common law* optam por penas máximas (infrações de lei) ou não prevêm nenhuma pena (infrações de *common law*). Em segundo lugar, ainda que estejam estabelecidas penas precisas na maioria dos sistemas de justiça penal, uma questão distinta seria se esta norma nacional se aplicaria também aos crimes internacionais. O único pronunciamento judicial supranacional neste sentido vem da CoEDH e apenas requer *acessibilidade* e *previsibilidade*, tanto para o princípio do *nullum crimen* como para *nulla poena*.<sup>842</sup>

Wise questiona se o Estatuto estabelece definitiva e precisamente o princípio da legalidade apontando vários fatores de instabilidade do princípio. Na conferência de Roma, os EUA tomaram a posição que o Estatuto não definia com suficiente precisão e especificidade, para satisfazer o princípio da legalidade, artigo 22, Estatuto. Os Elementos dos Crimes, instrumento destinado a assistir o Tribunal na interpretação e aplicação dos artigos 6, 7, 8, endossam a visão de que o Estatuto não definiu os crimes com precisão suficiente para satisfazer o princípio da legalidade. Em segundo lugar, em nenhum lugar do Estatuto encontram-se penalidades específicas estipuladas para determinado crime, em conformidade com a interpretação que o princípio *nulla poena sine lege* geralmente requer. Apesar da redação dos artigos 77 e 78, Estatuto, deixa-se inteiramente para o Tribunal

---

<sup>842</sup> AMBOS, 2008b, p. 45-53.

determinar o tipo e a quantidade de punição apropriados. Não há escalas de gravidade entre os crimes, em contradição com a idéia por detrás do princípio que requer que penalidades impostas para o crime devam, mais ou menos, estar definidas. Ainda que se considerem os crimes puníveis no Estatuto como extremamente sérios e sujeitos às mais rigorosas penas previstas pelo direito, não se justifica a discricionariedade sem critérios estabelecidos. Em terceiro lugar, quanto à proibição de legislação *ex post facto*, surge uma primeira incerteza quanto a este marco temporal, a partir do qual o Estatuto passa a vincular, tendo em vista o previsto nos artigos 11, 24 e 12, parágrafo 3, de maneira que o Estatuto não produz efeitos sobre todas as pessoas a partir de uma mesma data.<sup>843</sup>

Mostra-se necessária uma construção doutrinária sólida dentro do direito internacional para nortear o desenvolvimento dos desdobramentos do princípio da legalidade, adaptado às peculiaridades do ordenamento internacional cujos pressupostos diferem em muito dos pressupostos do direito interno.

### 6.4.3 Descumprimento do Princípio

O Tribunal Penal Internacional (TPI) é constituído por uma instituição permanente (artigo 1, Estatuto de Roma), com personalidade jurídica internacional dotado de capacidade jurídica necessária e poderes para o desempenho de suas funções e propósitos (artigo 4 (1) (2), Estatuto Roma), constituindo-se em uma organização internacional de natureza judicial.<sup>844</sup>

---

<sup>843</sup> WISE, 2000, p. 275-277.

<sup>844</sup> DIEZ DE VELASCO, 2003, p. 413-415: "Surge de este modo una nueva Organización internacional que presenta rasgos especialísimos en su estructura y funcionamiento que se derivan de la función asignada al nuevo ente, que no es otra que enjuiciar o "ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional" (art. 1). Se trata, pues, de la primera Organización Internacional de naturaleza eminentemente judicial. Sin embargo, la creación de la Corte tiene un significado de mayor calado que el de la simple constitución de una O.I., ya que representa la incorporación de la dimensión penal en el ámbito de la responsabilidad internacional y, sobre todo, el recurso a la fórmula de una jurisdicción internacional autónoma para proteger valores esenciales del Derecho y la Comunidad Internacionales. [...] Las razones para ello son múltiples y completas, bastando con señalar en esta sede que con la creación de una O.I. autónoma se pretende diferenciar nítidamente a la nueva jurisdicción de los precedentes Tribunales Internacionales ad hoc creados por el Consejo de Seguridad, reforzando así tanto su permanencia como su independencia respecto de un órgano esencialmente político. A lo que se añade, por otro

Muito resumidamente, no pensamento de Diez de Velasco, a personalidade jurídica internacional está relacionada ao direito a participar nos procedimentos de solução de controvérsias internacionais. Esta faculdade das organizações para intervir nos procedimentos de solução internacionais aparece claramente reconhecida em textos convencionais multilaterais gerais como a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, artigos 65, 66 e anexo entre outros. A personalidade jurídica internacional está relacionada à imputação de responsabilidade internacional. As organizações internacionais têm a aptidão geral para participar ativa e passivamente nas relações jurídicas de responsabilidade internacional que surgem da inobservância injustificada de uma obrigação internacional de origem consuetudinária ou convencional para a qual a doutrina se inclina, majoritariamente em favor do reconhecimento às organizações internacionais, de capacidade para serem sujeitos ativos ou passivos de relação jurídica de responsabilidade bem como da aplicação a elas, *mutatis mutandis*, das normas internacionais que regulam a responsabilidade internacional dos Estados. A responsabilidade das organizações internacionais não exclui a responsabilidade dos Estados-partes que podem responder solidária ou subsidiariamente.<sup>845</sup>

Estando bem caracterizada a personalidade jurídica internacional do Tribunal penal Internacional, este se torna apto a participar de relações de responsabilidade internacional. O artigo 119, Estatuto, prevê que, nas disputas envolvendo decisões judiciais, estas deverão ser resolvidas perante o Tribunal, no entanto, havendo disputa entre Estados sobre a aplicação e interpretação do Estatuto poderão ser referidas à Assembléia de Estados-partes e posteriormente à Corte Internacional de Justiça.

Os mais importantes instrumentos internacionais com respeito às pessoas que são erroneamente processadas ou condenadas são o artigo 14(6) e o artigo 9(5) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. O direito também está previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, Protocolo 7, artigo 3 e na Convenção Americana, no artigo 10. O fundamento jurídico internacional para o direito à compensação decorre dos instrumentos internacionais de direitos humanos, os quais

---

lado, la voluntad de reforzar el papel que corresponde a la nueva C.P.I., lo que – sin duda – se logra de una manera especialmente adecuada mediante la creación de una nueva O.I. con personalidad jurídica propia.”

<sup>845</sup> DIEZ DE VELASCO, 2003, p. 78-81.

servem de fundamento não apenas para os tribunais internacionais penais *ad hoc*, como também para o Tribunal Penal Internacional, que está submetido aos instrumentos internacionais de direitos humanos, conforme já se argumentou.<sup>846</sup>

Diferentemente dos tribunais *ad hoc*, o Estatuto de Roma tem vários artigos relacionados com o direito à compensação de pessoas erroneamente presas ou condenadas como também à compensação de vítimas. O pedido de compensação está previsto dentro do Estatuto do Tribunal e deverá ser formulado perante o próprio Tribunal. Destacam-se alguns artigos cuja infringência poderia fundamentar a compensação: os direitos de pessoas submetidas à investigação pelo Tribunal encontram-se previstos no artigo 55 e os direitos de pessoas acusadas encontram-se no artigo 67. O artigo 85 prevê expressamente a compensação de pessoas presas ou julgadas erroneamente. Todo o arcabouço de legalidade já estudado, acaso infringido poderia, em combinação com os artigos citados, dar origem à responsabilidade do Tribunal em prestar a respectiva compensação. O procedimento e detalhes dos pedidos de compensação encontram-se dentro das regras 173 a 175, RPP. Alguns Estados podem não concordar com aplicação e interpretação do Estatuto, caso em que se aplica o artigo 119.

O argumento de que as vítimas não teriam acesso ao ressarcimento de danos na via internacional para impedir o ressarcimento de pessoas erroneamente presas ou julgadas, nos casos dos tribunais *ad hoc*, não se aplica ao Tribunal Penal Internacional, porquanto há previsão expressa no Estatuto neste sentido, somada ao fato de que o direito à compensação tornou-se norma costumeira internacional.<sup>847</sup> A compensação de vítimas e o respectivo fundo estão previstos nos artigos 75 e 79 e ocorre dentro da jurisdição do Tribunal. De acordo com a regra 98, RPP, as pretensões de compensação individuais são dirigidas diretamente contra a pessoa

---

<sup>846</sup> BERESFORD, 2002, p. 629-644.

<sup>847</sup> BERESFORD, 2002, p. 629-644: “The increasing recognition that the right of wrongly convicted persons to receive compensation has become a general norm of international law was most recently demonstrated when the delegates at the Rome Conference on the Establishment of the International Criminal Court (ICC) included a provision to this effect in Article 85 of the Court’s Statute, which was adopted on July 17, 1998. [88] Paragraph 2 of this article—incorporating the wording of Article 14(6) of the ICCPR—stipulates that. Compensation will be awarded for a miscarriage of justice when the conviction was reversed on the ground of a new or newly discovered fact whose nondisclosure in time is not wholly or partly attributable to the convicted person.[89] This article—adopting verbatim the wording of Article 9(5) of the ICCFR—also provides that “[a]nyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation.”[90] Furthermore, reflecting the growing consensus that the wrongly prosecuted also deserve compensation, the article provides that, in exceptional circumstances, compensation may be granted to a person released from detention following a decision of acquittal or a termination of the proceedings where the court finds conclusive facts showing there has been a grave and manifest miscarriage of justice. [91]”

condenada, ou através do fundo, na impossibilidade ou impraticabilidade de serem feitas compensações individuais. A regra 97, RPP permite a compensação coletiva ou individual.<sup>848</sup> É discutível, no entanto, se a responsabilização, no caso de reparação de vítimas, possa também recair sobre os Estados, porquanto não houve qualquer acordo neste sentido nas negociações da conferência.<sup>849</sup> Nada impede que o Tribunal internacional faça recomendações aos Estados-partes neste sentido. Os precedentes dos tribunais internacionais abrem espaço para a possibilidade da *construção jurisprudencial do direito internacional*<sup>850</sup> e de um sistema de justiça penal mais efetivo e justo.<sup>851</sup>

---

<sup>848</sup> KITTICHAISAREE, 2002, p. 323 e 324.

<sup>849</sup> MUTTUKUMARU, Christian P.J.. Reparation for Victims. In: **The International Criminal Court: the making of the Rome statute Issues, negotiations, results.** Edited by Roy S. Lee, in cooperation with The project on International Courts and Tribunals. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 262-270, p.267-269: "The issue of State responsibility for reparations was very difficult to resolve at the negotiations on Article 75. But it became obvious that a significant number of delegations were not prepared to accept the notion of State responsibility to, or in respect of, victims. [...] The most cogent argument in opposition to State responsibility for reparations was that the Court was intended to be a court dealing with individual criminal responsibility. If awards of reparations could be made against States, the principle of individual responsibility would have become meaningless. The provisions on jurisdiction and admissibility in Part 2 of the Statute would have required substantial reconsideration. Judging by the tenor of the debates, the likelihood is that a significant number of delegations would have opposed Article 75 in its entirety, had it included provisions on State responsibility for reparations. [...] In the end, the simplified text submitted by the French and the United Kingdom delegations for the Rome Conference contained no reference to State responsibility either by virtue of binding orders or recommendations directed to States."

<sup>850</sup> SHAHABUDDEN, 2004.

<sup>851</sup> BERESFORD, 2002, p. 629-644.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da legalidade consiste em um dos vários princípios penais que precisam estar presentes, necessária e concomitantemente, para garantir com efetividade o *devido processo penal*, pelas seguintes razões: o princípio pode estar apenas formalmente previsto, tratando-se de uma mera encenação de legalidade, ou porque o conceito que se lhe atribui não traz garantias efetivas ao acusado, ou ainda, quando está previsto formal e materialmente, o procedimento penal ou as regras de prova prevêm válvulas de escape na persecução penal, que permitem a aplicação arbitrária do poder ou a condução política dos julgamentos. O conteúdo substancial do princípio da legalidade só se consolidará mediante o atendimento de diversas garantias penais formais e materiais, depende da concomitância destas várias garantias sob pena de tornar-se ilusório.

Os tribunais internacionais devem ser constituídos regularmente dentro do sistema de direito internacional. Costumeiramente constituem-se tribunais através de tratados internacionais, tendo como modelo a Corte Internacional de Justiça. Não há proibições para a constituição de tribunais *ad hoc*, porém, tribunais permanentes, em tese, têm maior isenção e imparcialidade quanto aos fatos a serem julgados. Houve certamente uma evolução institucional na constituição dos tribunais penais internacionais. A constituição por tratado internacional, por si só, não garante a legalidade e legitimidade do Tribunal, como se pode exemplificar com o Tribunal de Nuremberg. Nos tribunais militares, houve o exercício da justiça dos vitoriosos, nos tribunais *ad hoc* avançou-se institucionalmente, na medida em que criados sob os auspícios das Nações Unidas com ampla representatividade da comunidade internacional: são tribunais mais imparciais. Apenas com o TPI o sistema de justiça penal internacional logrou a constituição de um Tribunal de acordo com o direito internacional costumeiro, com todo o rigor.

A missão dos tribunais militares era estabelecer a condenação e prevenir atrocidades; nos tribunais *ad hoc* a missão é combater a impunidade, levar os responsáveis à justiça e restabelecer a paz e, no TPI, embora considerado como um Tribunal de defesa dos direitos humanos, há também a missão de combater a impunidade dos crimes internacionais. Todos os tribunais podem ser caracterizados como tribunais *pro societate*. Esta característica transparece principalmente no

mecanismo de *ponderação de valores* realizado entre os direitos do acusado e o princípio de humanidade em favor das vítimas das atrocidades. Em Nuremberg e Tóquio, o princípio da legalidade foi afastado e a aplicação de *ex post facto law*, foi admitida como medida de justiça. Nos tribunais *ad hoc* há exemplos de ponderação de valores para que a justiça seja feita no caso concreto. No TPI, em uma das recentes decisões, admitiu-se que certos direitos humanos do acusado poderiam ser sacrificados, tendo em vista a finalidade e missão do Tribunal, com base na ponderação de valores para dar conta da impunidade e no interesse da justiça. No entanto, o poder dos tribunais no exercício da jurisdição tem apresentado decréscimo: nos tribunais militares, o poder era arbitrário, ilimitado, sujeito a normas extremamente flexíveis, nos tribunais *ad hoc*, o poder é amplo, porém não chega a ser arbitrário e, no TPI, o poder é institucionalizado minuciosamente. Em todos os tribunais há a possibilidade do exercício de poderes implícitos, bem como exemplos do exercício destes poderes na prática.

Os princípios penais tiveram sua origem histórica e fundamentação filosófica nos sistemas nacionais onde receberam amplo estudo doutrinário e tiveram suas características básicas e essenciais conceituadas. Os princípios surgiram nos sistemas de *common* e *civil law* de forma diferente e são aplicados e interpretados diversamente, porém com o mesmo objetivo e finalidade de evitarem a imposição arbitrária do poder. Os princípios penais foram gradualmente sendo transpostos para o direito internacional, na medida em que representassem princípios gerais de direito aplicáveis nos maiores sistemas jurídicos do mundo, no entanto, não se pode simplesmente transpor modelos nacionais. Porém, os princípios penais penetraram definitivamente o direito penal internacional, através da internacionalização do direito humanitário internacional e dos direitos humanos, transformando-se em princípios gerais de direito internacional, derivados das fontes próprias do direito internacional, costumeiras ou convencionais e passando a ser regidos por outra lógica jurídica, a lógica própria do direito internacional público. Em geral nos sistemas penais nacionais, o princípio da legalidade e demais princípios penais correlatos representam garantias constitucionais ou legais contra a intervenção arbitrária do Estado. No direito internacional, os princípios penais, inclusive o princípio da legalidade, são direitos humanos fundamentais previstos em diversos instrumentos internacionais, tratados e convenções.

Os princípios no direito internacional tornaram-se independentes de sua origem e adquiriram identidade própria. O papel do princípio da legalidade nos direitos internos e no direito internacional difere. Nos direitos internos, representa garantia contra a aplicação arbitrária do poder pelo Estado. No direito internacional, ao lado desta característica de garantia do princípio, há a necessidade de que as atrocidades internacionais não permaneçam impunes, o que confere aos tribunais penais internacionais nítida característica *pro societate*, oferecendo ao princípio contornos diferentes daqueles previstos nos direitos nacionais. No direito internacional, nem todos os princípios penais gozam do mesmo *status* jurídico: alguns princípios penais pertencem ao *jus cogens*, outros são considerados como pertencentes ao direito costumeiro e nem todas as dimensões doutrinárias dos princípios foram recepcionadas ou transpostas para o direito internacional, mesmo porque nem todas estão previstas nos direitos humanos, no direito humanitário, ou na maioria dos sistemas jurídicos do mundo.

O princípio da legalidade, no plano internacional, é um princípio da legalidade ampliado, isto é, “não há tipificação sem direito internacional costumeiro ou sem princípio geral de direito internacional ou de princípio comum às nações civilizadas”.<sup>852</sup> Com relação ao princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*) somente foi previsto nas suas várias dimensões no Tratado de Roma, ao passo que o princípio da *nulla poena sine lege* ainda não apresenta tanta exatidão como nos direitos nacionais, nem mesmo nos tratados de direitos humanos isto ocorre. Com relação ao princípio do *nulla poena sine lege*, a jurisprudência segue um enfoque prescindindo da exigência de penas precisas e aceitando a mera indicação de criminalidade como suficiente, reduzindo-o a um recurso geral às penas mais graves ou severas.

O princípio da legalidade no âmbito internacional está sujeito a fatores de instabilidade que não existem nos direitos locais: a pluralidade de fontes normativas, a ausência de hierarquia clara entre as diversas fontes, o diferente valor de vinculatividade ou cogência das normas internacionais, problemas complexos de direito intertemporal, vigência e validade de normas, problemas de determinação do âmbito espacial e pessoal de aplicação das normas, normas redigidas em várias línguas diferentes, com diferentes conotações semânticas, os crimes internacionais

---

<sup>852</sup> CASSESE, Antonio. **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. Org. Antonio Cassese, Mirelle Delmas Marty. Tradução de Silvio Antunha. Barueri, SP: Manole, 2004.(b), p. 76.

apresentam lesividade enorme, havendo atrocidades de difícil imaginação e previsão anteriores, etc.

Os tribunais internacionais geralmente dispõem de poderes legislativos, como nos tribunais militares e *ad hoc* para redigir regras de procedimento e prova, o que não mais ocorre no TPI, cujo corpo de regras tem o *status* de tratado internacional. Não se atribui obrigatoriedade aos precedentes jurisprudenciais, porém há uma enorme influência dos tribunais internacionais entre si, inclusive dos tribunais de direitos humanos. As garantias do acusado estão consolidadas em normas de *jus cogens*, sobre as quais existem controvérsias infundáveis. Há um cenário de insegurança e incerteza.

Existe um núcleo essencial imutável dentro do direito internacional: o direito humanitário, as normas de *jus cogens* e o direito de intervenção humanitária, cujo desrespeito coloca a soberania dos Estados infratores em segundo plano. Quanto ao nascimento do *ius puniendi* internacional, admite-se a responsabilização penal internacional com base no direito costumeiro, desde que os crimes estejam previstos na jurisdição dos tribunais, conforme seus instrumentos constitutivos, exceção feita ao TPI. As fontes normativas mais relevantes para aferir a responsabilidade penal internacional são as normas de *jus cogens*, convenções de ratificação praticamente universal, direito costumeiro, sem sombra de dúvida, e princípios gerais, conforme previstos no PIDCP e na CEDH. A tipificação dos crimes internacionais ocorre geralmente através de tratados internacionais, porém a maioria dos tratados faz parte das normas internacionais costumeiras. O direito costumeiro não pode ser desprezado dentro do direito penal internacional, onde várias normas escritas não passam apenas de direito costumeiro consolidado.

No TPI, embora o costume não possa mais consistir em base para incriminação, pois a base está centrada no Estatuto, o costume continuará a ter influência sobre a tipicidade da conduta porque interferirá na interpretação e elucidação de vários dos elementos dos crimes previstos sob sua jurisdição, na interpretação de termos genéricos e ambíguos, nos tipos abertos e no suprimento de lacunas. A fundamentação da responsabilidade penal individual, no entanto, apresentou uma evolução considerável, as normas estão sofrendo um processo de codificação: nos tribunais militares assentava-se a responsabilidade genericamente sobre o direito costumeiro e sobre a Carta; nos tribunais *ad hoc*, a responsabilidade está prevista no direito que, sem sombra de dúvida, pertença ao direito costumeiro,

dentro da jurisdição do Tribunal conforme o Estatuto, enumerando-se algumas convenções, e no TPI, no Estatuto, elementos dos crimes e direito aplicável, se for o caso, para auxiliar na interpretação.

Os valores que atualmente informam o direito internacional estão contidos nas normas de direito humanitário e de direitos humanos, dentre as quais há algumas consideradas como pertencentes ao *jus cogens*. O sistema se orienta pelo respeito à dignidade humana e respeito aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Os valores fundamentais do direito humanitário concorrem para a tipificação dos crimes internacionais, enquanto os valores previstos nos instrumentos internacionais de direitos humanos garantem a legitimidade do processo penal internacional. É possível afirmar-se que o direito penal internacional está passando gradualmente de um sistema de aplicação da justiça substantiva para um sistema de estrita legalidade, com moderação, pela previsão do princípio da legalidade em inúmeros instrumentos de direitos humanos, pela criminalização internacional de várias condutas através de tratados. Com relação aos princípios penais, também se observa uma evolução no sentido de serem previstos em maior número e com mais profundidade e detalhe, desde Nuremberg até o TPI.

Os tribunais penais internacionais precisam estar contextualizados historicamente para serem admitidos ou não, como tribunais regulares ou tribunais de exceção. É o contexto histórico e os valores subjacentes da época, bem como o grau de desenvolvimento do direito internacional que, em conjunto, vão determinar as limitações à jurisdição penal internacional e se o Tribunal foi constituído legitimamente. Em Nuremberg, não era condenável a aplicação de *ex post facto law*, de acordo com o grau de desenvolvimento do direito internacional público na época e olhando o julgamento com os *olhos e com os valores da época*. Os tribunais *ad hoc*, em algumas hipóteses aplicaram *ex post facto law*. A jurisdição material do ICTR não está totalmente embasada no direito penal costumeiro, portanto, o seu Estatuto inovou a ordem jurídica internacional. A mesma situação é inadmissível perante o TPI. O princípio da legalidade tem como objetivo a fixação de *contexto jurídico*, a norma penal e sua aplicação a um fato segundo os valores *legítimos* da época.

O conceito do princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*) apresentou mudanças: em Nuremberg e Tóquio foi entendido como uma máxima de justiça que não limitava a soberania dos Estados no direito internacional, sendo, portanto, inaplicável;

nos tribunais *ad hoc*, o respeito ao princípio está vinculado à aplicação do direito pertencente, sem sombra de dúvida, ao direito costumeiro internacional, e no TPI, está previsto em todas as suas dimensões, inclusive como direito do acusado.

Os limites do direito de punir a nível internacional, bem como as garantias do acusado e das vítimas também se encontram previstas em instrumentos internacionais. O desrespeito ao princípio da legalidade poderá gerar responsabilização internacional para as Nações Unidas, para o TPI e também perante os Estados-partes. A compensação por *error* também sofreu alteração significativa: era inexistente nos tribunais militares, nem para vítimas, nem para réus condenados injustamente; nos tribunais *ad hoc*, as vítimas têm direito à compensação perante os tribunais nacionais e não há para os acusados, compensação por *error*; no TPI há previsão expressa de compensação de vítimas e de acusados por *error*.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional é um instrumento com aceitação praticamente universal, transformando seus instrumentos constitutivos praticamente em direito costumeiro. No entanto, o consentimento dos Estados é fator decisivo para o bom funcionamento do Tribunal que, na ausência de cooperação poderá estagnar ou declinar. Haverá a constante batalha entre direito e política. No direito penal internacional tem prevalecido o caráter político dos julgamentos. Existe quase um reconhecimento universal de que, se necessário for, para fazer justiça no caso concreto, justifica-se algum sacrifício dos direitos do acusado. Existe uma tensão entre os princípios penais do devido processo legal e os objetivos humanitários de proteção às vítimas.

A discussão é atual e está estampada na prática dos tribunais. No ICTY, ilustramos a posição diferenciada dos Juízes. Os Juízes Macdonald e Vohrah exprimem que: “[...] There is no avoiding the essential relationship between law and politics.”<sup>853</sup>. O Juiz Cassese faz considerações sobre o respeito da norma costumeira internacional do *nullum crimen sine lege*:

This International Tribunal is called upon to apply international law, in particular our Statute and principles and rules of international humanitarian law and international criminal law. Our International Tribunal is a court of law; it is bound only by international law. It should therefore refrain from engaging in meta-legal analyses. [...] a policy-oriented approach in the area

---

<sup>853</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Erdemovic**. Judgement, Joint Separate Opinion of Judge Macdonald and Judge Vohrah, 7 October 1997. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2009.

of criminal law runs contrary to the fundamental customary principle *nullum crimen sine lege*. [...] <sup>854</sup>

No TPI, há uma decisão na qual a Câmara claramente admite que deve contrabalançar valores entre os direitos do acusado e a necessidade de resposta de justiça à vítima e à comunidade internacional, nas palavras da decisão:

86. [...] The Chamber recalls that in the fight against impunity, it must ensure an appropriate balance between the rights of the accused and the need to respond to victim's and the international community's expectations. [...]

89. Accordingly, the Chamber endorses the human rights and ICTY jurisprudence which focuses on the balance to be achieved between the seriousness of the violation and the fairness of the trial as a whole. <sup>855</sup>

O Juiz no direito penal internacional assume um papel construtor: “A maioria dos institutos penais inclusive, não se deve à legislação, mas às construções pretorianas. A formulação dos conceitos de dolo e culpa, por exemplo, surgem através da atividade interpretativa dos julgadores, não das leis.” <sup>856</sup> O papel construtivo dos Juízes somente poderá ser desempenhado através de instituições internacionais pelo desenvolvimento do direito. Os Juízes farão do Tribunal Penal Internacional um instrumento de justiça penal. Nas palavras do Juiz Pal, na sua opinião dissidente:

[...] Yet the international relation has reached a stage where even a judge cannot remain silent though the task that is given him is only one of formulation, classification and interpretation. I believe with Professor Luterpacht that it is high time that international law should recognise the individual as its ultimate subject and maintenance of his right as its ultimate end. “The individual human being – his welfare and the freedom of his personality in its manifold manifestations – is the ultimate subject of all law. A law of nations effectively realizing that purpose would acquire a substance and a dignity which would go far toward assuring its ascendancy as an instrument of peace and progress.”

This certainly is to be done by a method very different from that of trial of war criminals from amongst the vanquished nations. No international organisation of the kind recommended by Dr. Lauterpacht would not permit a dominating foreign power to claim its dealings with the dominated nation as its “domestic affairs” outside the jurisdiction of the organization. <sup>857</sup>

<sup>854</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Prosecutor v. Erdemovic.** Judgement, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, 7 October 1997. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-adojcas971007e.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2009.

<sup>855</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Dyilo.** Case nº ICC-01/04-01/06. Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.PDF>>. Acesso em: 08 set. 2009.

<sup>856</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 8ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 21.

<sup>857</sup> BOISTER, 2008, p. 870 e 871.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. **Manual de Direito Internacional Público**. 15. ed. rev. e atual. por Paulo Borba Casella. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGO, Roberto. Droit des traits a la lumière de la convention de Vienne. In: **Recueil des Cours**, 1971 III, collected courses of the Hague Academy of International Law. A.W. Sijthoff, Leyde, 1972, p. 299-331. (Tome 134 de la collection)

AKEHURST, Michael. The Hierarchy of the Sources of International Law. **The British Year Book of International Law**, 1974-1975, forty-seventh year of issue. Oxford at the Clarendon press, 1977, p. 273-285.

ALCOCK, Antony. **A Short History of Europe**: from the greeks and romans to the present day. Foreword by J.E. Spence, revised and updated edition. UK: Palgrave Macmillan, 2002.

ALDRICH, George H.. Violations of the laws or customs of war In: **Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law**: the experience of international and national courts. Ed. by Gabrielle Kirk McDonald and Olivia Swaak Goldman, 2000. v.1.

ALEXIDZE, Levan. Legal Nature of *Jus Cogens* in Contemporary International Law In: **Recueil des Cours**, collected courses of the Hague Academy of International Law. 1981, p. 219-270. (Tome 172 de la collection)

ALVAREZ, José E.. **International Organization as Law Makers**. New York: Oxford University Press, 2005.

AMBOS, Kai. **A Parte Geral do Direito Penal Internacional**: bases para uma elaboração dogmática. Tradução Carlos Eduardo Adriano Japiassú, Daniel Andrés Raizman, revisão Pablo Alflen, Fábio D'Avila, atualização Kai Ambos, Miguel Lamadrid. Ed. brasileira reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (a)

AMBOS, Kai. **La Parte General del Derecho Penal Internacional**: bases para una elaboración dogmática. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. (a)

AMBOS, Kai. **Princípios e Imputación en el Derecho Penal Internacional**. Barcelona: Atelier Libros Juridicos, 2008. (b)

AMBOS, Kai. **Temas Actuales del Derecho Penal Internacional**: contribuciones de América Latina, Alemania y Espana. Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jan Woischnik. Uruguay: Mastergraf, 2005. (b)

AMERASINGHE, C.F.. International Legal Personality Revisited In: **Österreichische zeitschrift für öffentliches recht und völkerrecht**, vol. 47, afl. 2 3, 1995, p. 123-145.

AMR, Mohamed Sameh M.. **The Role of the International Court of Justice as the Principal Judicial Organ of the United Nations**: legal aspects of international organization. The Hague: Kluwer Law International, 2003. v. 40.

ARANGIO RUIZ, Gaetano. The ICJ statute, the charter and forms of legality review of Security Council decisions In: **Man's Inhumanity to Man**: essays in international law in honour of Antonio Cassese. Edited by Lal Chand Vohrah, Fausto Pocar, Yvone Featherstone, Olivier Fourmy, Christine Graham, John Hocking and Nicholas Robson. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

ARANGIO-RUIZ, Gaetano. The Establishment of the International Criminal Tribunal for the former territory of Yugoslavia and the Doctrine of Implied Powers of the United Nations. In: **Dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc a una Corte Permanente**: atti del Convegno, Roma 15-16 dicembre 1995 / 1996. A cura di Flavia Lattanzi ed Elena Sciso. Napoli: Editoriale Scientifica, 1996.

ARCHBOLD, John Frederick. **Archbold: international criminal courts**, practice, procedure and evidence. Contributors Rodney Dixon, Karim, A.A. Kahn, Richard LL.B. May. London: Sweet & Maxwell, 2003.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel. PELLET, Alain (dir.). **Droit International Pénal**. Paris: A. Pedone, 2000.

BANTEKAS, Ilias. **International Criminal Law**. Ilias Bantekas & Susan Nash. Second edition. London: Cavendish publishing, 2003.

BARBIER, Sandrine. Les commissions d'enquête et d'établissement des faits In: **Droit International Penal**. Paris: A. Pedone, 2000.

BARKER, J. Craig; GRANT, John P. **International Criminal Law Deskbook**. Cavendish Publishing, 2006.

BARTSCH, Hans-Jürgen. "Ne bis in idem": the European Perspective. **Revue Internationale de Droit Pénal**, vol. 73, afl. 3-4, 2002, p. 1163-1171.

BARZOTTO, Luís Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

BASSIOUNI, M. Cherif. **The Statute of the International Criminal Court**: a documentary history. Compiled by M. Cherif Bassiouni. Transnational Publishers, 1998.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Diritto Penale degli Stati Uniti D'America** (substantive criminal law). Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1985.

BASSIOUNI, M. Cherif. **International Criminal Law Crimes**. 2nd ed. Transnational, 1999. v.1. (a)

BASSIOUNI, M. Cherif. **International Criminal Law Conventions and their Penal Provisions**. Transnational, 1997.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Transnational Publishers, 2003.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Le Fonti e il Contenuto del Diritto Penale Internazionale: un quadro teorico**. Milano: Giuffrè Editore, 1999. (b)

BASSIOUNI, M. Cherif. **The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**. M. Cherif Bassiouni, with the collaboration of Peter Manikas. Transnational Publishers, 1996.

BASSIOUNI, M. Cherif. **The Legislative History of the International Criminal Court: introduction, analysis and integrated text**. Transnational Publishers, 2005. 3v.

BASSIOUNI, M. Cherif. The Nuremberg Legacy: Historical Assessment fifty years later. In: **War Crimes: the legacy of Nuremberg**. Belinda Cooper editor. New York: TV Books, 1999, p. 291-310. (c)

BASSIOUNI, M. Cherif. **The Protection of Human Rights in the Administration of Criminal Justice: a compendium of United Nations norms and standards**. Transnational Publishers, 1994.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus editora, 1983.

BEIGBEDER, Yves. **Judging War Criminals: the politics of international justice**. Foreword by Theo van Boven. London: MacMillan Press, 1999.

BERESFORD, Stuart. Redressing the wrongs of the international justice system: compensation for persons erroneously detained, prosecuted, or convicted by the *ad hoc* Tribunals. **American Journal of International Law**, vol. 96, afl. 3, 2002, p. 628-646.

BETTIOL, Giuseppe. **O Problema Penal**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

BEYERLY, Elisabeth. **Public International Law: a guide to information sources** Mansell Publishing Limited, 1991.

BHATTACHARYA, Rupa. Establishing a rule-of-law international criminal justice system. **Texas International Law Journal**, v. 31, afl. 1, 1996, p. 57-99.

BIDDIS, Michael D. From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: a Historical Analysis of the Limits of International Criminal Accountability. In: **From Sovereign Impunity to International Accountability: the Search for Justice in a World of States**. Ed. by Ramesh Thakur and Peter Malcontent. United Nations University Press, 2004.

BOAS, Gideon. A code of evidence and procedure for international criminal law?: the rules of the ICTY In: **International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY**. Gideon Boas & William A. Schabas, ed. 2003.

BOAS, Gideon. Creating laws of evidence for international criminal law: the ICTY and the principle of flexibility. **Criminal Law Forum**: an international journal. Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 41-90. (the official journal of the Society for the Reform Criminal Law, vol. 12)

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra, tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOCZEK, Boleslaw A.. **Historical Dictionary of International Tribunals**. Scarecrow Press, 1994.

BOED, Roman. The International Criminal Tribunal for Rwanda In: **Post Conflict Justice**. Ed. by M. Cherif Bassiouni, 2002.

BOGDAN, Michael. General principles of law and the problem of *lacunae* in the law of nations. **Nordisk tidsskrift for international ret**, v. 46, 1977, p. 37-53.

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. **International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons**. Edited by Laurence Boisson de Chazournes, Philippe Sands. Cambridge University Press, 1999.

BOISTER, Neil. **Documents on the Tokyo International Military Tribunal**: charter, indictment and judgments. Edited by Neil Boistyer and Robert Cryer. Oxford University Press, 2008.

BOOT, Machteld. **Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes**: *nullum crimen sine lege* and the subject matter jurisdiction of the international criminal court. Belgium: Intersentia Publishers, 2002. (School of Human Rights Research Series, Volume 12)

BOOT-MATTHIJSEN, Machteld. Bridge over trouble waters: the International Criminal Court and the International Extension of the Rule of Law. In: **Cannons and Canons**: Clingendael views of global and regional politics, an overview of international relations on the occasion of the twentieth anniversary of the Netherlands Institute of International Relations "Clingendael". Royal Van Gorcum, 2003, p. 92-102.

BOTTIGLIERO, Ilaria. **Redress for Victims of Crimes under International Law** Nijhoff, 2004.

BOUZON, Emanuel. **O Código de Hamurabi**. 4ª ed. Petrópolis. RJ: Vozes, 1987.

BOVEN, Theo van. Autonomy and Independence of United Nations Judicial Institutions: a comparative note. In: **International Law**: theory and practice. Ed. by Karel Wellens, 1998.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRAVO, Luigi F. **Lezioni di Diritto Internazionale**. 4a ed. Editoriale scientifica, 2002.

BRIERLY, James Leslie. **Direito Internacional**. Tradução de M.R. Crucho de Almeida. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

BROOMHALL, Bruce. **International Justice & the International Criminal Court**: between sovereignty and the rule of law. Oxford University Press, 2004.

BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. Sixth edition. Oxford University Press, 2003.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal Parte Geral**: introdução, norma penal, fato punível. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.1.

BUERGENTHAL, Thomas. **International Human Rights in a Nutshell**. Thomas Buergenthal, Dinah Shelton and David Stewart. Third edition. USA: West Group, 2002.

BUERGENTHAL, Thomas. **Public International Law**. Thomas Buergenthal, Sean D. Murphy. Third edition. USA: West Group, 2002.

BUTEAU, Michele; OOSTHUIZEN, Gabriel. When the Statute and Rules are silent: the inherent powers of the Tribunal. In: **Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk McDonald**. Ed. by Richard May [et al.]. 2001, p. 65-81.

CAHIER, Phillipe. Le projet de Code des Crimes Contre la Paix et la Securite de L'humanite de la Commission du Droit Internacional. In: **El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación: liber amicorum** em homenagem al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitária, 1994, p. 895-910.

CAIANIELLO, Michele. Indeterminatezza delle fatispécie e ruolo creativo del giudice in tema di ammissione ed acquisizione della prova nel processo poenale davanti alla Corte Penale Internazionale. In: **Les Sources du Droit International Pénal**: l'expérience des tribunaux penal internationaux et le statut de la cour pénale internationale. Direction de M. Delmas Marty, E. Fronza, E. Lambert Abdelgawad. Paris: Université de Paris. (v. 7, Societé de Législation Comparée), p. 339-351.

CAMERON, Iain. **The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction**. Brookfield, USA: Dartmouth, 1994.

CANNATA, Salvatore. La dimensione linguistica delle norme penali internazionali: brevi considerazione in margine al rapporto tra multilinguismo e princípio di determinatezza. In: **Les Sources du Droit International Pénal**: l'expérience des

tribunaux penal internationaux et le statut de la cour pénale internationale. Direction de M. Delmas Marty, E. Fronza, E. Lambert Abdelgawad. Paris: Université de Paris. (v. 7, Societé de Législation Comparée), p. 319 327.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal.** Traduzido por José Antonio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **O Problema da Pena.** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

CARREÑO, Edmundo Vargas. Donde encontrar el fundamento de la obligatoriedad del derecho internacional? In: **El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, liber amicorum** em homenagem al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga. Montevideo, Uruguay: Fundacion de Cultura Universitária, 1994. p. 99 114.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. **El Derecho Internacional em Perspectiva Histórica.** Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Sucessão de Leis Penais.** Coimbra Editora, Limitada, 1990.

CASSESE, Antonio. **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais.** Org. Antonio Cassese, Mirelle Delmas Marty. Tradução de Silvio Antunha. Barueri, SP: Manole, 2004. (b)

CASSESE, Antonio. The Influence of the European Court of Human Rights on international criminal Tribunals some methodological remarks. In: **Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden: essays in honor of Asbjorn Eide.** Morten Bergsmo (editor). Leiden/ Boston: Marinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 19 a 52. (c)

CASSESE, Antonio. **International Law.** New York, USA: Oxford University Press, 2001.

CASSESE, Antonio. **International Criminal Law.** Second edition. New York: Oxford University Press, 2008.

CASSESE, Antonio. **International Criminal Law.** New York, USA: Oxford University Press, 2003. (a)

CASSESE, Antonio. **Man's Inhumanity to Man: essays in international law in honour of Antonio Cassese.** Edited by Lal Chand Vohrah, Fausto Pocar, Yvone Featherstone, Olivier Fourmy, Christine Graham, John Hocking and Nicholas Robson. The Hague: Kluwer Law International, 2003. (b)

CASSESE, Antonio. Prohibition of torture and inhuman or degrading treatment of punishment In: **The European System for the Protection of Human Rights.** Ed. by R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, 1993.

CASSESE, Antonio. **The Oxford Companion to International Criminal Justice**. Oxford University Press, 2009.

CASSESE, Antonio. Are Human Rights Truly Universal? In: **The Politics of International Law**. Christian Reus-Smit (Editor). Cambridge University Press, 2004. (a)

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da Legalidade na Execução Penal: reflexões em torno da jurisdicionalização**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CATENACCI, Mauro. *Nullum crimen sine lege*. In: **The International Criminal Court: comments on the Draft Statute**. Edited by Flavia Lattanzi, 1998, p. 159-170.

CATENACCI, Mauro. The Principle of Legality In: **Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court**. Ed. by Flavia Lattanzi and William A. Schabas. Sirente, 2004. v.2.

CHARNEY, Jonathan. International Lawmaking Article 38 of the ICJ Statute Reconsidered New Trends in International Lawmaking International 'Legislation'. In: **The Public Interest: proceedings of an International Symposium of the Kiel Walther Schücking Institute of International Law**, march 6 to 8, 1996. Berlin: Dunker & Humblot, p. 171-191.

CHENG, Bin. **General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals**. Grotius, 1987.

CHEVALIER, Jean-Jacques. **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias**. Prefácio de André Siegfried, tradução de Lydia Christina. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Agir, 1989.

CHOUKR, Fauzi H. **Tribunal Penal Internacional**. Organizadores Fauzi Hassan Choukr, Kai Ambos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CLARK, David S.. Applied comparative law: researching foreign law in an imperfect world. **International Journal of Legal Information**, v. 30, afl. 2, 2002, p. 232-243.

CLARK, Roger S.. **The United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Program: formulation of standards and efforts at their implementation**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994.

CLÉMENT, Zlata Drnas de. Las Normas Imperativas de Derecho Internacional General (*jus cogens*). Dimensión Sustancial. In: **Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro**. Zlata Drnas de Clément (coord.). 2002. v.1, p. 647-680.

COLIN, Jean Pierre. **Le Gouvernement des Juges dans les Communautés Européennes**. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966.

COMBACAU, Jean. **Droit International Public**. Jean Combacau & Serge Sur. 6e edition. Paris: Montchrestien, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONDORELLI, Luigi. Legalità, legittimità, sfera di competenza dei Tribunali penali ad hoc creati dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite In: **Dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc a una Corte Permanente**: atti del Convegno, Roma, 15/16 dicembre, 1995. 1996.

CONFORTI, Benedetto. **Diritto Internazionale**. 5ª ed. Ed. Scientifica, 1997.

COVERTI, Antonio. The Rights of the Accused In: **The International Criminal Court**: comments on the Draft Statute. Edited by Flavia Lattanzi, 1998, p. 219-250.

CREMONA, J. J. The proportionality principle in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. In: **Recht zwischen umbruch und bewahrung hrsg. von ulrich beyerlin** [...] [et al.], 1995.

CZARNETZKY, John M. An Empire of Law?: Legalism and the International Criminal Court. Czarnetzky, John M., Rychlak, Ronald J. **Notre Dame Law Review**, vol. 79, afl. 1, 2003, p. 55-126.

D'AMATO, Anthony. **International Law Sources Collected Papers**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. v.3.

DAILLIER, Patrick. **Droit International Public**: formation du droit, sujets, relations diplomatiques et consulaires, responsabilité. 7e edition. Patrick Daillier, Alain Pellet. Paris: L.G.D.J., 2002.

DANILENKO, G.M. **Law-making in the International Community**. Nijhoff, 1993.

DAVID, Eric. **Principes de Droit des Conflits Armes**. Troisième édition. Bruxelles: Bruylant, 2002.

DAVID, René. **O Direito Inglês**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DEAR, I. C. B.; FOOT, M. R. D.. Far East War Crimes Trials. In: **The Oxford Companion to World War II**. Oxford University Press. 2001. Encyclopedia.com. Disponível em: <<http://www.encyclopedia.com>>. Acesso em: 13 Set. 2009

DECAUX, Emmanuel. **Droit International Public**. 4ème edition. Dalloz, 2004.

DEKKER, Ige F. **On the Foundations and Sources of International Law**. Edited by Ige F. Dekker and Harry H.G. Post. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2003.

DELLA MORTE, Gabriele. Les Tribunaux Pénaux Internationaux et les références à leur propre jurisprudence: auctoritas rerum similiter judicatarum? In: **Les Sources du Droit International Pénal**: L'expérience des Tribunaux Penal Internationaux et le

Statut de la Cour Pénale Internationale. Direction de M. Delmas Marty, E. Fronza, E. Lambert Abdelgawad. Paris: Université de Paris. (v. 7, Société de Législation Comparée), p. 211-222.

DELMAS MARTY, Mireille. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal**. Tradução Denise Radanovic Vieira. Baueri: Manole, 2004.

DELMAS MARTY, Mireille. The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law. **Journal of International Criminal Justice**, vol. 2, afl. 4, 2004, p. 13-25.

DELMAS MARTY, Mireille. **The Criminal Process and Human Rights: toward a European consciousness**. Mireille Delmas Marty, editor. Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

DI MARTINO, Alberto. Postilla sul principio di legalità nello statuto della Corte criminale internazionale. In: **Les Sources du Droit International Pénal: L'expérience des Tribunaux Penal Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale**. Direction de M. Delmas Marty, E. Fronza, E. Lambert Abdelgawad. Paris: Université de Paris. (v. 7, Société de Législation Comparée), p. 329-332.

DIEZ DE VELASCO, Manuel Vallejo. **Instituciones de Derecho Internacional Público**. Decimocuarta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2004.

DIEZ DE VELASCO, Manuel Vallejo. **Las Organizaciones Internacionales**. Decimotercera edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

DINH, Nguyen Quoc. **Direito Internacional Público**. Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailler, Alain Pellet. Trad. Vitor Marques Coelho. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DONNEDIEU de VABRES, Henri. **Les Principes Modernes du Droit Pénal International**. Avant propos Jean Foyer. Paris: Editions Panthéon Assas, 2004.

DRISCOLL, William. **The International Criminal Court: global politics and the quest for justice**. International Debate Education Association, 2004.

DUPUY, Pierre Marie. Normes internationales pénales et droit impératif (*jus cogens*) In: **Droit International Penal**. Paris: A. Pedone, 2000.

DUPUY, Pierre Marie. **Droit International Public**. 7e edition. Paris:Dalloz, 2004.

DUQUETTE, David. Universalism and Relativism in Human Rights. In: **Universal Human Rights: moral order in a divided world**. Ed. by David A. Reidy and Mortimer N.S. Seller. 2005, p. 59-77.

EDELMAN, Bernard. La Dignité de la Personne Humaine, un Concept Nouveau. In: **La Dignité de la Personne Humaine**. Dir. de Marie Luce Pavia et Thierry Revet. 1ª ed. Paris: Economica, 1999.

ENDO, Guillaume. *Nullum crimen nulla poena sine lege* principle and the ICTY and the ICTR. **Revue Québécoise de Droit International**, v. 15, afl. 1, 2002, p. 205-220.

ENGBERG, Jan. Statutory Texts as Instances of Language(s): Consequences and Limitations on Interpretation. **Brooklyn Journal of International Law**, v. 29, issue 3, 2004, page 1135-1166.

ETCHEBERRY, Alfredo. The Principles of Legality and *Non Bis in Idem*. In: **International Criminal Law: Quo Vadis?** Proceedings of the International Conference held in Siracusa, Italy, 28 November – 3 December 2002, on the Occasion of the 30<sup>th</sup> Anniversary of ISISC. Érès, 2004. (Nouvelles Études Pénales – v. 19 – Association Internationale de Droit Pénal), p. 337-344.

FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Third edition. New York: Oceana Publications, 1996.

FERENCZ, Benjamin B.. The experience of Nuremberg In: **International Crimes, Peace, and Human Rights: the role of the International Criminal Court**. Dinah Shelton, 2000.

FERENCZ, Benjamin B.. The crime of aggression In: **Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: the experience of international and national courts**. Ed. by Gabrielle Kirk McDonald and Olivia Swaak Goldman, 2000. v.1.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (justiça e direito)

FEUERBACH, Paul Johan Anselm Ritter Von. **Tratado de Derecho Penal Común Vigente em Alemania**. Traducción al castellano Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1989.

FIELDS, Charles B.. **Comparative and International Criminal Justice: traditional and nontraditional systems of law and control**. Second edition. Charles B. Fields and Richter H. Moore Jr. Illinois: Waveland Press, 2005.

FIFE, Rolf Einar. Penalties. In: **The International Criminal Court: the making of the Rome statute Issues, negotiations, results**. Edited by Roy S. Lee, in cooperation with the project on International Courts and Tribunals. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 319-343.

FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Estudio preliminar Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.

FISCHER, Horst. Grave breaches of the 1949 Geneva Conventions. In: **Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: the experience of international and national courts**. Ed. by Gabrielle Kirk McDonald and Olivia Swaak Goldman, 2000. v.1.

FISH, Stanley. **Respecter le Sens Commun: rethorique, interpretation et critique en literature et en droit**. Traduit par Odile Nerhot. L.G.D.J., 1995.

FITZPATRICK, Joan. **Human Rights in Crisis**: the international system for protecting rights during states of emergency. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994. (volume 19, procedural aspects of international law series)

FLETCHER, George P.. **Rethinking Criminal Law**. New York: Oxford University Press, 2000.

FLETCHER, George P.. **Basic Concepts of Criminal Law**. New York: Oxford University Press, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **O Direito Penal Comparado na América Latina**. Disponível em: <[http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno\\_artigos/arquivo30.pdf](http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo30.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2009.

FRANCK, Thomas M.. **Fairness in International Law and Institutions**. Oxford University Press, 2003.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**: anotações sistemáticas à lei 8.072/ 90. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As Normas Imperativas de Direito Internacional Público Jus Cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FRONZA, Emanuela. Le principe de précision et la justice pénale internationale  
Emanuela Fronza, Ezequiel Malarino, Carlo Sotis. In: **Les Sources du Droit International Pénal**: L'expérience des Tribunaux Penal Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale. Direction de M. DELMAS MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT ABDELGAWAD. Paris: Université de Paris. (v. 7, Societé de Législation Comparée), p. 156-210.

FUJITA, Hisakasu. The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of Nuclear Weapons. In: **A Manual of International Humanitarian Laws**. Ed. by Naorem Sanajaoba. Regency Publications, 2004.

GAETA, Paola. Inherent powers of international Tribunals. In: **Man's Inhumanity to Man**: essays in international law in honour of Antonio Cassese. Edited by Lal Chand Vohrah, Fausto Pocar, Yvone Featherstone, Olivier Fourmy, Christine Graham, John Hocking and Nicholas Robson. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p.353-372.

GAJA, Giorgio. *Jus cogens* beyond the Vienna convention. In: **Recueil des Cours**, collected courses of the Hague Academy of International Law. 1981. (Tome 172 de la collection)

GAJA, Giorgio. *Obligations Erga Omnes*, International Crimes and *Jus Cogens*: a tentative analysis of three relates concepts. In: **International Crimes of State: a critical analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility**. Weiler, Joseph H.H.. De Gruyter, 1989.

GALLANT, Kenneth S.. International Human Rights Standards in International Organizations: The Case of International Criminal Courts. In: **International Criminal**

**Law: Quo Vadis?** Proceedings of the International Conference held in Siracusa, Italy, 28 November – 3 December 2002, on the Occasion of the 30<sup>th</sup> Anniversary of ISISC. Érès, 2004. (Nouvelles Études Pénales – v. 19 – Association Internationale de Droit Pénal), p. 397-404.

GALLANT, Kenneth S.. **The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law**. Cambridge University Press, 2009.

GARIBALDI, Oscar M. General Limitations on Human Rights: the principle of legality. **Harvard International Law Journal**, vol. 17, 1976, p. 503-557.

GARIBIAN, Sévane. Souveraineté et Légalité en Droit Penal International: le concept de crime contre l'humanité dans le discours des juges à Nuremberg. In: **Le Droit Penal à L'Épreuve de L'Internationalisation**. Publié par Marc Henzelin et Robert Roth. Bruylant, 2002.

GATTINI, Andrea. Kelsen's Contribution to International Criminal Law. **Journal of International Criminal Justice**, vol. 2, afl. 3, 2004, p. 795-809.

GAUTIER, Philippe. The reparation for injuries case revisited: the personality of the European Union. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, vol. 4, 2000, p. 331-361.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

GIL GIL, Alicia. Interprétation et Intégration du Statut de Rome comme texte plurilingüe. In: **Les Sources du Droit International Pénal**: L'expérience des Tribunaux Penal Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale. Direction de M. DELMAS MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT ABDELGAWAD. Paris: Université de Paris. (v. 7, Societé de Législation Comparée), p. 413-419.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Prefácio de J. Gilissen. Tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

GIORDANI, Mário Curtis. **Direito Penal Romano**. 3<sup>a</sup> ed. revista e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri: Manole, 2004.

GOLDSCHMIDT , James Paul. **Princípios Gerais do Processo Penal**: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GOLDSTEIN, Judith. **Legalization and World Politics**. Edited by Judith L. Goldstein, Miles Khaler, Robert O. Keohane, and Anne Marie Slaughter. The MIT Press, 2001.

GOMES, Luís Flávio; BIANCHINI, Alice. **O Direito Penal na Era da Globalização: hipertrofia irracional (caos normativo), instrumentalização distorcionante [...]**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. (Série as ciências criminais no século XXI, v. 10).

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. v.1.

GOMEZ ROBLED, Antonio. Le *ius cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions. In: **Recueil des Cours**, collected courses of the Hague Academy of International Law. 1981. (Tome 172 de la collection)

GONÇALVES, Joanival Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONZÁLEZ, Manuel Pérez. Derechos Humanos y Derecho Humanitário: um apuesta por la convergencia. In: **Colección de Estudios Internacionales**. Coordinadores Jorge Pueyo Losa, Julio Jorge Urbina. Santiago de Compostela: Tórculo edicions, 2002.

GOODWIN GILL, Guy S.. Crime in International Law: obligations *erga omnes* and the duty to prosecute. In: **The Reality of International Law: essays in honour of Ian Brownlie**. Ed. by Guy S. Goodwin Gill and Stefan Talmon, 1999.

GOY, Raymond. La Cour Internationale de Justice et les Droits de L'homme. **DROIT ET JUSTICE 36**. Collection dirigée par Pierre Lambert. Bruylant, 2002.

GRADONI, Lorenzo. L'attestation du droit international pénal coutumier dans la jurisprudence du Tribunal pour l'ex Yougoslavie "regularités" et "règles". In: **Les Sources du Droit International Pénal: L'expérience des Tribunaux Penal Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale**. Direction de M. DELMAS MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT ABDELGAWAD. Paris: Université de Paris. (v. 7, Societé de Législation Comparée), p. 25-74.

GRANDE, Elisabetta. Droit Pénal, Principe de Légalité et Civilisation Juridique: vision globale. **Revue Internationale de Droit Comparé**, vol. 56, afl. 1, 2004, p. 119-129.

GREPPI, Edoardo. The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law. In: **A Manual of International Humanitarian Laws**. Ed. by Naorem Sanajaoba. Regency Publications, 2004.

GREWE, Wilhelm G.. **The Epochs of International Law**. Transl. and rev. by Michael Byers. Berlin, New York: de Gruyter, 2000.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Influencia do Código de Processo Penal Modelo para a Ibero-America na Legislação Latino Americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro**. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/592/31.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2009.

GROSSE, Laurent. Racines Historiques et Fondements Contemporains des Normes Impératives (*Jus Cogens*) dans la Théorie et la Pratique du Droit International.

**Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques**, vol. 73, afl. 4, 1995, p. 225-250.

GURMENDI, Silvia A. Fernández de. International Criminal Law Procedures. In: **The International Criminal Court: the making of the Rome statute, issues, negotiations, results**. Edited by Roy S. Lee, in cooperation with The project on International Courts and Tribunals. The Hague:Kluwer Law International,1999, p. 217-304.

HAFNER, Gerhard. Limits to the procedural powers of the International Tribunal for the Former Yugoslavia. In: **International Law: theory and practice, essays in honour of Eric Suy**. Ed. by Karel Wellens, 1998.

HARRIS, Claire. Precedent in the Practice of the ICTY. In: **Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk McDonald**. Ed. by Richard May [et al.], 2001, p. 341-356.

HART, Herbert L.A.. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HENLEY, Kenneth. Human Rights and the Rule of Law : Sovereignty and the International Criminal Court. In: **Universal Human Rights: moral order in a divided world**. ed. by David A. Reidy and Mortimer N.S. Seller. 2005, p. 173 186.

HENZELIN, Marc. **Le Droit Pénal à L'Épreuve de L'Internationalisation**. L.G.D.J, 2002.

HEUSCHLING, Luc. **État de Droit Rechtsstaat Rule of Law**. Paris:Dalloz, 2002.

HIGGINS, Rosalyn. The International Court of Justice and Human Rights. In: **International Law: theory and practice: essays in honour of Eric Suy**. Ed. by Karel Wellens, 1998.

HIGGINS, Rosalyn. The relationship between the International Criminal Court and the International Court of Justice. In: **Reflections on the International Criminal Court**. Asser Press, 1999.

INOUE, Tatsuo. Human Rights and Asian Values. In: **The Globalization of Human Rights**. Ed. by Jean Marc Coicaud, Michael W. Doyle, and Anne Marie Gardner. 2004.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução: André Luís Callegari, colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

JANIS, Mark W.. **An Introduction to International Law**. 3th ed. Aspen, 1999.

JAPIASSÚ, Carlos E. A.. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich. The general principles of international criminal law set out in Nuremberg, as mirrored in the ICC Statute. **Journal of International Criminal Justice**, vol. 2, afl. 1, 2004, p. 38-55.

JORDA, Claude, HEMTINNE, Jérôme de. Le rôle du juge dans la procédure face aux enjeux de la répression internationale. In: **Droit International Pénal**. Paris: A. Pedone, 2000.

JORGENSEN, Nina H. B.. **The Responsibility of States for International Crimes**. Oxford University Press, 2003. (Oxford Monographs in International Law)

JOSEPH, Sarah. **The International Covenant on Civil and Political Rights: cases, materials, and commentary**. Sarah Joseph, Jenny Schultz and Melissa Castan. New York: Oxford University Press, 2000.

JOYNER, Christopher C.. **International law in the 21<sup>st</sup> century: rules for global governance**. UK: Rowman & Littlefield Publishers, 2005.

KADELBACH, Stefan. *Jus Cogens, Obligations Erga Omnes* and other Rules – The Identification of Fundamental Norms. In: **The Fundamental Rules of the International Legal Order: jus cogens and obligations erga omnes**. Edited by Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 21-40.

KASZUBINSKI, Megan. The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. In: **Post Conflict Justice**. Ed. by M. Cherif Bassiouni, 2002, p. 459-485.

KERR, Rachel. **The International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia: an exercise in law, politics and diplomacy**. Oxford University Press, 2004.

KIRSCH, Philippe. The Development of the Rome Statute. In: **The International Criminal Court: the making of the Rome statute, issues, negotiations, results**. Edited by Roy S. Lee, in cooperation with The project on International Courts and Tribunals. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p.451-461.

KITTICHAISAREE, Kriangsak. **International Criminal Law**. New York: Oxford University Press, 2001.

KLIP, André. **Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law**. Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 2002.

KNOOPS, Geert-Jan Alexander. **An Introduction to the Law of International Criminal Tribunals: a comparative study**. Transnational Publishers, 2003.

KNOOPS, Geert-Jan Alexander. **Surrendering to International Criminal Courts: contemporary practice and procedures**. Transnational Publishers, 2002.

KÖCHLER, Hans. **Global justice or global revenge? international criminal justice at the crossroads: philosophical reflections on the principles of the international legal order [...]**. Vienna / New York: Springer, 2003.

KOERING- JOULIN, Renée. **Pour un Retour à une Interprétation Strict ... du Principe de la Légalité Criminelle**, (à propos de l'article 7, 1° de la Convention européenne des droits de l'homme). In: *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles-Paris: Bruylant-LGDJ, 1995.

KOERING JOULIN, Renée. La dignité de la personne humaine en droit penal. In: **La Dignité de la Personne Humaine**. Dir. de Marie Luce Pavia et Thierry Revet. 1<sup>a</sup> ed. Paris: Economica, 1999.

KOLB, Robert. **La Bonne Foi en Droit International Public**: contribution à l'étude des principes généraux de droit. 1<sup>ère</sup> édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2000.

KOLB, Robert. **Théorie du *Ius Cogens* International**: essai de relecture du concept. 1<sup>ère</sup> édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

KOOIJMANS, P.H.. **International Publikrecht in Vogelvlucht**. The Hague: KLUWER, 2002.

KOSKENNIEMI, Martti. **Sources of International Law**. The library of essays in international law. Burlington: Ashgate Publishing, 2000.

KREß, Claus. O Tribunal Penal Internacional e os Estados Unidos: Reflexões sobre a Resolução 1422 do Conselho de Segurança das Nações Unidas. In: **Tribunal Penal Internacional**: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional Alemão. Org. Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p.47-60.

KUNER, Christopher B.. The interpretation of multilingual treaties: comparison of texts versus the presumption of similar meaning. **The International and Comparative Law Quarterly**, v. 40, afl. 4, 1991, p. 953-964.

LABUSCHANGE, J. M. T.. The European Court of Human Rights and the principle of legality in international criminal law: *Streletz, Kessler and Krenz v Germany* (22 March 2001 (2001) 22 Human Rights Law Journal (HRLJ) 74). **South African Yearbook of International Law**, v. 27, 2002, p. 237-247.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAMB, Susan. Legal limits to United Nations Security Council Powers. In: **The Reality of International Law**: essays in honour of Ian Brownlie. Ed. by Guy S. Goodwin Gill and Stefan Talmon. 1999.

LAMB, Susan. *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege* in International Criminal law. In: **The Rome Statute of the International Criminal Court**: a commentary. Edited by Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D. Jones. Oxford University Press, 2002. 3v. v.1, p. 733-766.

LAMBERT ABDELGAWAD, Elisabeth. Les Tribunaux Pénaux pour l'ex Yougoslavie et le Rwanda et l'appel aux sources du droit international dès droits de l'homme. In: **Les Sources du Droit International Pénal**: L'expérience des Tribunaux Penal Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale. Direction de M. Delmas Marty, E. Fronza, E. Lambert Abdelgawad. Paris: Université de Paris. (v. 7, Société de Législation Comparée), p. 97-134.

LAMBERT, Édouard. **Le Gouvernement des Juges**. Préface de Franck Moderne. Paris: Dalloz, 2005.

LAMMERS, Johan G.. General Principles of Law Recognized by Civilized Nations In: **Essays on the Development of the International Legal Order**: in memory of Haro F. van Panhuys. 1980.

LARSEN, Jeffrey; SIMTH, James M.. **A. Historical Dictionary of Arms Control and Disarmament**. The Scarecrow Press, 2005.

LAUTERPACHT, Sir Hersch. **The Development of International Law by the International Court**. Grotius Publications Limited, 1982.

LEE, Roy. **The International Criminal Court: the making of the Rome Statute: issues, negotiations, results**. Kluwer Law International, 1999.

LENZE, F.; SAKKOULAS, H.. The Linguistics of Seriousness Standards regarding Internationally Wrongful Acts of the State and Individual Crimes in the Light of the Work of the ILC and the Statute of the International Criminal Court, with Special Reference to Massive or Systematic Violations of Human Rights. In: **The New International Criminal Law**: 2001 International Law Session. Ed. by Kalliopi Koufa. 2003, p. 1079-1104.

LEONETTI, Antoine Jean. Interprétation des traités et règles impératives du droit international général (*jus cogens*). In: **Österreichische zeitschrift für öffentliches recht**, vol. 24, 1973, p. 91-111.

LIETZAU, William K.. A general introduction to the general introduction: animating principles behind the elements os crimes. In: **Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court**. Ed. Flavia Lattanzi and William A. Schabas. Sirente, 2004. v.2, p. 286-303.

LIJNZAAD, Liesbeth. Reservations to un human rights treaties: ratify and ruin? In: **International Studies in Human Rights**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1995. v.38

LLOYD, Dennis. **A Idéia de Lei**. Tradução Álvaro Cabral. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Ensino Superior).

LOLLINI, Andréa. L'expansion "interne et externe" du role du juge dans le processus de creation du droit international penal. In: **Les Sources du Droit International Pénal**: L'expérience des Tribunaux Penal Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale. Direction de M. Delmas Marty, E. Fronza, E. Lambert Abdelgawad. Paris: Université de Paris. (v. 7, Societé de Législation Comparée), p. 223-241.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª ed. revista e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LYOTARD, Jean-François. **The Postmodern Condition**: a report on knowledge. Translation from the French by Geoff Bennington and Brian Massumi, foreword by Fredric Jameson. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1984. (Theory and History of Literature, volume 10)

MAHIOU, Ahmed. Les processus de codification du droit international pénal In: **Droit International Penal**. Paris: A. Pedone, 2000.

MAISON, Rafaëlle. Le droit international des droits de l'homme et les juridictions internationales pénales. In: **Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales**: actes de la table ronde du 10 juillet 2003. Organisée par l'Institut international des droits de l'homme. Dir. Gérard Cohen-Jonathan et Jean-François Flauss. 2004, p. 121-137.

MALANCZUK, Peter. **Akehurst's Modern Introduction to International Law**. Seventh revised edition. London: Routledge, 2004.

MALEKIAN, Farhad. **The Concept of Islamic International Criminal Law**: a comparative study. Graham & Trotman [...], 1994.

MANTOVANI, Ferrando. The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer. **Journal of International Criminal Justice**, v. 1, afl. 1, 2003, p. 26-38.

MANZINI, Pietro. Le rôle du principe de la légalité dans la détermination des sources du droit international pénal. In: **Les Sources du Droit International Pénal**: L'expérience des Tribunaux Penal Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale. Direction de M. DELMAS MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT ABDELGAWAD. Paris: Université de Paris. (v. 7, Société de Législation Comparée), p. 261-267.

MARCUS HELMONS, Silvio. **Dignité Humaine et Hiérarchie des Valeurs**: les limites irréductibles. Direction de Silvio Marcus Helmons. Academia Bruylant, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. **Arquivos do Ministério da Justiça**, a. 50, n. 189, jan/jun. 1998. (*Separata*)

MARRUS, Michael R.. **The Nuremberg War Crimes Trial**: a documentary history. Boston: Bedford Books, 1997.

MARSH, Norman. **Le Principe de la Légalité dans une Société Libre**. Rapport sur les travaux du Congrès International de Juristes [...], Janvier, 1959, p. 265-349.

MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo J.. **Flexibilidad y Tratados Internacionales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

MATSCHER, F.. Methods of Interpretation of the Convention. In: **The European System for the Protection of Human Rights**. Ed. by R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold. 1993, p. 63-81.

MATUTE, Javier Dondé. **Principio de Legalidad Penal**: perspectivas del derecho nacional e internacional. Ed. México Universitario, 2007.

MAURER, Béatrice. **Le Principe de Respect de la Dignité Humaine et la Convention européenne des Droits de l'Homme**. Paris: La Documentation Française, 1999. (Monde européen et international, collection dirigée par Jacques

Bourrinet, Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires, Université d'Aix Marseille III)

MAY, Larry. Le norme dello *jus cogens* e il diritto penale internazionale. **Annuario di Ermeneutica Giuridica**, vol 6, Giustizia Internazionale e Interpretazione, CEDAM, 2001.

MAY, Richard. The Relationship between the International Criminal Court and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. In: **Reflections on the International Criminal Court**. Asser Press, 1999.

McDONALD, Gabrielle Kirk. **Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law**: the experience of international and national courts. Ed. by Gabrielle Kirk McDonald and Olivia Swaak Goldman, 2000. 2v. (vol. II, part 1)

McGoldrick, Dominic. **The Permanent International Criminal Court: legal and policy issues**. Edited by Dominic McGoldrick, Peter Rowe and Eric Donnelly. Hart Publishing, 2004.

McKILLOP, Bron. La procedure pénale en France et dans les pays de *common law*: les dissemblances. In: **Droit Global Law**. Dir. de Louis Vogel, 2001.

MEIJER, Martha. **Dealing with Human Rights**: asian and western views on the value of human rights. greber, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15ª edição, rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MENAUT, Antonio Carlos Pereira. **Rule of Law o Estado de Derecho**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2003.

MERON, Theodor. The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience. **American Journal of International Law**, v. 94, 2000, p. 78-89.

METRAUX, Guënaël. **International Crimes and the *ad hoc* Tribunals**. Oxford University Press, 2005.

METRAUX, Guënaël. **Perspectives on the Nuremberg Trial**. Oxford University Press, 2008.

MIGLIAZZA, Alessandro. L'évolution de la réglementation de la guerre à la lumière de la sauvgarde des droits de l'homme. In: **Recueil des Cours**, collected courses of the Hague Academy of International Law. 1974. (Tome 137 de la collection)

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Apresentação Renato Janine Ribeiro, tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORIN, Jacques Yvan. **L'Etat de droit: émergence d'un principe du droit international**. In: **Recueil des Cours**, collected courses of the Hague Academy of International Law, 1996. (Tome 254 de la collection)

MORRIS, Virginia; SCARF, Michael P.. **The International Criminal Tribunal for Rwanda**. New York: Transnational Publishers, 1998. 2v.

MORSINK, Johannes. **The Universal Declaration of Human Rights: origins, drafting, and intent**. University of Pennsylvania Press, 1999.

MOSE, Erik. Impact of human rights conventions on the two *ad hoc* Tribunals. In: **Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden**. Essays in honour of Asbjorn Eide. Morten Bergsmo (editor). Leiden/ Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p.179-208.

MOWBRAY, Alastair. **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**. Hart Publishing, 2004.

MULLER, A. S.. **The International Court of Justice: its future role after fifty years**. Edited by A.S. Muller, D. Raic and J. M. Thuránszky. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

MUNDIS, Daryl A.. The legal character and status of the rules of procedure and evidence of the *ad hoc* International Criminal Tribunals. **International Criminal Law Review**, vol. 1, afl. 3-4, 2001, p. 191-239.

MURPHY, John F.. **The United States and the Rule of Law in International Affairs**. UK: Cambridge University Press, 2004.

MUTTUKUMARU, Christian P.J.. Reparation for Victims. In: **The International Criminal Court: the making of the Rome statute, issues, negotiations, results**. Edited by Roy S. Lee, in cooperation with the project on International Courts and Tribunals. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 262-270.

NEFF, Stephen C. **War and the Law of Nations: a general history**. UK: Cambridge University Press, 2005.

NEGRI, Stefania. **I Principi Generali del Processo Internazionale nella Giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia**. Ed. Scientifiche Italiane, 2002.

NIETO-NAVIA, Rafael. International peremptory norms ("jus cogens") and international humanitarian law. In: **Man's Inhumanity to Man: essays in international law in honour of Antonio Cassese**. Edited by Lal Chand Vohrah, Fausto Pocar, Yvone Featherstone, Olivier Fourmy, Christine Graham, John Hocking and Nicholas Robson. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 595-640.

NOLLKAEMPER, André. The legitimacy of international law in the case law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. In: **Ambiguity in the Rule of Law**: the interface between national and international legal systems. Edited by Thomas A.J.A. Vandamme and Jan-Herman Reestman. Groningen: Europa Law Publishing, 2001, p.13-23.

NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge University Press, 2004.

O'KEEFE, Roger. Recourse by the *ad hoc* Tribunals to general principles of law and to human rights law. In: **Les Sources du Droit International Pénal**: l'expérience des tribunaux penal internationaux et le statut de la cour pénale internationale. Direction de M. Delmas Marty, E. Fronza, E. Lambert Abdelgawad. Paris: Université de Paris. (v. 7, Société de Législation Comparée), p. 297-302.

OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía. La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración em el Cono Sur. In: **MERCOSUL**: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados membros. Org. Maristela Basso. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

OLIVEIRA, Roberto da Silva. **Competência Criminal da Justiça Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e Método da Ciência do Direito Penal**. Tradução, José Carlos Gobbis Pagliuca, revisão da tradução, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. (série as ciências criminais no século XXI, v. 9)

PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PALAZZO, Francesco; PAPA, Michele. **Lezioni di Diritto Penale Comparato**. Seconda edizione. Torino: Giappichelli Editore, 2005.

PASTOR RIDRUEJO, José A.. **Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales**. Novena edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

PASTOR, Daniel. NÉ "common law", NÉ "civil law", NÉ "hybrid law" un diritto penale processuale speciale per dei Tribunali Speciali. In: **Les Sources du Droit International Pénal**: L'expérience des Tribunaux Penal Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale. Direction de M. DELMAS MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT ABDELGAWAD. Paris: Université de Paris. (v. 7, Société de Législation Comparée), p. 353-360.

PAUL, Vladimir. The legal consequences of conflict between a treaty and imperative norm of general international law (*jus cogens*). In: **Österreichische zeitschrift für öffentliches recht**, vol. 21, 1971, p. 19-49.

PELLET, Alain. Le crime international de l'état: un phoenix juridique. In: **The New International Criminal Law**: 2001 International Law Session. Ed. by: Kalliopi Koufa. 2003.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. **Costume Internacional: Gênese do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público**. 3ª edição revista e atualizada. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANCHEZ, Raúl Cervini. **Direito Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

POLITI, Mauro. **The Rome Statute of the International Criminal Court: a challenge to impunity**. Edited by Mauro POLITI and Giuseppe NESI. 2<sup>nd</sup> edition. Ashgate, 2002.

POMORSKI, Stanislaw. **American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege**. Second revised and enlarged edition. The Hague: Polish Scientific Publishers Warszawa, 1975.

PRADEL, Jean. **Droit Pénal Comparé**. 2ème edition. Paris: Dalloz, 2002.

PRADEL, Jean. **Procédure Pénale Comparée dans les Systèmes Modernes: rapports de synthèse des colloques de l'ISISC**. Érès, 1998, p. 135-147. (Nouvelles Etudes Pénales, n° 15)

RAMA-MONTALDO, Manuel. Acerca de algunos conceptos basicos relativos al derecho penal internacional y a uma jurisdiccion penal internacional. In: **El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, liber amicorum** em homenagem al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitária, 1994, p. 865-893.

RAMA-MONTALDO, Manuel. International legal personality and implied powers of international organizations. **British Yearbook of International Law**, 1970, p. 111-156.

RANGEL DE ALVARENGA PAES, Juliana. **Le corps humain et le droit international**. By Jacques Foyer, Juliana Rangel de Alvarenga Paes. ANRT, Atelier national de reproduction des theses, 2003.

RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S.. **Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: beyond the Nuremberg legacy**. Second Edition. New York: Oxford University Press, 2001.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REALE JUNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. 2ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. (RT Didáticos).

REDGWELL, Catherine; CHINKIN, Christine. The law of reservations in respect of multilateral conventions. In: **Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt out: reservations and objections to human right conventions**. B.I.I.C.L, 1997.

REICHEL, Philip L.. **Comparative Criminal Justice Systems**. Fourth edition. USA: Pearson Education, 2005.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 9ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

REZEK, Francisco. **O Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o princípio da legalidade no direito penal e o estado democrático de direito. **Revista dos Tribunais**, ano 95, v. 847, mai. 2006, p. 406-418.

ROBERT, Pierre. La procédure du jugement en droit international pénal. In: **Droit International Pénal**. Paris: A. Pedone, 2000.

ROBERTS, Ken. Aspects of the ICTY Contribution to the Criminal Procedure of the ICC. In: **Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk McDonald**. Ed. by Richard May [et al.], 2001, p. 559-572.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade** (os critérios da culpa e da prevenção). Coimbra Editora, 1995.

RÖLING, B.V.A..**The Tokyo Trial and Beyond**: Reflections of a Peacemonger. B.V.A. Röling edited and with an introduction by Antonio Cassese. Polity Press, 1993.

ROSENAU, Pauline Marie. **Post-modernism and the Social Sciences**. Princeton: Princeton University Press, 1992.

ROSENNE, Felice. The Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations. In: **International Law at a Time of Perplexity**: essays in honour of Shabtai Rosenne. Ed. Y. Dinstein, 1989.

ROUSSEAU, Charles. **Droit International Public**, avec chapitre supplémentaire sur "la protection internationale des droits de l'homme" [et] "le droit des organisations internationales". 11e ed. Paris: Dalloz, 1987.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução Luís Greco. São Paulo: Ed. Renovar, 2006.

RUZIÉ, David. **Droit International Public**. 18e edition. Paris: Dalloz, 2006.

SADAT, Leila Nadya. **The International Criminal Court and the Transformation of International Law: justice for the new millennium**. Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2002.

SAFFERLING, Christoph. **Towards an International Criminal Procedure**. Oxford University Press, 2001.

SALAND, Per. International Criminal Law Principles. In: **The International Criminal Court**: the making of the Rome statute, issues, negotiations, results. Edited by Roy

S. Lee, in cooperation with the project on International Courts and Tribunals. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 189-216.

SALAZAR SANTOS, Felipe. La personalidad jurídica internacional de la organización creada por el Acuerdo de Cartagena. **Integración Latinoamericana**, nº 84, oct.1983, p. 19-43.

SANAJOBA, Naorem. The International Criminal Court Regency Publications. In: **A Manual of International Humanitarian Laws**. Ed. by Naorem Sanajaoba, 2004.

SANDERS, A.J.G.M.. The characteristic features of the civil law. **The Comparative and International Law Journal of Southern Africa**, v. XIV, nº 2, July 1981.

SANDERS, Andrew. **Prosecution in Common Law Jurisdictions**. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1996.

SANDOZ, Yves. Penal aspects of international humanitarian law. In: **International Criminal Law Crimes**. 2nd ed. Transnational, 1999. v.1. (a)

SANDS, Philippe. **FROM NUREMBERG TO THE HAGUE**: The Future of International Criminal Justice. Edited by Philippe Sands. United Kingdom: Cambridge University Press, 2003.

SCHABAS, William A.. Common law, "civil law" et droit pénal international : tango (le dernier?) à la Haye. **Revue Québécoise de Droit International**, v. 13, afl. 1, 2000, p. 287-307. (a)

SCHABAS, William A.. Penalties In: **The International Criminal Court**: comments on the Draft Statute. Edited by Flavia Lattanzi.1998, p. 273-299.

SCHABAS, William A.. Balancing the Rights of the Accused with the Imperatives of Accountability. In: **From Sovereign Impunity to International Accountability**: the search for justice in a world of states. Ed. by Ramesh Thakur and Peter Malcontent. United Nations University Press, 2004.

SCHABAS, William A.. Interpreting the statutes of the *ad hoc* Tribunals. In: **Man's Inhumanity to Man**: essays in international law in honour of Antonio Cassese. Edited by Lal Chand Vohrah, Fausto Pocar, Yvone Featherstone, Olivier Fourmy, Christine Graham, John Hocking and Nicholas Robson. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 847-888.

SCHABAS, William A.. Perverse effects of the nulla poena principle: national practice and the ad hoc Tribunals. **European Journal of International Law**, v. 11, afl. 3, 2000, p. 521-539. (b)

SCHILLING, Voltaire. **Iugoslávia**: a destruição de uma nação. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/atualidade/iugoslavia.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

SCHMIDT , Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, Markus G.. Reservations to United Nations Human Rights Treaties: the case of the two covenants. In: REDGWELL, Catherine; CHINKIN, Christine. The law of reservations in respect of multilateral conventions. In: **Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt out**: reservations and objections to human right conventions. B.I.I.C.L, 1997, p. 20-34.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação. **Direito Tributário Atual nº 17**. São Paulo: MP Editora, 2003, p. 20-49.

SCHWEBEL, Stephen M.. The contribution of the International Court of Justice to the development of international law. In: **International Law and The Hague's 750th anniversary**. Ed. by Wybo P. Heere, 1999.

SCWEIGMAN, David. **The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter: legal limits and the role of the International Court of Justice**. Kluwer Law International, 2001.

SEWALL, Sarah. **The United States and the International Criminal Court: National Security and International Law**. Edited by Sarah B. Sewall and Carl Kaysen. Maryland USA: Rowan & Littlefield Publishers, 2000.

SHAHABUDDEEN, Mohamed. Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law? **Journal of International Criminal Justice**, v. 2, afl. 4, 2004, p. 1007-1017. (a)

SHAHABUDDEEN, Mohamed. **Precedent in the World Court**. Cambridge University Press, 2004. (b)

SHAW, Malcolm N.. **International Law**. Fifth edition. Cambridge University Press, 2003.

SHELTON, Dinah. Reconcilable differences? The interpretation of multilingual treaties? **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 20, afl. 3, 1997, p. 611-638.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. **A Expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. (Série ciências criminais no século 21, v. 11).

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco**: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. (a)

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. O Tribunal Penal Internacional: antecedentes históricos e o novo código penal internacional alemão. In: **Tribunal Penal Internacional**: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional Alemão. Org. Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 15-45. (b)

SIMBEYE, Yitiha. **Immunity and International Criminal Law**. Burlington, USA: Ashgate, 2004.

SKUBISZEWSKI, Krzysztof. Implied powers of international organizations. In: **International Law at a Time of Perplexity**: essays in honour of Shabtai Rosenne. Y. Dinstein editor. Brill Academic Publishers, 1989, p. 856-861.

SLADE, Tuiloma Neroni; CLARK, Roger. Preamble and Final Clauses. In: **The International Criminal Court**: the making of the Rome statute, issues, negotiations, results. Edited by Roy S. Lee, in cooperation with the project on International Courts and Tribunals. The Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 421-450.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. Princeton University Press, 2004.

SLOMANSON, William R.. **Fundamental Perspectives on International Law**. Fourth edition. Thompson West, 2003.

SLUITER, Göran. International criminal proceedings and the protection of human rights. **New England Law Review**, vol. 37, afl. 4, 2003, p. 935-948.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002. v.1.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: 2002. (Tese para concurso de professor titular apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

SPENCER, John R.. La procedure pénale en France et dans les pays de *common law*: les ressemblances. In: **Droit Global Law**. Dir. de Louis Vogel. 2001.

STAPERT, Bart. American approach to harmonisation, the Model Penal Code as an example for Europe? In: **Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law**. KLIP, André, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 2002.

STAROSOLSKYJ, Jurij. **The Principle of Analogy in Criminal Law: an aspect of Soviet legal thinking**. [...] 1954.

STAVROS, Stephanos. **The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of the European Convention on Human Rights**: an analysis of the application of the Convention and a comparison with other instruments. Nijhoff, 1993.

STEINER, Sylvia Helena F.. O Estatuto de Roma e o Princípio da Legalidade. **IBCCRIM** ano 11, edição especial, out. 2003, p. 17.

STOYANOVITCH, K. **Le Régime Socialiste Yougoslave: principe de la légalité socialiste**. R. Pichon & R. Durand-Auzias. 1961.

STROMSETH, Jane E.. **Accountability for Atrocities: national and international responses**. Transnational, 2003.

STUMPF, Christoph A. Christian and Islamic Traditions of Public International Law. **Journal of the History of International Law**, v. 7, afl. 1, 2005, p. 69-80.

SUNGA, Lyal. S.. Full respect for the rights of suspected, accused and convict: from Nurember and Tokyo to the ICC In: **Le Droit Pénal à L'Épreuve de L'Internationalisation**. HENZELIN, Marc. L.G.D.J, 2002.

TATE, Neal. **The Global Expansion of Judicial Power**. Edited by C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder. New York University Press, 1995.

TEITEL, Ruti. Nuremberg and its Legacy: fifty years later. In: **War Crimes: the legacy of Nuremberg**. Belinda Cooper editor. New York: TV Books, 1999, p. 44-54.

THAN, Claire de; SHORTS, Edwin. **International Criminal Law and Human Rights**. London: Sweet & Maxwell, 2003.

**THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A Comentary**. Editors: Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D. Jones. New York: Oxford University Press, 2002. 2 v.

**THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A Comentary Materials: Text of the Rome Statute of the International Criminal Court, Rules of Procedure and Evidence, Elements of Crimes**. New York: Oxford University Press, 2002.

**The Tokyo Major War Crimes Trial: the records of the international military tribunal for the far east with an authoritative commentary and comprehensive guide**. Annotated, compiled and edited by R. John Pritchard. UK: The Edwin Mellen Press, 1998. v.2. (a collection in 124 volumes)

**The United Nations and International Law**. Edited by Christopher C. Joyner. Co publication with the American Society of International Law, Cambridge University Press, 2001.

THIRLWAY, Hugh. The proliferation of international judicial organs and the formation of international law. In: **International Law and The Hague's 750th Anniversary**. Ed. by Wybo P. Heere, 1999.

TICEHURST, Rupert. **The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict a Manual of International Humanitarian Laws**. Edited by Naorem Sanajaoba, foreword by Vincent Nicod. New Delhi: Regency Publications, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11/7/1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRECHSEL, Stefan. **Human Rights in Criminal Proceedings**. Stefan Trechsel with the assistance of Sarah J. Summers. Oxford University Press, 2005.

TRIFFTERER, Otto. The New International Criminal Law, its general principles establishing individual criminal responsibility. In: **The New International Criminal Law**: 2001 International Law Session. Ed. by Kalliopi Koufa. 2003, p.643-727.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRINDADE, Antônio Cançado. **Resultados da Condeferência Mundial de Direitos Humanos**: Viena 1993, Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/18/dtr/dtr1.pdfbalança>>. Acesso em: 15 set. 2009.

VAILHÉ, Judith. Les opinions individuelles dès juges devant les Tribunaux Internationaux. In: **Les Sources du Droit International Pénal**: L'expérience des Tribunaux Penal Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale. Direction de M. DELMAS MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT ABDELGAWAD. Paris: Université de Paris. (v. 7, Société de Législation Comparée), p. 443-449.

VAN DEN HERIK, L.J.. The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law. **Developments in International Law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. v. 53.

VASSALI, Giuliano. En marge du droit pénal islamique. In: **Mélanges en l'honneur du doyen P. Bouzat**. Paris: Éditions A. Pedone, 1980, p. 75-100.

VASSALI, Giuliano. **Formula di Radbruch e Diritto Penale**: note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista. Giuffrè Editore, 2001.

VERHAEGEN, Jacques. **Le Droit International Penal de Nuremberg**: acquis et regressions. Bruxelles: Bruylant, 2003.

VERRI, Pietro. **Observações sobre a Tortura**. Prefácio de Dalmo Dallari, tradução Frederico Carotti. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Clássicos).

VERVAELE, John. **A União Européia e a Harmonização da Aplicação das Políticas Penais**. Um *Cessio Bonorum* ao Terceiro Pilar? Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Disponível em: <[http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira\\_edicao/artigo\\_John\\_Vervaele\\_a\\_uni\\_ao.pdf](http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_John_Vervaele_a_uni_ao.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2009.

VIRALLY, Michel. **L'Organisation Mondiale**. Librairie Armand Colin, 1972.

WALLIS, Andrew. **Silent Accomplice**: the untold story of france's role in the rwandan genocide. 2<sup>nd</sup> ed. new york: i.B.Tauris, 2007.

WEIGEND, Thomas. The Harmonization of General Principles of Criminal Law, The Statutes and Jurisprudence of the ICTY, ICTR and the ICC, An Overview. In: **International Criminal Law: Quo Vadis?** Proceedings of the International Conference held in Siracusa, Italy, 28 November – 3 December 2002, on the Occasion of the 30<sup>th</sup> Anniversary of ISISC. Èrès, 2004. (Nouvelles Études Pénales – v. 19 – Association Internationale de Droit Pénal), p. 319-335.

WEILER, Joseph H.H.. **International Crimes of State**: a critical analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility. De Gruyter, 1989.

WEISBURD, A. Mark. The emptiness of the concept of *Jus Cogens*, as illustrated by the war in Bosnia Herzegovina. **Michigan Journal of International Law**, v. 17, afl. 1, 1995, p. 1-51.

WEISS, F.. Time limits for the prosecution of crimes against international law. **The British Yearbook of International Law**, v. 35, 1983, p. 163-195.

WERLE, Gerhard. **Principles of International Criminal Law**. T.M.C. Asser Press, 2005.

WESSELS, Johannes. **Direito Penal** (aspectos fundamentais). Tradução do original alemão e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

WILKINS, Burleigh. In: **The Morality of War**: classical and contemporary readings. Larry May, Eric Rovie, and Steve Viner [ed.], 2006.

WISE, Edward. The Significance of Nuremberg. In: **War Crimes**: the legacy of Nuremberg. Belinda Cooper editor. New York: TV Books, 1999, p. 55-66.

WISE, Edward. The International Criminal Court: a Budget of Paradoxes. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, vol. 8, 2000, page 261-281.

WLADIMIROFF, Michail. Rights of suspects and accused In: **Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law**: the experience of international and national courts. Ed. by Gabrielle Kirk McDonald and Olivia Swaak Goldman. 2000. v.1.

YARNOLD, Barbara M.. The doctrinal basis for the international criminalization process. In: **International Criminal Law Crimes**. BASSIOUNI, M. Cherif. 2nd ed. Transnational, 1999.

ZAPPALÀ, Salvatore. **Human Rights in International Criminal Proceedings**. Oxford University Press, 2005. (Oxford Monographs in International law).

ZAPPALÀ, Salvatore. The Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements. **Journal of International Criminal Justice**, v. 1, afl. 1, 2003, p. 114-134.

ZAPPALÀ, Salvatore. Quale principio di legalità nel diritto internazionale penale? In: **Les Sources du Droit International Pénal**: L'expérience des Tribunaux Penal Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale. Direction de M. DELMAS MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT ABDELGAWAD. Paris: Université de Paris. (v. 7, Societé de Législation Comparée), p. 277-284.

ZOLO, Danilo. Peace through Criminal Law? **Journal of International Criminal Justice**, v. 2, afl. 3, 2004, p. 727-734.

ZUPPI, Alberto Luis. La Jurisdicción Universal para el Juzgamiento de Crímenes contra el Derecho Internacional. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc S.R.L., 2002, p. 390-414.

## INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

### BRASIL

**DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002.** Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em: 23 set. 2009.

**DECRETO Nº 6.583, DE 29 DE SETEMBRO DE 2008.** Promulga o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, em 16 de dezembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2007-2010/2008/Decreto/D6583.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Decreto/D6583.htm)>. Acesso em: 25 set. 2009.

### INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

**Basic Legal Texts.** Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/>>. Acesso em: 21 ago. 2009.

**Assembly of States Parties. Crime of Agression.** Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/Crime+of+Aggression/>>. Acesso em: 25 ago. 2009.

Assembly of States Parties. **States Parties.** Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/The+States+Parties+to+the+Rome+Statute.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2009.

Assembly of States Parties. States Parties. **Latin American and Caribbean States.** Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/Latin+American+and+Caribbean+States/Brazil.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2009.

**Elements of Crimes.** Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9CAEE830-38CF-41D6-AB0B-68E5F9082543/0/Element+of+Crimes+English.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2009.

**Security Council resolutions 1422 (2002) and 1487 (2003).** Disponíveis em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/477/61/PDF/N0247761.pdf?OpenElement>>, <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/394/51/PDF/N0339451.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 21 ago. 2009.

**The Prosecutor v. Gombo.** Case nº ICC-01/05-01/08. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

**The Prosecutor v. Katanga.** Case nº ICC-01/04-01/07, Decision on the Joinder of the Cases against Germain KATANGA and Mathieu NGUDJOLO NGUDJOLO CHUI, 10 March 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc452993.PDF>>. Acesso em: 08 set. 2009.

**The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui.** Case nº ICC-01/04-01/07. Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2009.

**The Prosecutor v. Dyilo.** Case nº ICC-01/04-01/06. Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.PDF>>. Acesso em: 08 set. 2009.

## INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE.

**Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited.** Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>>. Acesso em: 15 set 2009.

**Corful Channel Case.** Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports, 1949, p. 4. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2009.

**Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970).** Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/53/5595.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

**Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory,** Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 136. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2009.

**Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion,** I.C.J. Reports 1996, p. 226. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7497.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2009.

**Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua** (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, paragraph 218. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2009.

**Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion:** I.C.J. Reports 1951, p. 15. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2009.

**United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran**, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 3. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2009.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS.

**Affirmation of the Principles of International Law recognised by the Charter of the Nüremberg Tribunal**. Resolution 95 (I) of the United Nations General Assembly, 11 December 1946. [votação unânime]. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/355?OpenDocument>>. Acesso em: 17 set. 2009.

**Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, 26 November 1968**. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/435?OpenDocument>>. Acesso em: 09 set. 2009.

**European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to Crimes against Humanity and War Crimes. Strasbourg, 25 January 1974**. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/455?OpenDocument>>. Acesso em: 09 set. 2009.

**International Humanitarian law, Treaties & Documents**. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/TOPICS?OpenView#Methods%20and%20Means%20of%20Warfare>>. Acesso em: 09 set. 2009.

**International Humamanitarian Law, Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949**. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/365?OpenDocument>>. Acesso em: 17 set. 2009.

**International Humamanitarian Law, Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea. Geneva, 12 August 1949**. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/370?OpenDocument>>. Acesso em: 17 set. 2009.

**International Humamanitarian Law, Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949**. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/375?OpenDocument>>. Acesso em: 17 set. 2009.

**International Humamanitarian Law, Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949**. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/380?OpenDocument>>. Acesso em: 17 set. 2009.

**International Humamanitarian Law, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977**. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/470?OpenDocument>>. Acesso em: 17 set. 2009.

**International Humamanitarian Law, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977.** Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/475?OpenDocument>>. Acesso em: 17 set. 2009.

**Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land.** The Hague, 29 July 1899. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/INTRO/150?OpenDocument>>. Acesso em: 15 set. 2009.

**Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land.** The Hague, 18 October 1907. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/INTRO/195?OpenDocument>>. Acesso em: 15 set. 2009.

**Convention relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 27 July 1929.** Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/305?OpenDocument>>. Acesso em: 25 set. 2009.

**Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949. Commentary.** Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/COM/365-570060?OpenDocument>>. Acesso em: 17 set. 2009.

**Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nüremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, 1950.** Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/390?OpenDocument>>. Acesso em: 17 set. 2009.

**Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, 26 November 1968.** Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/435?OpenDocument>>. Acesso em: 15 set. 2009.

**European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to Crimes against Humanity and War Crimes.** Strasbourg, 25 January 1974. Disponível em: <<http://www.icrc.org/IHL.NSF/FULL/455?OpenDocument>>. Acesso em: 15 set. 2009.

## INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA

**Agreement between the Government of the Republic of Rwanda and the United Nations on the Enforcement of Sentences of the International Criminal Tribunal for Rwanda,** Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/agreements/rwanda.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2009.

Case Transferred to National Jurisdiction **Munyeshyaka (France), Bucyibaruta (France)**. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/factsheets/detainee.htm>>. Acesso em: 06 set. 2009.

**Letter dated 28 September 1994 from the Permanent Representative of Rwanda to the United Nations Addressed to the President of the Security Council**, 29 September 1994. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/379/92/PDF/N9437992.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 05 set. 2009.

**Letter Dated 26 September 2000 from the President of the International Criminal Tribunal for Rwanda Addressed to the Secretary-General, annexed to Letter Dated 28 September 2000 from the Secretary-General Addressed to the President of the Security Council**. UN Doc. S/2000/925. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/668/67/PDF/N0066867.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 07 set. 2009.

**Letter dated 18 March 2002 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council**, 25 March 2002. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/301/98/PDF/N0230198.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 07 set. 2009.

**Rules Covering the Detention of Persons Awaiting Trial or Appeal Before the Tribunal or Otherwise Detained on the Authority of the Tribunal**, Disponível em: <[http://www.ictr.org/ENGLISH/basicdocs/detention/detention\\_07.pdf](http://www.ictr.org/ENGLISH/basicdocs/detention/detention_07.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2009.

**Security Council resolution 935 (1994)**. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/273/51/PDF/N9427351.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 04 set. 2009.

**Security Council resolution 955 (1994)**. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/Resolutions/955e.htm>>. Acesso em: 04 set. 2009.

**Security Council resolution 1329 (2000)**. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/Resolutions/1329e.htm>>. Acesso em: 04 set. 2009. UNITED NATIONS.

**Security Council resolution 1503 (2003)**. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/Resolutions/s-res-1503e.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2009.

**Security Council resolution 1534 (2004)**. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/Resolutions/s-res-1534e.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2009.

**Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808**, Disponível em:

<[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_re808\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf)>.  
Acesso em: 30 ago. 2009.

**Report of the Secretary- General pursuant to paragraph 5 of Security Council Resolution 955 (1994).** Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/043/02/PDF/N9504302.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 04 set. 2009.

**Report of the Secretary-General on the Activities of the Office of Internal Oversight Services (1997).** Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/035/13/PDF/N9703513.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 04 set. 2009.

**Report of the Secretary-General on the Activities of the Office of Internal Oversight Services (1998).** Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/027/63/PDF/N9802763.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 04 set. 2009.

**Report of the Secretary-General on the Activities of the Office of Internal Oversight Services (2001).** Disponível em: <[http://www.un.org/Depts/oios/reports/a55\\_759.pdf](http://www.un.org/Depts/oios/reports/a55_759.pdf)>. Acesso em: 04 set. 2009.

**Rules of Procedure and Evidence,** Disponível em: <<http://www.ictt.org/default.htm>>. Acesso em: 19 set. 2009.

**Statement by INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. The prosecutor of the ICTR, Justice Hassan B. Jallow to the United Nations Security Council, 4 June 2009.** Disponível em: <<http://www.ictt.org/ENGLISH/speeches/jallow090604.htm>>. Acesso em: 06 ago. 2009.

**Kanyabashi v. The Prosecutor.** Joint Separate and Concurring Opinion of Judge Wang Tiewa and Judge Rafael Nieto-Navia, 3 jun 1999. Disponível em: <<http://www.ictt.org/ENGLISH/cases/Kanyabashi/decisions/030699teiyanieto.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2009.

**Kanyabashi v. The Prosecutor.** Case Nº 96-15-A. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on the Jurisdiction of Trial Chamber I, 3 June 1999. Disponível em: <<http://www.ictt.org/ENGLISH/cases/Kanyabashi/decisions/030699.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2009.

**The Prosecutor v. Akayesu.** Case Nº ICTR-96-4-T. Judgement, 2 September 1998. Disponível em: <<http://www.ictt.org/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm#6>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

**The Prosecutor v. Bagosora.** Case N° ICTR-96-7-T. Decision on the Defence Motion for Pre-determination of Rules of Evidence, 8 July, 1998.

**The Prosecutor v. Bucyibaruta.** Case N° ICTR-2005-85-I. Decision on Prosecutor's Request for Referral of Laurent Bucyibaruta's Indictment to France, 20 November 2007. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Bucyibaruta/decisions/071120.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2009.

**The Prosecutor v. Barayagwiza.** Decision, 3 November 1999. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Barayagwiza/decisions/dcs991103.htm>>. Acesso em: 05 set. 2009.

**The Prosecutor v. Kambanda.** Case N° ICTR-97-23-S. Judgement and Sentence, 4 Sept 1998. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Kambanda/judgement/kambanda.html>>. Acesso em: 05 set. 2009.

**The Prosecutor v. Kanyabashi.** Case N° ICTR-96-15-T. Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 18 June 1997. Disponível em: <<http://www.ictr.org/default.htm>>. Acesso em: 04 set. 2009.

**The Prosecutor v. Kayishema,** Case N° ICTR-95-1-T. Judgement, 21 May 1999. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/KayRuz/judgement/4.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

**The Prosecutor v. Musema.** Case N° ICTR-96-13-A. Judgement and Sentence, 27 January 2000. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Musema/judgement/3.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

**The Prosecutor v. Renzaho.** Case N° ICTR-97-31-T. Judgement and Sentence, 14 July 2009. Disponível em: <<http://www.ictr.org/default.htm>>. Acesso em: 05 set. 2009.

**The Prosecutor v. Rutaganda.** Case N° ICTR 96-3. Judgement, 6 December 1999. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Rutaganda/judgement/2.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

**The Prosecutor v Rutaganda.** Case N° ICTR-96-3-T. Sentence, 6 Dec 1999. Disponível em: <<http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Rutaganda/judgement/7.htm>>. Acesso em: 05 set. 2009.

## INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA

**Amendments to the Rules of Procedure and Evidence,** IT/265, 24 July 2009. Disponível em:

[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules\\_procedure\\_evidence/IT32Rev42a\\_mendments\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT32Rev42a_mendments_en.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2009.

**Detention.** Disponível em: <<http://www.icty.org/sections/LegalLibrary/Detention>>. Acesso em: 01 set. 2009.

**Practice Directions.** Disponível em: <<http://www.icty.org/sections/LegalLibrary/PracticeDirections>>. Acesso em: 01 set. 2009.

**Letter Dated 19 September 2000 from the President of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Addressed to the Secretary-General annexed to Letter Dated 26 September 2000 from the Secretary-General Addressed to the President of the Security Council.** UN Doc. S/2000/904. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/659/95/PDF/N0065995.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 07 set. 2009.

**Letter dated 18 March 2002 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council,** 25 March 2002. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/301/98/PDF/N0230198.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 07 set. 2009.

**Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808.** Disponível em: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_re808\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2009.

**Rules Governing the Detention of Persons awaiting Trial or Appeal before the Tribunal or otherwise Detained on the Authority of the Tribunal, Rev. 9, 21 July 2005.** Disponível em: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Detention/IT38UNDU\\_rules\\_rev9\\_2005\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Detention/IT38UNDU_rules_rev9_2005_en.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2009.

**Security Council resolution 827 (1993).** Disponível em: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_827\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2009.

**Security Council resolution 1329 (2000).** Disponível em: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_1329\\_2000\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_1329_2000_en.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2009.

**Security Council resolution 1503 (2003).** Disponível em:  
<[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_1503\\_2003\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_1503_2003_en.pdf)>.  
Acesso em: 29 ago. 2009.

**Security Council resolution 1534 (2004).** Disponível em:  
<[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_1534\\_2004\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_1534_2004_en.pdf)>.  
Acesso em: 29 ago. 2009.

**The Prosecutor v. Aleksovski.** Decision on Prosecutor's Appeal on Admissibility of Evidence, 16 February 1999. Disponível em:  
<<http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acdec/en/90216EV36313.htm>>. Acesso em: 01 set. 2009.

**The Prosecutor v. Aleksovski.** Case Nº IT-95-14/1-T, Judgement, 25 June 1999. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/tjug/en/ale-tj990625e.pdf>>.  
Acesso em: 21 ago. 2009.

**The Prosecutor v. Aleksovski.** Case Nº IT-95-14/1-A. Judgment, 24 March 2000. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/en/ale-asj000324e.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

**The Prosecutor v. Blaskic.** Case Nº IT-95-14-T. Judgement, 3 March 2000. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>>.  
Acesso em: 29 ago. 2009.

**The Prosecutor v. Delalic.** Decision on Application for leave to Appeal, 6 December 1996. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/acdec/en/61206FI3.htm>>.  
Acesso em: 30 ago. 2009.

**The Prosecutor v. Delalic et al.** Case Nº IT-96-21-T. Judgement, 16 November 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/cel-tj981116e.pdf>>.  
Acesso em: 20 ago. 2009.

**The Prosecutor v. Delalic et al.** Case Nº IT-96-21-A. Judgment, 20 February 2001. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>>.  
Acesso em: 30 ago. 2009.

**The Prosecutor v. Dusko Tadic,** Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 August 1995. Disponível em:  
<<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/100895.htm>>. Acesso em: 01 set. 2009.

**The Prosecutor v. Dusko Tadic.** Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>. Acesso em: 01 set. 2009.

**The Prosecutor v. Dusko Tadic.** Case N° IT-94-1-T. Decision on the Defence motion on the principle of non-bis-in-idem, 14 November 1995. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/951114.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2009.

**The Prosecutor v. Dusko Tadic.** Case N° IT-94-1-T. Judgement, 7 May 1997. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

**The Prosecutor v. Dusko Tadic.** Case No. IT-94-1-A, Judgement, 15 July 1999. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2009.

**The Prosecutor v. Erdemovic.** Case N° IT-96-22-T. Sentencing Judgement, 29 november 1996. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-ts961129e.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2009.

**The Prosecutor v. Erdemovic.** Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, 7 October 1997. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-adoicas971007e.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

**The Prosecutor v. Erdemovic.** Judgement, Joint Separate Opinion of Judge Macdonald and Judge Vohrah, 7 October 1997. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2009.

**The Prosecutor v. Furundzija.** Case N° IT-95-17/1-T. Judgement, 10 December 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

**The Prosecutor v. Jelusic.** Case N° IT-95-10-T. Judgement, 14 December 1999. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/jelusic/tjug/en/jel-tj991214e.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2009.

**The Prosecutor v. Kunarac et al.**. Case N° IT-96-23 & IT-96-23/1-A. Judgement, 12 June 2002. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2009.

**The Prosecutor v. Kupreskic.** Case N° IT-95-16-T. Judgement, 14 January 2000, parágrafo 740. Disponível em:<<http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

**The Prosecutor v. Krstic.** Case N° IT-98-33-T. Judgement, 2 August 2001. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

**The Prosecutor v. Kvočka.** Decision on Preliminary Motions on the form of the Indictment, 12 April 1999. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kvocka/tdec/en/90412F156822.htm>>. Acesso em: 05 set. 2009.

#### INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL (AVALON PROJECT)

**Judgment of the International Military Tribunal, General.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judgen.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

**Judgment of the International Military Tribunal, The Accused Organizations, General.** Disponível em:< <http://avalon.law.yale.edu/imt/judorg.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

**Judgment of the International Military Tribunal, The Law as to the Common Plan or Conspiracy.** Disponível em:<<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawco.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

**Judgment of the International Military Tribunal, The Law Relating to War Crimes and Crimes Against Humanity.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawre.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

**Judgment of the International Military Tribunal, The Law of the Charter.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

**Judgement, The Law Relating to War Crimes and Crimes Against Humanity.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawre.asp>>. Acesso em: 12 set. 2009.

**Judgment of the International Military Tribunal, Violation of International Treaties, General.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judviol.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

**Judgment of the International Military Tribunal, War Crimes and Crimes Against Humanity, General.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judwarcr.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

**London Agreement of August 8th 1945.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

**Rules of Procedure, Adopted 29 October 1945.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtrules.asp>>. Acesso em: 09 set. 2009.

**Statement by Justice Jackson on War Trials Agreement, August 12, 1945.** Disponível em: <[http://avalon.law.yale.edu/imt/imt\\_jack02.asp](http://avalon.law.yale.edu/imt/imt_jack02.asp)>. Acesso em: 09 set. 2009.

**The Moscow Conference, October 1943.** Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/wwii/moscow.asp#imtmoscow>>. Acesso em: 09 set. 2009.

## INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST (HYPERWAR)

**Judgement (English Translation), PART A - Chapter I, Establishment and Proceedings of the Tribunal.** Disponível em: <<http://ibiblio.net/hyperwar/////PTO/IMTFE/IMTFE-1.html>>. Acesso em: 11 set. 2009.

**Judgement (English Translation), Annex A-1, The Potsdam Declaration, 26 July 1945.** Disponível em: <<http://ibiblio.net/hyperwar/////PTO/IMTFE/IMTFE-A1.html>>. Acesso em: 11 set. 2009.

**Judgement (English Translation), Annex 3 Moscow Conference Agreement.** Disponível em: <<http://ibiblio.net/hyperwar/////PTO/IMTFE/IMTFE-A3.html>>. Acesso em: 11 set. 2009.

**Judgement (English Translation), Annex 4 Special Proclamation, Establishment of an International Military Tribunal for the Far East.** Disponível em: <<http://ibiblio.net/hyperwar/////PTO/IMTFE/IMTFE-A4.html>>. Acesso em: 11 set. 2009.

**Judgement (English Translation), Annex 5 Charter of the International Military Tribunal for the Far East.** Disponível em: <<http://ibiblio.net/hyperwar/////PTO/IMTFE/IMTFE-A5.html>>. Acesso em: 11 set. 2009.

**Judgement (English Translation)**, Annex 6 Appendix B List of Articles of Treaties violated by Japan and incorporated in Groups One and Two, Disponível em: <<http://ibiblio.net/hyperwar/////PTO/IMTFE/IMTFE-A6B.html>>. Acesso em: 11 set. 2009.

**Judgement (English Translation)**, Chapter II, The Law, (a) Jurisdiction of the Tribunal. Disponível em: <<http://ibiblio.net/hyperwar/////PTO/IMTFE/IMTFE-2.html>>. Acesso em: 11 set. 2009.

**Judgement (English Translation)**, Chapter II, The Law, (b) Responsibility for War Crimes Against Prisoners, Disponível em: <<http://ibiblio.net/hyperwar/////PTO/IMTFE/IMTFE-2.html>>, Acesso em: 11 set. 2009.

#### MEDITERRANIAN ACADEMY OF DIPLOMATIC STUDIES

**Arab Charter on Human Rights**, adopted on 15 September 1994 (not yet ratified as of 30 June 1997). Disponível em: <<http://textus.diplomacy.edu/thina/TxFsetW.asp?tURL=http://textus.diplomacy.edu/thina/TxGetXDoc.asp?IDConv=2832>>. Acesso em: 18 set. 2009.

#### MERCOSUL

**Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais.** MERCOSUL/CMC/DEC. N° 2/96. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/msweb/Normas/Tratado%20e%20Protocolos/Dec\\_002\\_096\\_Prot%20Assist%20Jur%20M%C3%BAtua%20Assunt%20Penais\\_At%201\\_96.pdf](http://www.mercosur.int/msweb/Normas/Tratado%20e%20Protocolos/Dec_002_096_Prot%20Assist%20Jur%20M%C3%BAtua%20Assunt%20Penais_At%201_96.pdf)>. Acesso em 25 set. 2009.

#### ORGANIZATION OF AMERICAN STATES

**Convention Americana sobre Derechos Humanos**, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-32.html>>. Acesso em: 04 set. 2009.

#### UNITED NATIONS

**Basic Principles for the Treatment of Prisoners.** Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/565/00/IMG/NR056500.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 03 set. 2009.

**Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos**, 27 de julio de 1981. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2009.

**Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol No. 11 with Protocol Nos. 1, 4, 6, 7, 12 and 13**. Disponível em: <[http://treaties.un.org/doc/Treaties/1990/09/19900902%2003-14%20AM/Ch\\_IV\\_11p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1990/09/19900902%2003-14%20AM/Ch_IV_11p.pdf)>. Acesso em: 04 set. 2009.

**Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001**. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2009.

**Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949**. Disponível em: <<http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2075/volume-75-I-972-English.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2009.

**Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949**. Disponível em: <<http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2075/volume-75-I-972-English.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2009.

**Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I)**. Disponível em: <<http://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800f3586>>. Acesso em: 03 set. 2009.

**Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of non-international armed conflicts (Protocol II)**. Disponível em: <<http://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800f3cb8>>. Acesso em: 03 set. 2009.

**International Covenant on Civil and Political Rights. Adopted by General Assembly of the United Nations on 19 December 1966**. Disponível em: <<http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20999/volume-999-I-14668-English.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2009.

**International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism, 13 April 2005**. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/494/53/PDF/N0449453.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 09 set. 2009.

**International Law Commission, Texts, instruments and final reports**. Disponível em: <<http://untreaty.un.org/ilc/texts/texts.htm>>. Acesso em: 16 set. 2009.

**The Universal Declaration of Human Rights**, 10 december 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. Acesso em: 04 set. 2009.

**Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, 12 June 1968.** Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/240/63/IMG/NR024063.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 03 set. 2009.

**Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass Destruction on the Sea-Bed and the Ocean Floor and in the Subsoil Thereof , 7 December, 1970.** Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/349/25/IMG/NR034925.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 03 set. 2009.

**World Conference on Human Rights, Vienna, 14-25 June 1993, Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF.157/23.** Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/be26ac5be3286d86802567c9004b2dad?Opendocument>>. Acesso em: 15 set. 2009. Ver também

**World Conference on Human Rights General Assembly resolution 48/121 of 20 December 1993, A/RES/48/121.** Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/be26ac5be3286d86802567c9004b2dad?Opendocument>>. Acesso em: 15 set. 2009.