



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Maria Inês dos Santos Freixo

***NULLUM CRIMEN SINE LEGE NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL
O PROBLEMA DA CRIAÇÃO EX POST FACTO DE CRIMES***

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na área de Especialização em Ciências Jurídico Forenses, sob orientação do Professor Doutor Pedro Caeiro.

Coimbra, 2015

Introdução

O objetivo do presente estudo é analisar o problema da criação *ex post facto* de crimes no direito internacional penal, tentando perceber e contextualizar os importantes papéis desempenhados pelo princípio da legalidade, um princípio fundamental no espaço jurídico-penal, e pelo costume internacional como fonte de direito internacional penal, de forma a suplantar a (quase) necessária dicotomia entre ambos.

Um sistema legal tem de responder de forma positiva a duas exigências, por vezes antagónicas: a exigência da certeza e segurança jurídicas e a contínua exigência de apresentar respostas perante a constante transformação social¹.

O direito internacional penal não pode dar como realizada a sua missão quando dúvidas se levantam relativamente ao respeito pelos direitos fundamentais dos arguidos, mormente, quando aparenta não reconhecer aos indivíduos uma das mais fundamentais formas de defesa perante uma acusação criminal², o direito de não ver a sua conduta sujeita a uma criminalização *a posteriori*.

O juízo penal relativo ao incumprimento de uma regra de conduta presume a liberdade do agente refletida na sua ação. Esta liberdade só se verifica quando o agente tem conhecimento da proibição, o que resulta da emanção *ex ante* dessa mesma regra. É esta mensagem prévia e clara que legitima a apreciação *ex post* dessa mesma violação, sem a qual a intervenção penal perde o seu fundamento e não cumpre a sua finalidade de reforço das expetativas comunitárias na validade do direito, abaladas com a prática do crime³.

Esta premissa é tanto verdade nos ordenamentos jurídicos nacionais como no contexto internacional, mesmo que este último, como veremos, se encontre ainda numa fase embrionária, o que parece criar efetivas dificuldades de aplicação do princípio.

Este é o argumento que envolve o presente trabalho, cuja análise será feita em três partes.

Uma primeira parte (Parte I – Contextualização Problemática), que pretende ser ainda uma nota introdutória, marcada por um tom descritivo na qual será feita uma análise

¹ Neste sentido, *Prosecutor v. Zlato Aleksovki*, Case No. IT-95-14/1-A, Judgment in the Appeals Chamber, 24 de março de 2000, §§ 92 a 97.

² As citações serão feitas em língua portuguesa, sendo as mesmas da responsabilidade do autor, com exceção das expressões que devam permanecer inalteradas e que, por isso, aparecerão no idioma original. BETH VAN SCHAAK, “*Crimen sine lege*: judicial Law Making at the Intersection of Law and Morals”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97, issue 1, 2008” cit., p.119.

³ FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, cit., p.105 e ss.

geral do direito internacional penal e do princípio da legalidade penal, de forma a perceber as suas raízes, fundamentos e importância. Pretende-se analisar, nesta primeira parte, o princípio quanto à sua origem e interpretação, e ainda a sua contextualização a nível internacional, numa ponte entre a *common law* e a *civil law*.

Na segunda parte (Parte II – Evolução Jurisprudencial e Normativa do Princípio), será feita uma síntese histórica da aplicação do princípio no direito internacional penal. Pretende-se examinar, ainda que de forma sucinta, a evolução histórica do princípio da legalidade no contexto internacional, através da análise dos mais representativos textos de direito internacional público que consagraram o princípio da legalidade na segunda metade do século XX e que lhe deram a solidez e força de um princípio de direito internacional. Analisaremos o princípio não só de um ponto de vista nacional – por meio de uma breve nota acerca da relação entre o princípio da legalidade no direito internacional penal e o ordenamento jurídico português –, mas também de um ponto de vista regional, mostrando o importante papel da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Por fim, dedicaremos alguma atenção aos Julgamentos de Nuremberga, ao Tribunal Internacional Penal para a Ex-Jugoslávia (TPIJ) e ao Tribunal Especial para a Serra Leoa (TESL). Da jurisprudência dos Tribunais Internacionais serão comentados dois casos em particular. O primeiro, retirado da jurisprudência do TPIJ, onde se pretende, sobretudo, analisar a aplicabilidade do princípio *nullum crimen* a novas formas de imputação. No segundo caso, decidido pelo TESL, interrogar-nos-emos a respeito dos limites da interpretação extensiva do costume internacional, quando há uma tentativa, por parte dos juízes, de dar resposta a novas formas de criminalidade.

Finalmente, na terceira e última parte (Parte III – O Presente e o Futuro do *Nullum Crimen* no Direito Internacional), faremos breves considerações sobre o Tribunal Penal Internacional (TPI) e respetivo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (ERTPI).

Como conclusão, será analisada a atual problemática perante o necessário diálogo entre a imprecisão gerada pelo costume internacional, como fonte fundamental de direito internacional penal, e a obrigatoriedade internacional de respeitar o princípio da legalidade perante a necessidade de dar resposta a novas e inesperadas formas de criminalidade internacional.

Um texto através do qual o autor se propõe analisar o princípio da legalidade, e o seu importante papel no direito (internacional) penal, de forma sintética aparenta conter *ad*

initium um vício, o de pretender apresentar uma realidade demasiado rica e complexa em poucas palavras. Este foi, porventura, o maior desafio encontrado. Contudo, este trabalho não pretende (nem pode) fazer um extenso exame sobre a legalidade penal internacional. Diversamente, deseja ser um texto através do qual se busca perceber e demonstrar alguns pontos concretos, essenciais e problemáticos do percurso percorrido pelo princípio da legalidade penal no direito internacional.

PARTE I

CONTEXTUALIZAÇÃO PROBLEMÁTICA

1. O Princípio da Legalidade no Direito Internacional Penal.

O direito internacional penal apresenta ainda alguma falta de precisão jurídica, tanto ao nível dos tipos legais, como ao nível dos seus princípios orientadores. A ordem jurídico-penal internacional difere das ordens jurídico-penais nacionais pela sua relativa juventude e pela ausência de um legislador centralizado⁴. Não existe um Parlamento cujo mandato seja legislar em matéria jurídico-penal internacional. A lei internacional, tal como descreve o artigo 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) – que enumera as fontes de direito internacional a aplicar diretamente pelo TIJ e indiretamente por outros tribunais que decidam questões internacionais – emerge da concordância entre os Estados, cristalizada em tratados ou sob a forma de costume internacional⁵. As decisões judiciais⁶ são também uma das fontes de direito internacional, às quais cabe, geralmente, o papel de interpretar os tratados e o costume internacional, atendendo à natureza intrinsecamente

⁴ A veracidade desta afirmação poderia ser posta em causa quando falamos de países da *common law*, onde em teoria, a regra do legislador central também não se verificaria. Contudo, os países da *common law* codificaram já a maioria das suas normas penais. Neste sentido, JONATAN THORMUNDSSON, “The Sources of International Criminal Law With Reference to the Human Rights of Domestic Criminal Law” in *Scandinavian Studies in Law*, vol.39, 2000”, p. 389.

⁵ Neste sentido, BETH VAN SCHAAK, “*Crimen sine Lege: Judicial Law Making...*”cit., pp. 137 e 138. A autora explica o complicado processo de criação/alteração legislativa a nível internacional: “Na arena doméstica, existe a expectativa de que o legislador vai retificar os problemas das leis, se estes demonstrarem que podem exonerar indivíduos que tenham cometido atos censuráveis. A única forma através da qual os tratados podem ser emendados é através de um esporádico e lento processo multilateral de elaboração de projetos de alteração. Na verdade, os Estados mostram-se reticentes em renegociar os tratados existentes, não só pelos custos inerentes a tal esforço, mas também pela confusão que pode surgir com a tentativa de manter o controlo de quais Estados ratificaram determinada versão de um tratado.” Mais à frente, ainda no mesmo texto, a autora assinala ainda que “um perfeito sistema positivista é impossível quando o costume internacional – a prática dos Estados com base num sentimento de dever legal – é ainda uma fonte integral de direito internacional penal.

⁶ Cfr. art. 38º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, “1 - O Tribunal, cuja função é decidir em conformidade com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) As convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) O costume internacional como prova de uma prática geral aceite como direito; c) Os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas; d) Com ressalva das disposições do artigo 59º as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.” As fontes de direito do artigo 38º não se encontram elencadas de forma a estabelecer uma ordem hierárquica, a interpretação deste artigo pode ser feita no sentido de estabelecer os tratados, o costume internacional e os princípios gerais de direito como lei internacional e as decisões judiciais e a doutrina como fontes subsidiárias de interpretação das leis.

imprecisa deste último⁷ – que se vai formando através de um processo complexo, gradual e evolutivo que espelhe tanto a prática dos Estados (e das organizações internacionais⁸), como a *opinio juris* – o contributo dos juízes internacionais é essencial para a determinação da lei internacional.

O direito internacional público é, como já foi referido *supra*, o resultado do diálogo entre Estados soberanos e da confluência dos seus sistemas legais (podemos falar em três grandes sistemas a nível mundial: *common law*, *civil law* e a Sharia ou lei islâmica; nas palavras de Francisco Ferreira de Almeida, o direito internacional penal tem subjacente uma pretensão de síntese dialética de concepções dogmáticas oriundas de diferentes sistemas e escolas do pensamento jurídico⁹). É, por isso, um sistema legal inevitavelmente lacunoso, marcado pela incontestável importância do costume na sua formação. A porosidade do direito internacional é consequência tradição da *common law*¹⁰ (amplamente inspiradora do direito internacional penal) e da gorada influência da tradição continental, que não logrou porém, construir um *corpus juris* suficientemente forte, que concretize exigência de segurança jurídica que deve caracterizar o direito penal. Um ramo do direito onde a certeza deve imperar.

A falta de um corpo considerável de leis levou os juízes internacionais a empreenderem a (difícil) tarefa de completar as falhas existentes. No plano internacional, não escassas vezes, as questões são abordadas com uma necessária criatividade, da qual brota um importante aperfeiçoamento de determinados conceitos, o que pode gerar problemas relacionados com a aplicação do princípio da legalidade. Nas palavras de

⁷ Vide FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Internacional Público*, 2ª edição Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp.158 e 159. O autor explica que o costume internacional é uma “fonte formal” de DIP *sui generis* que não encontra qualquer expressão (formal) escrita, “bem pelo contrário, estamos na presença de um *modo espontâneo* de surgimento de normas jurídicas; normas essas cujo concreto alcance só mediante a análise de determinados comportamentos (*processo social empírico*) se tornará perceptível (R.AGO; J. BARBERIS; COMABAUS/S.SUR):” e esclarece ainda que o costume internacional pressupõe a conjugação de dois elementos distintos: o elemento material ou objetivo (adoção reiterada e uniforme de certos atos, *precedentes*) e o elemento psicológico ou subjetivo (o sentimento que que esses atos são obrigatórios e correspondem a uma exigência de justiça).

⁸ As organizações internacionais são hodiernamente, ao lado dos Estados, sujeitos de direito internacional que participam também no processo de criação do costume internacional.

⁹ FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, “Codificação e Desenvolvimento Progressivo do Direito Internacional Penal”, *Boletim da Faculdade de direito*, vol. 88, Coimbra, 2012, cit., p. 617.

¹⁰ Como demonstra KAI AMBOS, *A Parte Geral Do Direito Penal Internacional - Bases para uma elaboração dogmática*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 50. O direito internacional penal sofreu e sofre até aos dias de hoje uma forte influência da *common law*, nas palavras do autor referindo-se ao sistema da *common law* “ele tem determinado decisivamente, quase de maneira exclusiva, a evolução da jurisprudência e das codificações de direito penal internacional”. *Vide infra*, ponto 1.2 *Common law e Civil Law*.

Wolfgang Friedmann, *a fronteira entre a interpretação da lei existente e a criação de novas leis é inevitavelmente fluída*¹¹.

O conjunto de características *supra* mencionado, associado ao fato de esta ordem estar reservada para os “crimes mais graves que afetam a comunidade internacional no seu conjunto”¹² – que, geralmente, são praticados num contexto caracterizado pelo exercício sistemático ou massivo de violência, em regra a cargo de uma entidade coletiva que, normalmente coincide com o Estado¹³ e, normalmente, sob formas até então ignoradas – pode levantar problemas de legalidade penal.

1.1. O Princípio da Legalidade.

A intervenção penal só é legítima se representar e respeitar a vontade da maioria. Um dos princípios penais que garante a legitimidade da lei penal – defendendo os indivíduos contra a arbitrariedade contida em novas e inesperadas formas de criminalização que levariam a uma perda de liberdade individual dos cidadãos, impensável num Estado de Direito Democrático – é o princípio da legalidade penal¹⁴. O princípio da legalidade surge no pensamento liberal dos séculos XVIII e XIX como forma de limitar o poder dos governantes. Como escreveu Franz Von Liszt, em 1893, os princípios *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege* são o baluarte dos cidadãos contra a onnipresença do Estado, estes protegem os indivíduos contra o implacável poder da maioria, contra o leviatã, ainda que possa parecer paradoxal, o código penal é a *Magna Charta* do arguido,

¹¹ WOLFGANG FRIEDMANN, “The North Sea Continental Shelf Cases – A Critique”, *American Journal of International Law*, nº64, 1970, cit., p. 235.

¹² Cfr. art. 5.º/1 do Estatuto de Roma.

¹³ GERHARD WERLE, *apud*, JOANA COSTA, *Joint Criminal Enterprise - O Problema da Imputação Individual do Facto Colectivo na Jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, cit., p.19.

¹⁴ O princípio da legalidade foi uma das conquistas de Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1778, respondendo assim à arbitrariedade que caracterizava a criação de lei e sua aplicação pelos juizes no *Ancien Régime*. Pedra angular da teoria moderna do Estado de Direito Democrático e princípio indispensável ao sistema de direitos humanos. Atualmente, faz parte da maioria dos sistemas legais nacionais, “Mais de quatro quintos dos estados membros das Nações Unidas (162 de 192, ou cerca de 84 por cento) reconhecem a não retroatividade de crimes (*nullum crimen*), assim como mais de três quartos (147 de 192, ou cerca de 76 por cento) aplicam a não retroatividade de penas mais severas (*nulla poena*) nas suas Constituições, quer isto dizer que uma significativa maioria dos países recebe ambas as doutrinas no documento máximo dos seus ordenamentos jurídicos nacionais” Cfr. KENNETH GALLANT, *The Principle of Legality in International and Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 243 e 244.

este garante o seu direito a ser punido apenas quando preenchidos os requisitos presentes na lei e apenas dentro dos limites estabelecidos por lei¹⁵.

O princípio da legalidade abrange tanto a conduta do autor e a consequência jurídica que lhe será aplicada, como a necessária clareza e precisão do texto penal. Num sentido mais lato, o princípio da legalidade, na sua dimensão substantiva, sintetiza em si: o princípio da não retroatividade (*nullum crimen sine lege* ou, como propõe M. Cherif Bassiouni, *nullum crimen sine jure*, de forma a abarcar também fontes de direito não escrito¹⁶); o princípio da não retroatividade das penas (*nulla poena sine lege*); a exigência de lei prévia escrita que determine a conduta criminosa (*praevia lege scripta*) e que não pode ser afastada por uma norma posterior, a menos que essa norma seja mais favorável para o agente (*lex mitius*); o princípio da proibição da analogia (quando esta vise fundar ou agravar a responsabilidade do agente); e os requisitos de certeza, especificidade e determinabilidade. Segundo Figueiredo Dias, importa que a descrição da matéria proibida seja levada até a um ponto em que se tornem objetivamente determináveis os comportamentos proibidos e sancionados e, conseqüentemente, se torne objetivamente motivável e dirigível a conduta dos cidadãos¹⁷.

A legalidade penal visa assegurar que a ingerência penal ocorre apenas quando existe uma lei, certa, prévia e exata, que estabelece um crime, fazendo a sua descrição e impondo-lhe uma consequência jurídica de forma a evitar a punição arbitrária dos indivíduos, por condutas que até então eram permitidas, ou não expressamente proibidas.

1.2. A *Common Law* e a *Civil Law*.

Como referido *supra*¹⁸, tanto os sistemas da *common law* como da *civil law* influenciaram profundamente – ainda que de forma desigual – o sistema penal internacional.

Desde logo, é evidente a influência anglo-americana no direito internacional penal, dado que tanto a jurisprudência penal internacional como as codificações partem de um

¹⁵ ANTONIO CASSESE, *Internacional Criminal Law - Second edition*, Oxford: Oxford University Press, 2008, cit., p. 37.

¹⁶ M. CHERIF BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in Internacional Criminal Law*, p.144.

¹⁷ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral Do Crime*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.186.

¹⁸ *Vide supra* nota 9.

sistema de imputação bipartido, consistente em regras de responsabilidade individual e regras sobre as *defences*. Esta *estrutura básica*, que corresponde à estrutura bipartida do delito diferencia entre o aspeto objetivo e o aspeto subjetivo do fato (*actus reus e mens rea*)¹⁹.

Sendo verdade que subsistem diferenças incontestáveis entre os dois sistemas, no plano dos princípios (que é aquele que nos cabe compreender) existem mais similitudes entre *civil law* e *common law* do que comumente é afirmado²⁰. Não é, todavia, errado afirmar que o conteúdo substancial do princípio da legalidade penal pode variar de acordo com os diferentes sistemas legais. Apesar de o presente trabalho não desejar (nem poder) ser uma exposição de direito comparado, é essencial para a compreensão do princípio da legalidade no direito internacional penal fazer uma incursão, ainda que perfuntória, rumo à compreensão dos traços que marcam a diversidade na doutrina do princípio da legalidade nos países de tradição continental e nos países da *common law*.

Nos países de tradição continental, a exigência de legalidade traduz-se através da máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta parlamentaria*: a lei penal deve ser geral, abstrata, prévia e emanada por um órgão autónomo com poderes legislativos que represente a vontade popular²¹.

Tradicionalmente, a *common law* exigia uma aplicação menos exigente deste princípio, permitindo uma maior elasticidade na sua aplicação. Como escreveu Joseph Story, a *common law* não é por natureza um sistema absolutamente fixo e inflexível, como a *statute law* (...) pelo contrário é um sistema constituído por princípios elementares e verdades jurídicas gerais, que vão sendo continuamente desenvolvidas com o progresso da sociedade²².

Porém, também nestes sistemas ganhou robustez o movimento de codificação das normas penais. Os imperativos de certeza, precisão e clareza jurídicas fizeram-se ouvir e a maioria dos países tem, atualmente, um conjunto de normas que define as condutas criminosas²³. Hoje em dia, a maioria dos Estados criados depois da Segunda Guerra

¹⁹ KAI AMBOS, *A Parte Geral...*, cit., p.575.

²⁰ Neste sentido, *vide*, KAI AMBOS, *A Parte Geral...* p. 51

²¹ No caso português a lei penal obedece à exigência de reserva relativa de lei, tendo de ser emanada ou aprovada pelo Parlamento, Art. 165º/1/c) da CRP.

²² JOSEPH STORY, *apud*, PAUL H. ROBINSON, “Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol.154, 2005, p. 338.

²³ *Vide* CLAUS KREB, “Nulla Poena Nullum Crimen Sine Lege” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg: Heidelberg and Oxford University Press, 2010, p.3.

Mundial, (exceto o Brunei) aceitaram ou através da sua Constituição, ou através de um Estatuto ou de um Tratado, a não retroatividade de crimes (e penas)²⁴, o que exige dos juízes uma cada vez menor intervenção imaginativa. O princípio da não retroatividade é, hodiernamente, observado nos países da *common law*, tal como nos países de tradição continental²⁵. Os dois sistemas estão hoje mais próximos²⁶. Contudo, e como aponta Claus Kieß, a proibição da retroatividade não exclui a interpretação progressiva da lei penal através da prática dos tribunais, quando tal se limitar a clarificar gradualmente normas de responsabilidade penal através da interpretação judicial de caso para caso. (...) desde que o resultado desta interpretação progressiva seja ainda consistente com a substância da ofensa e razoavelmente previsível²⁷.

Para concluir, é de notar que uma leitura atenta de alguns autores que escreveram sobre o princípio da legalidade – nos sistemas da *common law* –, mostra que estes estão, ainda, muito vulneráveis ao ativismo dos juízes. É visível o rigor com que a maioria destes autores se refere a um gradual desaparecimento dos chamados *common law crimes*, o que muito se pode dever à falta de codificação penal que ainda subsiste nestes países²⁸.

²⁴ KENNETH S. GALLANT, *The Principle of Legality...*, cit., p.302.

²⁵ Para discussão, vide, SUSAN LAMB, “*Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege* in International Criminal Law”, p.740. ” in CASSESE, Antonio et al., *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, vol.1, Oxford: Oxford Press, 2002, pp. 733 a 766. A autora parece defender que a proibição da retroatividade da lei penal, completamente enraizada nos sistemas legais da *civil law*, não tem a mesma autoridade legal nos países da *common law*. Ainda que na maioria dos ordenamentos domésticos, atualmente, seja proibida a aplicação retroativa da lei penal. É esta última afirmação nos leva a defender que hoje em dia a diferença entre *civil law* e *common law* no que diz respeito à legalidade penal se encontra já diluída, independentemente da caracterização legal que possa ter o princípio, sabemos que na maioria dos sistemas da *civil law*, a proibição da legalidade tem assento constitucional o que não acontece na *common law*. Uma importante exceção é o caso estadunidense, onde a proibição de criação de leis penais *ex post facto* tem já assento constitucional, Constituição dos Estados Unidos da América art. I, § 9, cl. 3 (*No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.*); Constituição dos Estados Unidos da América art. I, § 10, cl. 1 (*No State shall... pass any Bill of Attainder, [or] ex post facto Law...*), vide, PAUL H. ROBINSON, “Fair Notice and Fair Adjudication...”, p. 348. No caso Britânico, Em 1973 a *House of Lords* aboliu a doutrina da discricionariedade dos tribunais para a criação de crimes (*common law crimes*) - *Kneller [Publishing, Printing and Promotion] Ltd v Director of Public Prosecutions, Judgment*, House of Lords, 14 de junho de 1972.

²⁶ GEORGE FLETCHER, “The Influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Law” in CASSESE, Antonio et al., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p.104. O autor refere “Nenhum sistema legal, hoje em dia, funciona sem uma forte confiança nos *case law*, e os sistemas da *common law* são fortemente regidos por Estatutos, senão mesmo por códigos tão sofisticados como o código civil alemão (BGB)”

²⁷ CLAUS KIEß, “*Nulla Poena Nullum Crimen Sine Lege*” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg: Heidelberg and Oxford University Press, 2010, p.6.

²⁸ Para mais aprofundamentos, vide PAUL H. ROBINSON, “Fair Notice and Fair Adjudication...”, BETH VAN SCHAACK, “*Crimen Sine Lege: judicial Law making...*”, MARKUS D. DUBBER, “The Legality Principle in American and German Criminal Law: An Essay in Comparative Legal History”, Toronto: University of Toronto, 2010.

1.3. A Interpretação da Lei Penal.

O direito penal, como a física, tem horror ao vazio. Impende, por conseguinte, sobre o legislador penal uma obrigação acrescida de clareza e determinação. Esquecimentos, lacunas, deficiências de regulamentação ou de redação funcionam por isso sempre contra o legislador e a favor da liberdade, por mais evidente que se revele ter sido a intenção daquele (ao constituir finalidade da norma) abranger na punibilidade também certos (outros) comportamentos²⁹. Não obstante, por mais clara e precisa que seja, a lei carece sempre de interpretação, como esclareceu o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: por mais claramente redigida que uma regra penal se encontre, em qualquer sistema legal, existe um inevitável elemento de interpretação judicial, existirá sempre uma necessidade de elucidação de pontos de dúvida e de adaptação à alteração de circunstâncias³⁰.

A atividade interpretativa do juiz penal é também vigiada pelas exigências de legalidade. Não sendo o juiz a mera *boca da lei*, é importante circunscrever os limites da interpretação em direito penal, até que ponto é admitido ao juiz penal progredir ou quando, pelo contrário, estamos perante uma construção penal inadmissivelmente desvantajosa para o agente (proibida pelo princípio da legalidade).

No direito internacional penal – onde os espaços cinzentos avultam quando comparados com os ordenamentos jurídicos nacionais, por este ser um ramo do direito mais lacunoso – é criado o ecossistema perfeito para que floresça uma maior criatividade dos juízes (internacionais), aos quais caberá esclarecer se determinada conduta está ainda no âmbito de proibição da *normal legal* que tipifica o crime internacional.

Uma compreensão histórica é necessária. Era esperado da justiça penal internacional que esta investigasse (e possivelmente acusasse e condenasse) os perpetradores das mais graves violações de direitos humanos que chocaram a comunidade no seu todo. Para tal, por um longo período de tempo, até muito recentemente, no direito internacional aplicava-se a doutrina da *substantive justice*³¹, que apenas nos últimos anos

²⁹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Questões Fundamentais...*, cit., p.180.

³⁰ *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany [Judgment]* [ECtHR], 22 de março de 2001, § 85.

³¹ Que desenvolveremos *infra*, Ponto 1. Julgamentos de Nuremberga e Tóquio.

começou gradualmente ser substituída pela legalidade estrita³². Sustentando-se na doutrina da *substantive justice*, os tribunais evitavam que uma conduta, consensualmente geradora de um mal na comunidade internacional, passasse impune pela ausência de uma norma prévia e precisa que a definisse como criminosa.

É de reconhecer alguma generalidade na linguagem utilizada na grande maioria dos textos de direito internacional, devido à tradicional reticência dos Estados em definir o comportamento que mais seriamente viola os valores da comunidade internacional através de tratados internacionais. O direito costumeiro desempenhou, por conseguinte, um papel de particular relevância como fonte de direito internacional³³.

É igualmente óbvio que o intérprete pode (e deve) ter em conta novas realidades, novas descobertas, novos instrumentos e mesmo novas concepções que não poderiam ter estado no campo de representação do legislador histórico, desde que o tomá-las em conta não implique ultrapassar o teor *literal* da regulamentação e o seu campo de significações adequadas ao entendimentos comum das palavras que naquela foram utilizadas³⁴.

1.4. Breves Conclusões.

Desta primeira parte, algumas breves notas conclusivas se podem retirar. O direito internacional penal é ainda um ramo do direito internacional em evolução – envolto em uma certa opacidade e no qual o processo de codificação é ainda muito recente, não apresentando soluções para muitos dos problemas que se lhe foram colocando – no qual o costume internacional se revela uma fonte de assaz importância, ao contrário do que acontece nos ordenamentos jurídicos internos. Estas duas características chamaram para a linha da frente a intervenção dos tribunais, dando aos juízes, tradicionalmente, um papel capital nos casos de criminalidade internacional, o que se pode mostrar problemático face às exigências impostas pela legalidade penal que deve nortear qualquer sistema de punição, seja este nacional ou internacional, de forma a evitar uma indesejável arbitrariedade.

³² Neste sentido, ANTONIO CASSESE, *Internacional Criminal Law...*, pp. 36 e ss., MOHAMED SHAHABUDDEEN, “Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?” (2004) 2 *Journal of International Criminal Justice*, p. 1009.

³³ HÉCTOR OLÁSULO, “A Note on the Evolution of the Principle of Legality in International Criminal Law”, in *Criminal Law Forum*, vol. 18, Springer, 2007, cit., p. 302.

³⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte geral, Questões Fundamentais...*, cit., p.190.

PARTE II

A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E NORMATIVA DO PRINCÍPIO

1. Os Julgamentos de Nuremberga e Tóquio.

Os Julgamentos de Nuremberga e Tóquio³⁵ foram os primeiros a colocar o indivíduo na boca de cena do direito internacional (responsabilidade individual internacional), marcando assim um momento de viragem nas relações jurídicas do século XX. As fronteiras (até então) insuperáveis dos Estados foram derrubadas, em nome da proteção dos valores mais caros à Humanidade e aqueles deixaram de ser os únicos protagonistas³⁶. Trouxeram também para o epicentro do direito internacional a defesa dos direitos humanos e a reprovação das atrocidades cometidas durante o período de guerra, às quais haveria de corresponder um julgamento de forma a acabar com a impunidade e a evitar a sua repetição em conflitos ulteriores. Com esta mudança de paradigma tornou-se necessário definir os crimes internacionais sobre os quais incidiria a jurisdição penal internacional.

Não faz parte do objeto deste estudo analisar, ostensivamente, a complexa discussão jurídica (e filosófica) que teve lugar no decurso das negociações da Conferência de Londres (26 de julho a 6 de julho de 1945) – que estabeleceu o Tribunal Militar Internacional (TMI) e que traçou o Estatuto do Tribunal Militar Internacional (ETMI) em anexo ao Acordo de Londres (8 de agosto 1945) –, no decorrer dos Julgamentos de Nuremberga (20 de novembro de 1945 a 1 de outubro de 1946) e, mesmo, entre os autores que viveram este período histórico³⁷. Em jeito de sùmula, pode ser dito que o Tribunal foi

³⁵ Com propósitos simplicadores, doravante, referir-nos-emos apenas aos Julgamentos de Nuremberga, seguindo o entendimento de BETH VAN SCHAAK, de que o raciocínio argumentativo de Nuremberga teve eco em Tóquio, “*Crimen Sine Lege: judicial Law making...*” p. 119. Não sendo, contudo, despidianda a discussão jurídica que teve lugar nos julgamentos de Tóquio, ver KENNETH S. GALLANT, *The Principle of Legality...*, pp. 139 a 155.

³⁶ Vide, HANS KELSEN, “Will the judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent on International Law?”, *The International Law Quarterly*, vol.1, no.2, 1947, pp. 155, 158, 162.

³⁷ “Can the label *law* apply to rules as amoral as the enactments of the nazis?” Assim começa o artigo escrito por Frank Haldemann em 2005, acerca do debate que teve lugar no pós 2.º Guerra entre duas teorias opostas, a teoria pura do direito e a teoria da *substantive justice*. Perante as atrocidades cometidas durante o período do *III Reich*, Gustav Radbruch expôs a ideia de que negligenciando o conceito de justiça, as normas legais perdem o seu valor. O autor introduz, deste modo, o conceito material de justiça como premissa da existência e validade, enquanto tal, de uma norma legal. A Posição defendida por Radbruch encontra-se nos antípodas da tese defendida por Hans Kelsen, segundo o qual, o direito deveria gozar de uma completa autonomia em

instituído pelas potências que saíram vencedoras da Segunda Grande Guerra (foi estabelecido em alternativa à execução sumária dos vencidos e à punição coletiva do povo alemão³⁸), sendo um tribunal que serviu para punir os maiores criminosos de guerra.

De forma a direcionar a nossa análise, é necessário distinguir dois problemas diferentes, primeiro, se os atos que constavam das acusações em Nuremberga constituíam ou não, à data em que foram praticados, crimes reconhecidos pelo costume internacional (ou se, pelo contrário, constituíam lei nova), e segundo, se o princípio *nullum crimen* em si, já tinha, aquando dos julgamentos de Nuremberga, emergido como um princípio de costume internacional³⁹. Estas são as duas questões que nos propomos responder de seguida.

O consenso sobre a legalidade do (e no seio do) Tribunal foi, desde a sua génese, muito débil. Os próprios juízes não compreendiam de igual forma o conteúdo do princípio *nullum crimen*, consequência tanto do diferente sistema legal em que baseavam as suas apreciações jurídicas como da diferente língua que usavam para se expressar (os Julgamentos de Nuremberga foram realizados em 3 línguas oficiais: Inglês, Francês e Russo⁴⁰).

As inovações deste Tribunal não se restringiram ao fato de, pela primeira vez, se responsabilizarem indivíduos por atos cometidos em nome dos Estados. Aqueles foram também condenados por condutas que nunca haviam sido qualificadas como crimes à luz do direito internacional, especialmente os crimes contra a Humanidade, que surgiram *ex novo* no direito positivo no Estatuto do Tribunal⁴¹.

relação a questões éticas e políticas. Para mais aprofundamento, *vide*, FRANK HALDEMANN, “Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A debate on Nazi Law” in *Ratio juris*, 18, no. 2, 2005, pp. 162 - 178.

³⁸ Crf. KENNETH S. GALLANT, *The Principle of Legality...*, pp.73 e ss.

³⁹ SUSAN LAMB, “*Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege* in International Criminal Law ”, p.735. ” in CASSESE, Antonio et al., *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*. vol.1, Oxford: Oxford Press, 2002, pp. 733 a 766.

⁴⁰ Neste sentido, para mais aprofundamentos, GUIDO ACQUAVIVA, “At the Origins of Crimes Against Humanity – Clues to a Proper Understanding of the *Nullum Crimen* Principle in the Nuremberg Judgment”, *Journal of International Criminal Justice*, Oxford Press University, vol.9, nº4, 2011, p. 887.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 885 e 886, CLAUS KREß, “*Nulla Poena Nullum Crimen...*”, p. 4, NICHOLAS AZADI GOODFELLOW, “The Miscaracterization of ‘forced marriage’ as a Crime Against Humanity By The Special Court Of Sierra leone” in *International Criminal Law Review*, vol.11, 2011, p. 839, ANTONIO CASSESE, “Crimes Against Humanity” in CASSESE, Antonio et al., *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, vol.1, Oxford: Oxford Press, 2002, p. 353, HUMPHREY WALDOCK, “General Course on Public International Law” in *Recueil des Cours, Collected Courses 1980*, vol. 169, Martinus Nijhoff Publishers, 1984. O autor defendeu que: *the criminality under international law of crimes against humanity was still equivocal at the time*, ver também, para discussão, KENNETH S. GALLANT, *The Principle of Legality...*, p.123, ainda que o autor defenda, que “na medida em que alguns, ou mesmo todos, os crimes contra a Humanidade de Nuremberga são crimes de guerra com um nome diferente, ou mesmo crimes

O ETMI definia os crimes que estariam sujeitos à jurisdição do Tribunal, sendo assim a base legal do Tribunal⁴²: 1) os chamados crimes contra a paz⁴³ (que configuravam a guerra de agressão ou guerra em violação de Tratados e o crime de conspiração); 2) os crimes de guerra e; 3) os crimes contra a Humanidade⁴⁴.

O ETMI previa ainda, no respetivo artigo 16.^o⁴⁵, os direitos reconhecidos aos arguidos.

No que diz respeito aos crimes contra a paz (sobretudo, o crime de guerra de agressão ou de guerra em violação de Tratados), o Tribunal apontou para o fato de estas

à luz do Código penal alemão vigente à data, parece não existir grande injustiça em condenar os arguidos por tais atos.”

⁴² HANS KELSEN, “Will the judgement...”, p.162.

⁴³ Os crimes contra a paz, mencionados no artigo 6.^o dos Princípios de Nuremberga, são até hoje um projeto do direito internacional penal. O Estatuto de Roma, consagra no seu artigo 5.^o/1 d), o crime de agressão, como um dos crimes em relação aos quais o Tribunal tem competência, apesar disso, este crime nunca obteve o consenso necessário para a sua definição. Esta realidade sofreu uma radical mudança quando em 2010, na conferência de revisão do Tratado de Roma, foi adotada uma emenda ao Tratado que define o crime de agressão e estipula as condições para que o Tribunal exerça a sua jurisdição, o que ficará, contudo dependente de ratificação por 30 Estados e de decisão a tomar por dois terços dos Estados Partes depois de 1 de janeiro de 2017 no sentido do acionamento dessa jurisdição. Escreve sobre este ponto, HANS-PETER KAUL, “Is it Possible to Prevent or Punish Future Aggressive War-Making?”, *Forum for International Criminal and Humanitarian Law*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2011.

⁴⁴ Estatuto do Tribunal Internacional Militar, 8 de agosto de 1945. “Art. 6.^o - O Tribunal (...) será competente para julgar e punir quaisquer pessoas que, agindo por conta dos países europeus do Eixo, tenham cometido, individualmente ou como membro de uma organização, qualquer dos crimes seguintes.

Os seguintes atos, ou qualquer um entre eles, são crimes submetidos à jurisdição do Tribunal aos quais corresponderá uma responsabilidade individual:

a) **Crimes contra a paz:** a saber, a direção, preparação, o desencadeamento ou a persecução de uma guerra de agressão, ou de uma guerra violadora de tratados, garantias ou acordos internacionais, ou a participação num plano concertado ou numa conspiração para a realização de qualquer um dos atos precedentes;

b) **Crimes de guerra:** a saber, as violações das leis e costumes de guerra. Tais violações compreendem, sem limitar-se a estes, o assassinato, os maus-tratos e a deportação para trabalhos forçados, ou com qualquer outro objetivo, das populações civis nos territórios ocupados, o assassinato e os maus-tratos dos prisioneiros de guerra ou de pessoas no mar, a execução de reféns, a pilhagem de bens públicos ou privados, a destruição sem motivo de cidades e vilas, bem como a devastação não justificada pelas exigências militares;

c) **Crimes contra a Humanidade:** a saber, o homicídio, o extermínio, a escravização, a deportação e qualquer outro ato desumano cometido contra quaisquer populações civis, antes ou durante a guerra; ou ainda as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, cometidos em prosseguimento dos crimes sob a competência do Tribunal Internacional, ou a estes vinculados, mesmo que tenham tais perseguições constituído ou não uma violação do direito interno do país onde foram perpetradas.”

⁴⁵ Estatuto do Tribunal Internacional Militar, “Artigo 16.^o – De forma a garantir que os arguidos sejam julgados em equidade, será adotado o seguinte procedimento: a) o ato de acusação comportará os elementos completos, especificando detalhadamente as acusações feitas contra os acusados. Uma cópia do ato de acusação e de todos os documentos anexos traduzidos numa língua que este compreenda será remetida ao arguido em prazo razoável antes do julgamento; b) Ao longo de qualquer interrogatório preliminar e do processo, este terá o direito de dar todas as explicações relacionadas com as acusações feitas contra si; c) Os interrogatórios preliminares e o processo dos arguidos deverão ser transmitidos numa língua que o arguido compreenda ou traduzidos para essa língua; d) Os arguidos terão o direito de sustentar eles próprios a sua defesa perante o Tribunal, ou serem assistidos por um advogado; e) Os arguidos terão o direito de trazer, ao longo do processo, pessoalmente ou através do seu advogado, todas as provas que apoiem a sua defesa, e de fazer perguntas a todas as testemunhas de acusação.

condutas violarem acordos internacionais anteriores à instituição do Tribunal⁴⁶, dos quais o Estado alemão era parte, concluindo assim que tais condutas eram já contrárias ao direito internacional, apesar de nunca terem sido qualificadas como crimes internacionais antes de Nuremberga. Ainda que fosse possível contestar que os atos praticados pudessem consistir, no momento em que foram executados, numa violação do costume internacional, o entendimento de Nuremberga foi o de que *encetar a Segunda Guerra Mundial era já à data suficientemente errado, de tal forma que, se revelou justo transformar tal ilícito num crime (...) implicitamente o princípio da legalidade foi negado como regra de direito vinculativa*⁴⁷.

A defesa levantou ainda a questão da originalidade dos crimes de guerra. Todavia, os juízes apontaram como fontes de direito penal geradoras de responsabilidade penal individual: o costume internacional, a violação de convenções de direito internacional humanitário – as Convenções de Haia sobre Resolução Pacífica de Conflitos Internacionais (1899 e 1907)⁴⁸ e o Protocolo de Genebra de 1925 – e ainda o artigo 228º do Tratado de Versalhes⁴⁹. Deste modo, estes crimes foram os que, em Nuremberga, menos problemas de legalidade levantaram.

Relativamente aos crimes contra a Humanidade, a mais importante inovação do Tribunal de Nuremberga, estes representaram a verdadeira consagração da defesa dos direitos humanos dos civis não envolvidos diretamente no conflito, como um dos cavalos de batalha dos sistemas de direito internacional humanitário e penal. A opinião exposta em

⁴⁶ O Tratado de Versalhes que criou a Sociedade das Nações – artigo 127.º (1919), o Pacto Briand-Kellogg – artigos 1.º e 2.º (1928), entre outros.

⁴⁷ KENNETH S. GALLANT, *Principle of Legality...*, cit., p.116. o autor explica ainda “É muito difícil sustentar a pretensão de que o crime de agressão ou guerra em discordância com os Tratados de direito humanitário era já um crime de direito internacional costumeiro ao qual correspondia responsabilidade individual antes da Segunda Guerra Mundial, na verdade, por vezes o juízo do Tribunal parece assentar não na criminalidade dos atos perpetrados pelos arguidos ao planearem uma guerra agressiva mas antes na sua gravidade”. *Ibidem*, p.115.

⁴⁸ As fontes de direito Internacional Humanitário foram amplamente codificadas durante todo o século XX, continuam, ainda assim, a ter valor de direito consuetudinário e são, por isso, de aplicação *erga omnes*, aplicando-se também aos Estados que não aderiram às convenções.

⁴⁹ Tratado de Versalhes de 1919, artigo 228.º “O Governo alemão reconhece o direito das Potências Aliadas e Associadas perante tribunais militares para trazer pessoas acusadas de terem cometido atos de violação das leis e costumes da guerra. Essas pessoas deverão, se consideradas culpadas, ser condenadas a penas previstas por lei. Esta disposição aplicar-se-á sem prejuízo de qualquer processo ou acusação perante um tribunal na Alemanha ou no território dos seus aliados. O Governo alemão deve entregar às Potências Aliadas e Associadas, ou a um deles, como lhe for requerido, toda e qualquer pessoa acusada de cometer ato em violação das leis e costumes da guerra, a serem especificados por nome ou posto, cargo ou emprego, que se encontrar sob custódia das autoridades alemãs.”

Nuremberga foi a de que aqueles se vinham já a formar no costume internacional⁵⁰, inclusivamente naquela que ficou conhecida como *Cláusula Martens*⁵¹. Contudo, estes crimes foram aqueles que mais controvérsia geraram, quanto à sua base jurídica e ao respeito pelo *nullum crimen*, uma vez que os atos, que mais tarde foram categorizados como crimes contra a Humanidade, não eram praticados contra a contraparte do conflito, mas sim contra cidadãos alemães, com base em pressupostos discriminatórios raciais, políticos, entre outros, e que por isso não poderiam ser considerados crimes à luz das leis e costumes de guerra vigentes à data da prática do fatos⁵². Talvez por isso, o Tribunal, tendencialmente, não identificou, de forma clara, a distinção entre as duas categorias de crimes (crimes de guerra e crimes contra a Humanidade), preferindo, pelo contrário, concluir que em muitos dos casos os arguidos seriam responsáveis por ambos⁵³. A necessária relação estabelecida entre os crimes contra a Humanidade e os crimes de guerra nos Julgamentos de Nuremberga constava do próprio Estatuto: de acordo com o artigo 6.º, os crimes contra a Humanidade deveriam ser cometidos na execução de ou em conexão com algum dos outros crimes sob jurisdição do Tribunal⁵⁴.

A ideia que prevaleceu em Nuremberga, de forma a afastar o fantasma da legalidade, foi a de que estes Tribunais mais não tinham feito do que aplicar direito internacional público consuetudinário e obrigatório, existente no momento da prática dos atos⁵⁵. Os juízes rejeitaram as defesas através de uma complexa interação de argumentos sobre imoralidade, ilegalidade e criminalidade⁵⁶, ainda que de forma não unânime⁵⁷.

⁵⁰ LUIZ FELIPE RAMOS, *Tribunal Militar Internacional Tribunal Internacional Militar de Nuremberg - Análise histórica e Legado jurídico*, Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis, 2009, p.43.

⁵¹ II Convenção da Haia de 1899 e IV Convenção da Haia de 1907 sobre as Leis e Costumes de Guerra Terrestre: “Até que um código mais completo de leis e costumes de guerra seja redigido, as Altas Partes Contratantes julgam oportuno fazer constar que as populações e os beligerantes ficam sob a salvaguarda e sob o império dos princípios de direito das gentes, como resulta dos usos estabelecidos pelas nações civilizada, das leis da Humanidade e das exigências da consciência política”. Uma interpretação menos radical do que aquela que foi feita em Nuremberga desta cláusula, em que se aponta essencialmente para a imprecisão do texto da cláusula, ver ANTONIO CASSESE, “The Martens Clause: Half of Loaf or Simply Pie in the Sky?”, *European Journal of International Law*, vol.11, nº1, 2000. pp. 187 a 216.

⁵² GUIDO ACQUAVIVA, “At the Origins of Crimes Against...”, p. 885.

⁵³ SUSAN LAMB, “*Nullum Crimen...*”, cit., p. 737, GUIDO ACQUAVIVA, “At the Origins of Crimes Against Humanity...”, p. 887. ANTONIO CASSESE, “Crimes Against Humanity” in CASSESE, Antonio et al., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 286.

⁵⁴ Vide FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, “Codificação e Desenvolvimento...”, p.619. “... estes como mera categoria acessória dos crimes de guerra, ligados que estava, ao contexto de guerra.”

⁵⁵ Vide JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Internacional Penal, Uma Perspectiva Dogmático-Crítica*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 117.

⁵⁶ BETH VAN SCHAAK, “*Crimen Sine Lege*: judicial Law making...” p. 119.

⁵⁷ Para melhor compreender a discussão em torno da legalidade KENNETH S. GALLANT, *Principle of Legality...*, pp. 126 a 129 e pp. 142 a 155.

Percebe-se assim que no Julgamento de Nuremberga a doutrina da *substantive justice*⁵⁸ triunfou sobre a aplicação da legalidade estrita⁵⁹.

No rescaldo de Nuremberga podemos admitir que o princípio da legalidade foi definido como uma opção política, mais do que como uma verdadeira regra de direito. Na célebre conclusão deste Julgamento, relativa ao princípio da legalidade penal em direito internacional, perante as atrocidades sem precedentes cometidas durante o regime do terceiro Reich, podemos ler: *a máxima nullum crimen sine lege não é uma limitação à soberania dos Estados, mas sim, um princípio geral de justiça*, que pode ser derogado pela vontade soberana⁶⁰.

Kelsen escreveu sobre este tema em 1947, dizendo que a regra contra legislação retroativa não foi, seguramente, respeitada pela Carta de Londres. Contudo, esta regra não era de todo válida no direito internacional, sendo válida no direito nacional com importantes exceções. Uma lei retroativa que estabeleça punições individuais para atos ilegais, ainda que não criminalizados à data em que foram praticados, parece ser uma das exceções à regra contra leis *ex post facto*. A carta de Londres enquadra-se neste tipo de lei. É retroativa na medida que estabelece responsabilidade penal individual para atos que, na altura em que foram cometidos, constituíam violações de lei internacional, mas para os quais a lei previa exclusivamente responsabilidade coletiva. Uma vez que os atos internacionais ilegais, em relação aos quais a Carta de Londres estabeleceu responsabilidade penal individual, eram seguramente moralmente censuráveis, e as pessoas que os cometeram estavam certamente consciencializadas deste carácter imoral, a retroatividade da lei aplicada muito dificilmente pode ser considerada como incompatível com a ideia de justiça⁶¹.

⁵⁸ A fórmula de RADBRUCH (1946): “A lei deve ser tida como contrária à justiça e desaplicada quando a inconsistência entre a norma escrita e a justiça seja de tal forma intolerável que a primeira tenha, obrigatoriamente, de ceder perante a segunda”.

⁵⁹ Para mais aprofundamentos, ANTONIO CASSESE, *Internacional Criminal law...*, pp. 39 a 41.

⁶⁰ KENNETH S. GALLANT, *The Principle of Legality...*, p.113. Cfr. versão em Inglês “[t]he 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 neighboring 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” (Nuremberg Judgment 217).

⁶¹ HANS KELSEN, “Will the judgement...”, pp. 164 a 165.

1.1. Breves Conclusões.

Em resposta às questões que nos propusemos responder *supra*, os julgamentos de Nuremberga primaram pela originalidade, ainda que as condenações que tiveram lugar não correspondam uma expressão gritante de injustiça, como escreveu Hans Kelsen, é difícil idear que aos atos cometidos correspondesse no momento da sua prática responsabilidade penal individual. Talvez possamos concluir que esta foi determinada *ex post facto*, máxime, no caso dos crimes contra a Humanidade. Porém, outra questão foi levantada, e não podemos deixar de nos dirigir a ela, o princípio da legalidade era à época um princípio vinculativo? Quer-nos parecer que a resposta será negativa. Ajuda-nos Guido Acquaviva ao clarificar, *mesmo hoje, enquanto ninguém questiona que o princípio da legalidade é uma regra fundamental aplicável tanto nos ordenamento jurídicos domésticos como no internacional, a sua aplicabilidade nos procedimentos é ainda questionada, tal como foi em 1946*⁶².

⁶² GUIDO ACQUAVIVA, “At the Origins of Crimes Against Humanity...”, cit. p. 19, ver também, ANTONIO CASESSE, “Nullum Crimen Sine Lege” in CASESSE, Antonio et al., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 438 a 441, GERARD WERLE, *Principles of International Criminal Law*, 2ª edição, Haia: Asser Press, 2009, pp. 36 a 39, e MATTHEW LIPPMAN, “Crimes against Humanity” in *Boston College Third World Law Journal*, vol. 17, issue 2, 1997, pp. 190 e 191.

2. *Nullum Crimen* como Princípio Escrito do Direito Internacional Penal.

No período pós-Nuremberga assistiu-se a uma verdadeira multiplicação de tratados internacionais (multilaterais e regionais) que reconheceram o princípio *nullum crimen*. *Grosso modo*, podemos apresentar uma lista dos mais marcantes textos internacionais que foram cristalizando o princípio *nullum crimen* como um verdadeiro princípio de direito internacional e não uma mera diretriz⁶³.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH)⁶⁴, a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 (CEDH)⁶⁵, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP)⁶⁶, a III Convenção de Genebra - Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 1949⁶⁷, a IV Convenção de Genebra - Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra de 1949⁶⁸, o Primeiro Protocolo Adicional à Convenção de Genebra de 1977⁶⁹, a Convenção Inter-Americana de Direitos Humanos de 1969⁷⁰, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1986⁷¹.

Devido aos esforços encetados pela maioria do Estados e organizações internacionais na segunda metade do século XX, o princípio *nullum crimen* passou a fazer parte do *corpus juris* internacional. É importante mencionar que alguns destes instrumentos esclarecem que uma conduta pode ser sancionada se punível *segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade internacional*. Assim podemos ler no n.º 2 do artigo 7.º da CEDH – *o presente artigo não invalidará a sentença ou a pena de uma pessoa culpada de uma ação ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas* – assim como o n.º 2 do artigo 15.º do PIDCP – *nada no presente artigo se opõe ao julgamento ou à condenação de qualquer indivíduo por motivo de atos ou omissões que no momento em que foram cometidos eram tidos por criminosos, segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações*. O que parece estar de acordo com a ideia de que o princípio da legalidade no direito internacional penal não

⁶³ *Vide supra*, Ponto 1. Os Julgamentos de Nuremberga e Tóquio.

⁶⁴ Art.11.º.

⁶⁵ Art.7.º.

⁶⁶ Art. 15.º.

⁶⁷ Art.99.º.

⁶⁸ Arts. 65.º; 67.º; 70.º.

⁶⁹ Art. 75.º (4) (c).

⁷⁰ Art.9.º.

⁷¹ Art. 7.º/2.

exclui o desenvolvimento progressivo da lei ou a interpretação ou clarificação de elementos de um crime em concreto pelos tribunais⁷².

3. A Ordem Jurídica Portuguesa e o Princípio da Legalidade Penal Internacional.

O art. 8.º/1 da Constituição da República Portuguesa (CRP) estabelece um regime de *recepção automática* das normas (costume internacional) e princípios de direito internacional geral, que beneficiam de uma cláusula geral de recepção plena, sendo incorporadas como *parte integrante do direito português*, sem necessidade de observância das regras ou formas constitucionais específicas de vinculação estadual ao direito internacional (aprovação, ratificação, publicação). Ademais, os crimes de direito internacional comum têm sido objeto de positivação por via de convenções internacionais, que são parte integrante da ordem jurídica interna, como aponta o art. 8.º/2 da CRP⁷³.

Por conseguinte, as normas e princípios de direito internacional penal figuram no ordenamento jurídico português com o mesmo conteúdo e extensão que possuem no direito internacional penal⁷⁴.

A legislação nacional deve estar em conformidade com as obrigações internacionais assumidas pelo Estado português. Como consequência de a proibição da retroatividade, no direito penal internacional, se orientar conforme a característica de *ordenamento jurídico dinâmico* do direito internacional⁷⁵, questões de compatibilidade se podem levantar, entre o princípio da legalidade no direito internacional penal e o conteúdo do princípio da legalidade penal acolhido constitucional no ordenamento jurídico português, artigo 29.º da CRP. O artigo 29.º/2 da CRP vem elucidar que o disposto no número anterior⁷⁶ não impede a punição, nos limites da lei interna, por ação ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos (o que está em consonância com o artigo 7.º/2 da Convenção Europeia de Direitos Humanos).

⁷² *Prosecutor v. Milutinović et al.* caso (IT-99-37-AR72), Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction: Joint Criminal Enterprise, 21 de maio de 2003, § 38.

⁷³ Vide GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª Edição Revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Cit., pp. 254 e 497.

⁷⁴ *Ibidem*, p.255.

⁷⁵ KAI AMBOS, *A Parte Geral...*, cit. p. 102 e 103.

⁷⁶ Cfr. Art. 29.º/1 CRP. “Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior.”.

Este artigo ressalva a possibilidade de responsabilização individual penal imediata para quem pratique crimes contra o direito internacional, que faz parte integrante do direito interno. O direito português “abre-se” ao direito internacional geral na medida da existência e validade jurídico-internacional das normas deste último⁷⁷.

4. *Nullum Crimen* na Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

A análise da jurisprudência do TEDH é essencial para a compreensão da metodologia aplicada na interpretação feita pelos tribunais internacionais do princípio da legalidade penal. Como já foi referido, o artigo 7.º da CEDH identifica expressamente o princípio da legalidade como um dos princípios fundamentais do Estado de Direito, ocupando um papel fundamental no sistema de defesa de direitos humanos subjacente à criação e existência do TEDH⁷⁸.

Dois casos jurisprudenciais são de mencionar (quase obrigatoriamente) quando se procura compreender a visão do TEDH a respeito do papel dos tribunais, quando colocados perante a difícil função de contrabalançar dois interesses conflitantes: uma aplicação estrita da legalidade penal no direito internacional ou uma aplicação dilatada de certos tipos criminais, como forma de responder a uma falha no direito positivo. Estes são, o caso *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*⁷⁹ e o caso *SW v. the United Kingdom*⁸⁰.

No caso dos *guardas da fronteira alemã*, a argumentação dos recorrentes passava por apontar para o fato de a conduta de que vinham acusados não constituir um crime nem

⁷⁷ Vide GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª Edição Revista, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, cit., p.255.

⁷⁸Ver *supra*, ponto 2. *Nullum Crimen* como Princípio Escrito do Direito Internacional Penal.

⁷⁹ *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany [Judgment]* [ECtHR], 22 de março de 2001, Estrasburgo. Discutia-se neste caso a responsabilização criminal individual dos três recorrentes, membros do Conselho de Defesa Nacional da República Democrática Alemã. Dois dos recorrentes tinham sido condenados por incitamento intencional de homicídio (mais tarde emendado para homicídio intencional (*indirect principals*) entre 1971 e 1989, o terceiro por homicídio intencional (*indirect principal*) entre 1984 e 1989, devido à sua participação nas decisões do Conselho de Defesa Nacional e do Gabinete Político relativo às políticas de fronteira, é sabido que os guardas estavam obrigados a proteger a fronteira a qualquer custo, por ordem do Conselho de Defesa Nacional e que pelo menos 938 indivíduos morreram a tentar passar a antiga fronteira entre a RFA e a RDA, como explica, NOORA JOHANNA ARAJÄVI, “Between *Lex Lata* and *Lex Ferenda*? Customary International (Criminal) Law and the Principle of Legality”, *Tilburg Law Review: Journal of International and European Law*, vol. 15, no.2, 2011, p.14, ver também, ECtHR [Judgment], § 13.

⁸⁰ *SW v. The United Kingdom [Judgment]* [ECtHR], 22 de novembro de 1995, Estrasburgo, § 8. Em 19 de Setembro de 1990, o recorrente foi acusado nos tribunais britânicos pelo crime de violação (dentro do casamento), section 1 (1) of the Sexual Offences Act 1956, tentativa de homicídio, section 16 of the Offences against the Person Act 1861, violação grave da integridade física, section 47 of the Offences against the Person Act 1861.

segundo o direito da República Democrática Alemã (RDA) nem à luz do direito internacional vigentes à data, pelo que não era previsível a sua condenação após a reunificação da Alemanha. Foi também indicado que não existiam condenações prévias por tais atos e que a haver uma responsabilização esta corresponderia sempre a uma responsabilidade estadual e nunca penal individual. Os três recorrentes afirmaram, inclusivamente, que conformaram a sua conduta com base na convicção de estarem a cumprir a lei da RDA⁸¹.

Em resposta ao argumento de que da violação de princípios de direito internacional não pode resultar responsabilidade penal individual, mas apenas responsabilidade estadual, o TEDH estabeleceu que os instrumentos de direito internacional existentes, articulados com o artigo 95.º do Código Penal da RDA⁸², geravam, com suficiente acessibilidade e previsibilidade, responsabilidade penal individual⁸³, deliberando não existir qualquer violação do princípio da legalidade constante do artigo 7.º da CEDH. Na sua opinião concorrente, o juiz Loucaides, apresenta uma argumentação distinta, defendendo que a menção ao Código Penal da RDA vigente na época não é fundamental para estabelecer que os agentes teriam razoável perceção de que poderiam vir a ser punidos pelas suas condutas, uma vez que as últimas constituíam crimes contra a Humanidade, parte do direito internacional costumeiro aplicável diretamente aos indivíduos independentemente da lei nacional⁸⁴.

No caso *SW v. The United Kingdom*, o TEDH confirmou a decisão da *House of Lords*, no sentido de aplicar o precedente estipulado em *Regina v. K*⁸⁵ a este caso e assim condenar o recorrente pela tentativa do crime de violação. O TEDH sustentou não haver uma violação do art.7.º da CEDH. O TEDH pronunciou-se sobre o conceito de evolução razoavelmente previsível da lei, determinando que a abolição da *marital defence to rape*, existente na *common law*, não violava o princípio da legalidade, uma vez que, perante a

⁸¹ ECtHR [Judgment], § 47.

⁸² Artigo 95.º do Código Penal da RDA de 1968, repetido na versão de 1975 “qualquer pessoa cuja conduta viole direitos humanos ou fundamentais (...) não poderá alegar como justificação lei escrita, ordem ou instruções escritas; deverá assim ser responsabilizado criminalmente”, *Ibidem*, §§ 75 e 76.

⁸³ *Ibidem*, § 104.

⁸⁴ *Ibidem*, Concurring Opinion of Judge Loucaides.

⁸⁵ Em 1991, a *House of Lords*, confirmou a condenação do recorrente por tentativa de violação da sua esposa, determinado que *husband and wife are now for all practical purposes equal partners in marriage*, estabelecendo precedente no sentido de abolir a *marital defence to rape*. *Regina v. R*, HL, 23 de outubro de 1991.

realidade social à data da prática da tentativa de violação, a ausência de imunidade já se tinha tornado um desenvolvimento razoavelmente previsível da lei⁸⁶.

A argumentação do TEDH sustentava que cabia aos tribunais nacionais a aplicação da lei nacional e que nada impedia os tribunais britânicos de removerem uma ficção da *common law* que já se tinha tornado anacrônica e ofensiva⁸⁷. O TEDH evidenciou ainda o importante papel desempenhado pela interpretação judicial na tradição legal britânica, ao aclarar os pontos em que a lei é opaca ou, mesmo, omissa. O Tribunal assegurou que não faz parte do escopo do artigo 7.º/1 da CEDH limitar a atividade interpretativa dos juízes nos casos em que o desenvolvimento judicial é ainda consistente com o conteúdo essencial da ofensa, pelo que poderia ser razoavelmente previsto. A acusação por tais crimes não será, portanto, nem arbitrária nem injusta⁸⁸.

4.1. Breves Conclusões.

A relevância dos dois casos expostos é inegável. O caso dos *guardas da fronteira alemã* ilustra a flexibilidade do princípio *nullum crimen sine lege* nos casos em que a lei nacional contradiz a lei internacional⁸⁹. Esta é, aliás, uma das situações de exceção, reconhecidas na maioria dos instrumentos internacionais: o princípio não é violado quando um ato, ainda que não punível pelo direito penal nacional na altura em que foi praticado, era, não obstante, criminalizado ou pelo direito internacional penal ou pelos princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações⁹⁰. O *caso dos crimes de violação no Reino Unido* vem esclarecer a posição do Tribunal perante a faculdade de uma interpretação evolutiva feita pelos tribunais de forma a ultrapassar as contingências geradas pela falta de harmonia entre a lei e a realidade social.

⁸⁶ *SW v. The United Kingdom [Judgment]* [ECtHR], 22 de novembro de 1995, § 41.

⁸⁷ *Ibidem*, §§ 11 e 42. Também neste sentido, MOHAMED SHAHABUDDEEN, “Does the Principle of Legality Stand...”, p. 1013.

⁸⁸ *Ibidem*, § 36.

⁸⁹ NOORA JOHANNA ARAJÄVI, “Between *Lex Lata*...”, p.16.

⁹⁰ VALENTINA SPIGA, “Non-Retroactivity of Criminal Law: A New Chapter in the Hissène Habré Saga” in *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, vol.9, 2011, p. 12. Ver Também, NOORA JOHANNA ARAJÄVI, “Between *Lex Lata*...”, p.16 “Os Estados não estão autorizados a derrogar da sua obrigação de respeitar o princípio *nullum crimen* à luz da proteção dos direitos humanos, e mesmo que a lei nacional não criminalize determinada conduta, os indivíduos podem ser punidos por tal conduta sem que tal represente uma violação do princípio *Nullum crimen*, se a conduta for proibida pela lei internacional”.

O TEDH, como órgão jurisdicional de aplicação da lei internacional, seguiu uma linha de raciocínio na qual se coloca a ênfase na conduta do agente, independentemente de esta se encontrar tipificada detalhadamente, impondo assim um tolerável grau de insegurança em valorização do interesse da sociedade⁹¹.

Sobre este dilema escreveu Radbruch em 1946, no quarto minuto sobre filosofia do direito: é verdade que, devido à imperfeição humana, os três valores da lei – benefício geral, certeza legal e justiça – nem sempre aparecem harmoniosamente consagrados nas normas legais. A única solução é, então, pesar se a validade deve ser garantida ainda a leis más, nocivas ou injustas por uma razão de certeza legal, ou se a validade dessas normas deve ser recusada devido à sua injustiça ou perniciosidade social⁹².

⁹¹ Vide outras decisões do TEDH onde se pode perceber esta linha de argumentação, *Jorgic v. Germany, Judgment, [ECtHR]*, 12 de julho de 2001, § 114. *CR v The United Kingdom, Judgment, [ECtHR]* 22 de Novembro, § 34. *Kolk and Kislyik v. Estonia, Judgment, [ECtHR]*, 9 de junho de 2004.

⁹² GUSTAV RADBRUCH, “Five Minutes of legal Philosophy (1945)” in *Oxford Journal for Legal Studies*, vol. 26, n.º1, 2006, cit., p. 14.

5. Os Tribunais Internacionais Penais Modernos (Pós-Nuremberga e Tóquio).

Os ecos de Nuremberga e Tóquio tardaram em fazer-se sentir. Aproximadamente um período de quarenta anos pode ser estimado entre os julgamentos que tiveram lugar no pós Segunda Guerra Mundial e os seus seguidores. Apenas nos anos 90 voltaram a ser criados tribunais internacionais penais, tendo sido o primeiro destes o Tribunal Internacional para a Ex-Jugoslávia (TPIJ)⁹³, seguido do Tribunal Internacional para o Ruanda (TIPR)⁹⁴ e do Tribunal Especial para a Serra Leoa (TESL)⁹⁵. O clima da Guerra Fria em muito contribuiu para o arrefecimento (ou antes, congelamento) da criação de tribunais internacionais penais, não porque este período histórico não tenha sido profícuo em violações graves de direitos humanos e atrocidades em grande parte assemelháveis às cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, antes pelo contrário⁹⁶.

Este arrefecimento deveu-se ao fato de o mundo se encontrar polarizado em dois grande blocos políticos, no seio dos quais era tarefa mais do que hercúlea encontrar um consenso sobre uma matéria tão sensível como a fundação de um tribunal internacional penal. Percebe-se assim, com relativa facilidade, que apenas nos anos 90 novos tribunais internacionais penais tenham sido instituídos.

A criação destes tribunais e a adoção dos respetivos estatutos foram feitas partindo da premissa de que o princípio *nullum crimen sine lege* é um dos princípios basilares do direito internacional penal⁹⁷, pelo que não deve (ou melhor, não pode) ser afastado, sob pena de um desrespeito intolerável dos direitos fundamentais dos arguidos, ainda que não

⁹³ O Tribunal Internacional Penal para ex-Jugoslávia foi estabelecido pela Resolução 827 do Conselho de Segurança das Nações Unidas (votada por unanimidade) de 25 de maio de 1993, com o mister de Julgar as pessoas responsáveis por violações graves do direito internacional humanitário cometidas no território da ex-Jugoslávia desde 1991.

⁹⁴ O Tribunal Internacional Penal para o Ruanda foi estabelecido pela Resolução 955 do Conselho de Segurança das Nações Unidas de 8 de novembro de 1994, para julgar as pessoas responsáveis por genocídio e outras violações graves de direito humanitário, cometidas no território do Ruanda, bem como os nacionais do Ruanda responsáveis por genocídio e outras violações, cometidas no território de Estados vizinhos, entre 1 de janeiro de 1994 e 31 de dezembro de 1994.

⁹⁵ O Tribunal Especial para a Serra Leoa foi criado a 16 de janeiro de 2002 através de um acordo entre o governo da Serra Leoa e a Organização das Nações Unidas (como resultado de um pedido feito pela Nações Unidas em 2000) para responder aos crimes cometidos contra civis e contra as forças de manutenção da paz da ONU após 30 de novembro de 1996 e durante todo o período de guerra civil que teve lugar neste país (23 de março de 1991- 18 janeiro de 2002), é por isso, ao contrário do TIPJ e do TIPR, um tribunal híbrido, incorporando tanto aspetos de direito internacional como de direito da Serra Leoa.

⁹⁶ A título de exemplo, alguns dos conflitos armados que mais fortemente marcaram o período da guerra fria, a guerra do Vietnam (1955 – 1975), a guerra da Coreia (1950-1953), a guerra do Afeganistão (1979-1989).

⁹⁷ KENNETH S. GALLANT, *The Principle of Legality...*, pp. 303 e 304.

constassem dos respetivos Estatutos formulações escritas do princípio *nullum crimen sine lege*⁹⁸.

Duas notas essenciais podem ser avançadas sobre os tribunais internacionais penais: 1) os tribunais foram estabelecidos depois do cometimento da (maioria) dos crimes que viriam a julgar; 2) os estatutos dos tribunais, estabelecidos pelo Conselho de Segurança, no caso do TIPJ e do TIPR, e por acordo entre a governo da Serra Leoa e a Organização das Nações Unidas, no caso do TESL, não continham provisões de direito penal que criminalizassem condutas, continham antes, exclusivamente, normas jurisdicionais que conferiam a estes tribunais jurisdição material sobre crimes já existentes no direito internacional penal⁹⁹.

A criação destes tribunais trouxe consigo a revisitação de alguns dos problemas relativos ao princípio *nullum crimen sine lege* no direito internacional. O maior obstáculo que os juízes internacionais tiveram de enfrentar foi o da determinação das fontes de direito material aplicáveis aos fatos à data em que foram praticados – uma vez que os estatutos não eram eles mesmos normas materiais de definição de crimes internacionais – pelo que era essencial, sob pena de não se respeitar o princípio *nullum crimen*, determinar que fontes de direito internacional (costumeiro ou convencional) serviriam de base às decisões impostas pelos tribunais. Nas palavras de Héctor Olásolo, o mais importante problema, relativo ao princípio da legalidade, colocado perante os tribunais *ad hoc* foi o da determinação das fontes de direito internacional penal que serviriam de base ao juízo positivo ou negativo sobre o cumprimento dos requisitos do princípio *nullum crimen sine lege*¹⁰⁰. Os juízes tinham de identificar quais as normas materiais que definiam a aplicação do princípio da legalidade no direito internacional penal e, posteriormente, quais as normas materiais que definiam os crimes a julgar pelos tribunais em concordância com o princípio *nullum crimen sine lege*. Assim sendo, podemos dizer que as questões de legalidade levantadas eram analisadas sob o ponto de vista do direito penal substantivo a aplicar pelo

⁹⁸ Neste sentido, KENNETH S. GALLANT, *The Principle of Legality...* p. 303, HÉCTOR OLÁSULO, “A Note on the Evolution of the Principle of Legality in International Criminal Law”, in *Criminal Law Forum*, vol. 18, Springer, 2007, p. 313.

⁹⁹ HÉCTOR OLÁSULO, “A Note on the Evolution of the...”, cit., p. 313.

¹⁰⁰ *Ibidem*, cit., p. 313.

Tribunal e também sob o ponto de vista da própria jurisdição *rationae materiae* deste Tribunal¹⁰¹.

5.1. O Tribunal Internacional Penal para a ex-Jugoslávia.

Este Tribunal marcou drasticamente o curso do direito internacional humanitário e penal, servindo como catalisador para a criação subsequente de outros tribunais internacionais *ad hoc*, tribunais híbridos e, finalmente, para a criação do Tribunal Internacional Penal (permanente). Neste projeto pioneiro as inovações e originalidades foram muitas. Mais uma vez, os juízes internacionais seguiram a tendência dos seus predecessores e cederam perante a tentação de fazer uma interpretação extensiva do direito internacional humanitário¹⁰², o que gerou problemas relacionados com o *nullum crimen sine lege*.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Jugoslávia (ETPIJ) estabelecia a competência do Tribunal para julgar quatro categorias de crimes internacionais: 1) violações graves das Convenções de Genebra (artigo 2º); 2) violações das leis e dos costumes de guerra (artigo 3º); 3) genocídio (artigo 4º); 4) crimes contra a Humanidade (artigo 5º), cometidos no território correspondente à antiga Jugoslávia, no período depois de 1991.

Segundo o Relatório do Secretário Geral, de acordo com o parágrafo 2 da Resolução 808 do Conselho de Segurança¹⁰³, o ETPIJ deveria conter apenas atos que inquestionavelmente fossem crimes à luz do costume internacional. O Relatório avançou ainda uma lista de textos internacionais que serviam como base jurídica dos julgamentos os seguintes instrumentos internacionais: as quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949; a Convenção da Haia Relativa às Leis e Costumes de Guerra Terrestre de 1907; a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948 e o Estatuto do Tribunal Internacional Militar de 8 de agosto de 1945.

¹⁰¹ *Prosecutor v. Milutinović et al.* caso (IT-99-37-AR72), Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction: Joint Criminal Enterprise, 21 de maio de 2003, §§ 9 e 10. KENNETH S. GALLANT, *The Principle of Legality...*, p. 312.

¹⁰² Neste sentido, SUSAN LAMB "Nullum Crimen..." p. 743.

¹⁰³ A visão expressa no Relatório do Secretário Geral de acordo com o parágrafo 2 da Resolução 808 do Conselho de Segurança (1993), S/25704, 3 de maio de 1993 foi de que "a aplicação do princípio *nullum crimen sine lege* exige que o Tribunal Internacional aplique normas de direito internacional humanitário que sejam inquestionavelmente costume internacional".

O Tribunal definiu ainda a sua competência para julgar com base em Tratados que tivessem sido ratificados pelas partes envolvidas no conflito¹⁰⁴. Respondendo à questão levantada anteriormente, podemos avançar como fontes de direito material, nos julgamentos dos tribunais *ad hoc*, o direito internacional costumeiro e o direito internacional convencional (desde que os países envolvidos no conflito fossem signatários dos tratados internacionais em causa).

Mais tarde, o TPIJ modificou a interpretação do *nullum crimen*, restringindo a sua jurisdição material a atos indubitavelmente criminalizados pelo costume internacional, excluindo assim a aplicação de normas convencionais, o que parece estar em consonância com a letra do Relatório do Secretário Geral, de acordo com o parágrafo 2 da Resolução 808 do Conselho de Segurança referido *supra*¹⁰⁵. A nova interpretação reafirma a importância do costume internacional como fonte primordial de direito internacional penal. O grande problema desta formulação, como aponta Susan Lamb (e como temos vindo a apreender ao longo deste trabalho), prende-se com o fato de o cumprimento do princípio *nullum crimen*, vertido diretamente do valor da certeza legal, depender de proibições expressas, o que dificilmente é compatibilizado com a natureza do direito costumeiro, um direito não escrito e frequentemente difícil de precisar¹⁰⁶.

Apesar do ETPIJ não conter nenhuma cláusula expressa, os juízes do TPIJ descreveram o princípio da legalidade como o requisito de especificidade e proibição de ambiguidade na legislação penal, sem o preenchimento destes requisitos nenhum processo de criminalização pode ser atingido e reconhecido¹⁰⁷.

¹⁰⁴ *Prosecutor v. Dusko Tadić*, caso (IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de outubro de 1995, ("*Tadić* Jurisdiction Decision") §§ 143 a 145.

¹⁰⁵ *Prosecutor v. Pavle Strugar*, caso (IT-01-42-AR72), Decision on Interlocutory Appeal, 22 novembro de 2002, §§ 9, 10 e 13. *Prosecutor v. Enver Hadzihasanović, Mehmed Alagić e Amir Kubura*, caso (IT-01-47-AR72), Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command responsibility, 16 de julho de 2003, § 32. *Prosecutor v. Milutinović, Nikola Sainović e Dragoljub Ojdanić*, caso (IT-99-37-AR72), Decision on Interlocutory Appeal, 12 de maio de 2004 § 9. *Prosecutor v. Milomir Stakić*, caso (IT-92-24-A), Judgement on Appeals Chamber, 22 de março de 2006, § 62. Neste sentido, considerando que são expressamente enunciadas as decisões em que se pode verificar esta mudança jurisprudencial, *vide* HÉCTOR OLÁSULO, "A Note on the Evolution of the...", pp. 314 a 316.

¹⁰⁶ SUSAN LAMB, "*Nullum Crimen...*", p.743.

¹⁰⁷ *Prosecutor v. Delalić et al.*, caso (IT-96-21-T), Trial Chamber, 16 de novembro de 1998, § 402.

A- Caso Tadić (Natureza do Conflito e *Joint Criminal Enterprise*).

O primeiro indivíduo a ser condenado pelo Tribunal (e também o primeiro, desde Nuremberga, por um tribunal internacional) foi Dusko Tadić, condenado por violações graves das Convenções de Genebra de 1949 – designadamente, homicídio voluntário (art. 2.ºa), tortura ou tratamentos desumanos (art.2.ºb), violações graves da integridade física e da saúde (art.2.ºc) – , por crimes contra a Humanidade, nos termos do artigo 5.º do Estatuto – crime de homicídio (art.5.ºa) – e, ainda, por violações das leis e costumes de guerra (art.3.º), nomeadamente, “tratamento cruel” de civis o que significava uma violação do artigo 3.º das Convenções de Genebra de 1949¹⁰⁸.

A defesa alegou: 1) a falta de legitimidade do Tribunal, 2) a ilicitude da primazia do Tribunal sobre os tribunais nacionais, assim como 3) a falta de competência *rationae materiae* do Tribunal. Foquemo-nos no último dos argumentos utilizado pela defesa, que alegou a falta de jurisdição *rationae materiae*, sustentando que os artigos 2.º, 3.º e 5.º do Estatuto se aplicariam apenas em caso de conflito armado de carácter internacional, sendo que os alegados crimes teriam sido cometidos em contexto de conflito interno ou mesmo em contexto de ausência total de conflito armado, o que resultaria numa inaplicabilidade dos referidos artigos ao caso em concreto. O Tribunal concluiu que a caracterização do conflito como internacional não era um critério de atribuição de jurisdição, nos termos dos artigos 2.º, 3.º e 5.º do Estatuto, e que todos os artigos se aplicariam independentemente da natureza do conflito¹⁰⁹, desde que se verificasse uma violação séria do direito internacional humanitário. O que se verificaria nas seguintes situações (também estabelecidas pelo Tribunal): 1) a ação deveria constituir uma violação de uma regra de direito internacional humanitário, 2) a regra deveria fazer parte do direito costumeiro ou, pertencendo a um Tratado Internacional, teria de preencher os requisitos de aplicabilidade definidos no parágrafo 143¹¹⁰, 3) a violação teria de ser uma violação grave, ou seja, teria de constituir uma violação de uma norma que protegesse valores importantes e teria de envolver

¹⁰⁸ *Prosecutor v. Dusko Tadić*, caso (IT-94-1-A), Judgment in Sentencing Appeals, 26 de janeiro de 2000.

¹⁰⁹ *Prosecutor v. Dusko Tadić*, caso (IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de outubro de 1995, (“*Tadić* Jurisdiction Decision”) § 65

¹¹⁰ *Vide* nota 58.

consequências graves para a vítima, 4) a violação da regra teria de acarretar, segundo o direito costumeiro ou convencional, responsabilidade penal individual¹¹¹.

No âmbito deste caso, uma figura merece especial consideração: a *joint criminal enterprise* (JCE) (noção com mais relevância no direito internacional do que no plano doméstico, uma vez que os crimes internacionais – crimes de guerra, genocídio e crimes contra a Humanidade – tendem a ser manifestações de uma criminalidade coletiva, perpetrada por indivíduos de grupos militares ou paramilitares ou oficiais governamentais que atuam em conjunto ou de acordo com uma diretriz¹¹²), que surgiu, de forma expressa, no caso Tadić¹¹³.

A JCE¹¹⁴ surgiu como instrumento de imputação do fato criminoso, de forma a superar as dificuldades probatórias em matéria de imputação de certos atos a determinados membros (que, normalmente, ocupam as posições cimeiras) de uma estrutura criminosa organizada, constituída por uma pluralidade de indivíduos que atuam sob um plano criminoso comum – que se pode definir como um acordo comum, expresso ou tácito, para cometer certos atos criminosos com um objetivo ou finalidade criminosa transcendente, como por exemplo no caso de uma iniciativa de genocídio, a destruição de um grupo em concreto.

De forma algo sucinta, a JCE pode apresentar três formas ou variantes. A *variante básica* (JCE I) carece da prova de que todos os elementos conhecem e partilham o plano comum, independentemente de quem é o perpetrador físico da ofensa criminosa. A *variante sistémica* (JCE II) é uma subcategoria da *variante básica*, e carece de que todos os participantes tenham um conhecimento pessoal de um sistema opressor organizado e intenção de nele participar e de o desenvolver; esta variante da JCE é imediatamente

¹¹¹ *Prosecutor v. Dusko Tadić*, caso (IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de outubro de 1995, ("*Tadić* Jurisdiction Decision") § 94.

¹¹² *Prosecutor v. Dusko Tadić*, caso (IT- 94-1-A), Judgement in the Appeals Chamber, 15 de julho de 1999, § 191.

¹¹³ JOANA COSTA, *Joint Criminal Enterprise...* Esclarece que, ao contrário do que é erroneamente defendido na maioria dos textos de direito internacional penal, a figura da *Joint Criminal Enterprise* foi mencionada pela primeira vez no caso *Furundžija* e não no caso *Tadić*. Não sendo despidianda a precisão, também não se revela substancial para o objetivo primordial deste ponto, que passa por compreender, em particular, as circunstâncias que moldaram o caso *Tadić*, uma vez que, como também afirma a autora, foi neste que a doutrina da *Joint Criminal Enterprise* foi enunciada, pela primeira vez de forma completa e sistematizada.

¹¹⁴ A *joint criminal enterprise* pode-se definir como um acordo comum, expresso ou tácito, para cometer certos atos criminosos com um objetivo ou finalidade criminosa transcendente, como por exemplo no caso de uma iniciativa de genocídio, a destruição de um grupo em concreto. KAI AMBOS, *Principios e Imputación en el Derecho penal internacional*, Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2008, pp. 81 e 82.

associada aos campos de detenção e concentração. A *variante alargada*, “*extended*” (JCE III), através da qual um agente pode vir a ser acusado por uma conduta desenvolvida fora do plano comum, nos casos em que prove ser previsível que tais crimes foram cometidos no desenvolvimento do plano comum e, conscientemente, o agente assumiu esse risco¹¹⁵.

Esta figura permitia distinguir entre os casos de “*co-perpetração que envolvem um grupo de pessoas que prossegue um desígnio comum*” e os de “*auxílio e encorajamento*”¹¹⁶. A distinção entre as duas categorias passava por a primeira pressupor a participação na empresa criminosa comum (dimensão objetiva ou *actus reus*) e a intenção de nela participar (dimensão subjetiva ou *mens rea*) e a segunda pressupor a assistência, o encorajamento ou o apoio moral com efeito substancial sobre a perpetração do crime (dimensão objetiva ou *actus reus*) e a consciência de que a atuação assiste a perpetração¹¹⁷.

Distinção que se revela fundamental no plano que estamos a tratar, uma vez que, em grande parte dos casos, estes crimes não são perpetrados fisicamente por um agente isolado, antes pelo contrário, são praticados por um grupo de indivíduos de acordo com um plano ou desígnio comum. Ainda que apenas alguns dos indivíduos perpetrem fisicamente o ato criminoso, a colaboração de todos os elementos do grupo é indispensável para que este seja praticado, assim entendeu o TIPJ¹¹⁸. Atribuir aos elementos do grupo que contribuíram cabalmente para que o fato se verificasse, embora não o tenham executado materialmente, uma responsabilidade por mero *encorajamento* ou *auxílio*, levaria a uma (inconcebível) subestimação da responsabilidade penal destes para o fato criminoso¹¹⁹, uma vez que os participantes são punidos de formas mais leve do que os autores porque a sua responsabilidade pela infração é considerada menor¹²⁰.

Neste momento, a questão que se procura responder relativamente à JCE é a de saber se o princípio da legalidade no direito internacional penal se aplica também às

¹¹⁵ Vide, JOANA COSTA, *Joint Criminal Enterprise...*, pp. 105 e ss. LUKE MARSH e MICHAEL RAMSDEN, “Joint Criminal Enterprise: Cambodia’s Reply to Tadić”, in *International Criminal Law Review*, vol. 11. 2001, pp.141 e 141. KAI AMBOS, *Principios e Imputación en el Derecho penal...*pp. 66 e ss.

¹¹⁶ *Prosecutor v. Anto Furundžija*, caso (IT-95-17/1-T), Trial Judgement, 10 de dezembro de 1998, § 210.

¹¹⁷ JOANA COSTA, *Joint Criminal Enterprise...*, cit., p. 56. *Prosecutor v. Anto Furundžija*, caso (IT-95-17/1-T), Trial Judgement, 10 de dezembro de 1998, § 249. Ver *supra* ponto 1.2 *Common law e civil law*.

¹¹⁸ *Prosecutor v. Dusko Tadić*, caso (IT- 94-1-A), Judgement in the Appeals Chamber, 15 de julho de 1999, § 191; *Prosecutor v. Krajišnik*, Caso (IT-00-39-T), Trial Judgement, 27 de setembro de 2006, § 876.

¹¹⁹ *Prosecutor v. Dusko Tadić*, caso (IT- 94-1-A), Judgement in the Appeals Chamber, 15 de julho de 1999, §§ 183 e 192.

¹²⁰ Vide, PEDRO CAEIRO E MIGUEL ÂNGELO LEMOS, “Genocídio e Cumplicidade”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º3, julho-setembro 2013, pp. 459 e 460.

formas de imputação do fato criminoso, noutras palavras, o TPIJ demonstrou que a responsabilização através da JCE respeitava o princípio *nullum crimen sine lege*?

De forma a não violar o princípio *nullum crimen*, a JCE não poderia ser utilizada como um alçapão para responsabilizar um indivíduo por atos de outros quando estes não pudessem conformar a sua conduta de acordo com a antevisão dessa responsabilização, dito de outra forma, esta figura poderia apenas gerar responsabilidade penal individual quando os seus atos constituíssem, à luz da lei penal existente à data, atos de auxílio puníveis.

Como base legal (implícita) para esta forma de imputação de responsabilidade foi apontado o artigo 7.º/1 do ETIPJ¹²¹, uma vez que este artigo não tem carácter taxativo e a referência a essa forma de imputação não tinha de ser expressa, segundo a jurisprudência do Tribunal¹²². Os problemas de legalidade que se levantam em relação a esta figura passam por clarificar se as regras tradicionais sobre a intervenção delituosa são aplicáveis a esta forma de responsabilidade ou se, pelo contrário, a JCE, constitui forma autónoma de imputação¹²³. A pergunta colocada no caso concreto do julgamento de Dusko Tadić foi: *no direito internacional penal o arguido pode ser responsabilizado pelo homicídio de cinco indivíduos (...) ainda que não haja prova que este tenha pessoalmente cometido tais atos*¹²⁴? Tenha-se presente que, de acordo com o princípio da responsabilidade penal individual, ninguém pode ser responsabilizado por um ato que não tenha cometido direta ou mediamente, ou de alguma forma participado ou, ainda, por uma omissão que não lhe possa ser atribuída; a responsabilização penal está diretamente ligada à possibilidade do agente de livremente escolher a sua conduta, tendo o conhecimento de que esta conduta representa uma violação de uma norma penal.

Em resposta, o TPIJ esclareceu que se dá como satisfeito se um crime do qual o agente vem acusado, ou a forma de imputação através da qual lhe é atribuída responsabilidade penal, fossem suficientemente previsíveis, e se a lei que estipula tal forma

¹²¹ “Quem tiver planeado, instigado, ordenado, cometido ou, por qualquer outra forma, tiver auxiliado e encorajado a planejar, preparar ou executar um dos crimes referidos nos artigos 2.º a 5.º do presente Estatuto tornar-se-á individualmente responsável pelo referido crime.”

¹²² *Prosecutor v. Dusko Tadić*, (IT-94-1) Appeals Chamber, 15 July 1999, § 190. “(...)o Estatuto não excetua modos de participação no cometimento de um crime que incluam várias pessoas que, sobre um plano comum, desenvolvem uma atividade criminal que é depois executada conjuntamente ou por apenas alguns membros desta pluralidade de pessoas. Qualquer das pessoas que contribua para o cometimento de crimes pelo grupo de pessoas ou apenas por alguns dos seus membros, na execução do plano comum pode ser responsabilizados penalmente”.

¹²³ KAI AMBOS, *Principios e Imputación en el Derecho...*, cit., p. 83.

¹²⁴ *Prosecutor v. Tadić* (IT-94-1) Appeals Chamber, 15 July 1999, § 185.

de imputação fosse suficientemente acessível à data relevante, tendo em consideração a especificidades da lei internacional ao fazer tal juízo¹²⁵. Acrescentando ainda que a lei penal aplicável aos países em conflito, ou seja, o Código Penal da República Socialista Federativa da Jugoslávia continha, no seu artigo 26.^o¹²⁶, uma forma de imputação de responsabilidade em muito semelhante à JCE, proporcionado assim a notificação prévia necessária à previsibilidade exigida pelo requisito da legalidade internacional. O Tribunal, acrescentou, ainda, ser despicienda a referência à lei penal nacional aplicável, uma vez que o costume internacional era suficiente para preencher os requisitos de previsibilidade e acessibilidade. Para sustentar esta tese, o TPIJ explicou que existia uma longa e consistente corrente de decisões jurisprudenciais, instrumentos internacionais (e legislação nacional) que serviam como notificação suficiente e permitiam a qualquer indivíduo ajustar a sua conduta em conformidade¹²⁷.

¹²⁵ *Prosecutor v. Milutinović et al.* caso (IT-99-37-AR72), Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction: *Joint Criminal Enterprise*, 21 de maio de 2003, § 38.

¹²⁶ "Anybody creating or making use of an organisation, gang, cabal, group or any other association for the purpose of committing criminal acts, is criminally responsible for all criminal acts resulting from the criminal design of the association and shall be punished as if himself as committed them, irrespective of whether and in what manner himself participated in the commission of any of the acts."

¹²⁷ *Ibidem*, §185. O TPIJ referenciou múltiplos *Case-law* (do pós Segunda Guerra Mundial) nos quais a imputação da responsabilidade penal individual se baseou na participação num plano (criminoso) comum e a previsibilidade de que daí podiam advir consequências penais, não necessariamente sob o nome de *joint criminal enterprise*.

JCE I - *Prosecutor v. Tadić* (IT-94-1) Appeals Chamber, 15 July 1999, § 197, Julgamento de *Georg Otto Sandrock et al.*, British Military Court for the Trial of War Criminals, held at the Court House, Almelo, Holanda, 24 a 26 de novembro de 1945, vol. I, p. 35 (também conhecido como Almelo Trial). *Prosecutor v. Tadić* (*ibidem*), § 197, Julgamento de *Hoelzer et al.*, Canadian Military Court, Aurich, Alemanha, vol. I, pp. 341, 347, 349, 1946. *Prosecutor v. Tadić* (*ibidem*), § 198, Julgamento de *Gustaf Alfred Jenpsen et al.*, Proceedings of a War crimes Trial, Luneburgo, Alemanha, 24 de agosto de 1946. *Prosecutor v. Tadić* (*ibidem*), § 199, Julgamento de *Franz Schonfeld et al.*, British Military Court for the Trial of War Criminals, held at the Court House, Almelo, Holanda, 1946. *Prosecutor v. Tadić* (*ibidem*), §199, Julgamento de *Feurstein et al.*, Proceedings of a War crimes Trial, Hamburgo, Alemanha, 24 de agosto de 1948. *Prosecutor v. Tadić* (*ibidem*), § 200, *United States v. Otto Ohlenforf et al.*, Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal under control Council Law no 10 vol. I (US Printing Office) vol. IV, p.3, 1951.

JCE II - (*concentration camp cases*) - *Prosecutor v. Tadić* (*ibidem*), § 202 Julgamento de *Martin Gottfried Weiss et al.*, General Military Government Court of the United States zone, Dachau, Alemanha, vol. XI, p. 5, 1945. *Prosecutor v. Tadić* (*ibidem*), § 202, Julgamento de *Josef Kramer et al.*, British Military Court for the Trial of War Criminals, Luneburgo, Alemanha, vol. II, p.1, 1954. *Prosecutor v. Tadić* (*ibidem*), §§ 205 a 206, Julgamento de *Erich Heyer et al.*, British Military Court for the Trial of War Criminals, Essen, Alemanha, vol.1, p.88, 1945.

JCE III- *Prosecutor v. Tadić* (*ibidem*), § 207, Julgamento de *Erich Heyer et al.*, British Military Court for the Trial of War Criminals, Essen, Alemanha, 18-19 e 21-22, dezembro 1945. *Prosecutor v. Tadić* (*ibidem*), § 215, Julgamento de *D' Ottavio et al.*, n°270, Italian Court of Cassation, Criminal Section 1, Judgement, 12 de março de 1947. *Prosecutor v. Tadić* (*ibidem*), § 216, Julgamento de *Aratano et al.*, n° 102, Italian Court of Cassation, Criminal Section 2, Judgement, 21 de fevereiro de 1949. *Prosecutor v. Tadić* (*ibidem*), § 217, Julgamento de Berardi, n°996, Italian Court of Cassation, Criminal Section 2, 27 de agosto de 1947.

Como mais tarde escreveu Antonio Cassese (2008), a categorização da JCE no caso *Tadić*, revelou uma tentativa de sistematizar um vasto leque de decisões dispersas e esclarecer a lógica que lhes estava subjacente¹²⁸.

Como resposta à questão que nos propusemos responder neste ponto, o propósito essencial da argumentação do TIPJ passava por provar a existência da JCE no direito costumeiro internacional, de forma a impedir a impunidade de determinados agentes cuja conjunta se encontrava já desmaterializada do fato criminoso. Mostrando, mais uma vez, uma certa maleabilidade no que diz respeito aos requisitos do *nullum crimen*, o Tribunal pareceu evidenciar preferencialmente a natureza criminosa da conduta do agente, em detrimento de uma específica descrição da ofensa na lei substantiva a aplicar¹²⁹.

¹²⁸ *Prosecutor v. Kaing Guek Eav (DUCH)*, caso no. 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTO 02), Pre-Trial Chamber, 27 de outubro de 2008. *Amicus Curiae* Brief of Professor Cassese et al. on *Joint Criminal Enterprise*, cit., p. 15. § 43.

¹²⁹ *Prosecutor v. Hadžihasanović* (IT-01-47-PT), Trial Chamber, 12 de novembro de 2002, § 62.

5.2. O Tribunal Especial para a Serra Leoa.

Nos três julgamentos que tiveram lugar em Freetown, o Tribunal Especial para a Serra Leoa (TESL) expandiu a jurisdição em relação a crimes internacionais, o que conduziu a numerosos “primeiros” na justiça internacional. Para além das condenações por casamento forçado e ataques às forças de manutenção da paz, o TESL foi ainda o primeiro tribunal a reconhecer e condenar por crimes de utilização de crianças-soldado¹³⁰ e escravatura sexual¹³¹.

O conflito armado que teve lugar na Serra Leoa foi marcado por inúmeras singularidades e, mais uma vez, se mostrou necessário apresentar respostas perante um quadro até então desconhecido, sem violar as condições do *nullum crimen*.

Na senda dos seus antecessores (TPIJ e TIPR), o Estatuto do TESL estabelecia a jurisdição deste sobre: 1) crimes contra a Humanidade (art. 2.º) 2) violações do artigo 3.º comum às quatro Convenções de Genebra e ao Protocolo adicional II (art.3.º), distintamente daqueles o Tribunal exerceria ainda jurisdição sobre: 3) outras violações sérias do direito internacional humanitário (art.4.º), e por último, 4) condutas criminalizadas pela lei da Serra Leoa (art.5.º)¹³².

O TESL devia garantir que todas as acusações respeitavam o princípio *nullum crimen*, designadamente aplicando exclusivamente a lei que vinculava os indivíduos à data da prática dos atos. Tinha, por isso, de se demonstrar que cada um dos crimes constantes

¹³⁰ Nem sempre a lei, a doutrina e a jurisprudência expressam, de forma esclarecedora, qual o sentido dado aos termos *use*, *recruitment*, *conscripting* e *enlisting*. Parece, muitas vezes, ser utilizada a expressão *use* no seu sentido mais lato (que inclui todas as formas de utilização de crianças-soldado) como sinónimo de *recruitment*. Quando tal se verifique por uma questão de fidelidade aos textos que estão a ser traduzidos, a expressão empregada será utilização. Fora estes casos, de forma a ultrapassar dificuldades de precisão e tradução, doravante, seguindo aquele que parece ser o entendimento do juiz Robertson na sua exposição, *vide Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Case no. SCSL-2004-14-AR72 (E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 31 de maio de 2004, p. 7417. O termo *recruitment* corresponderá à expressão recrutamento, *conscripting* será traduzido para conscrição, *enlisting* será traduzido para alistamento e finalmente, *use*, em sentido estrito será traduzido como uso.

¹³¹ *Vide* Press Release - Special Court for Sierra Leone Office of the Prosecutor, “Prosecutor Welcomes Convictions in RUF Appeals Judgment”, 26 October 2009.

¹³² Nenhum dos antecessores do TESL continha uma provisão semelhante, o Estatuto do TESL foi o primeiro a atribuir jurisdição sobre condutas criminalizadas no ordenamento jurídico doméstico, contudo, é de notar que nenhuma acusação foi feita com base neste artigo. *Vide*, SARA WHARTON, “The Evolution of International Criminal Law: Prosecuting ‘New’ Crimes before the Special Court for Sierra Leone”, in *International Criminal Law Review* 11, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 224.

da acusação era reconhecido à luz do direito costumeiro e gerador de responsabilidade penal individual¹³³.

Para a questão que se pretende responder neste momento o art. 4.º do Estatuto merece especial atenção, uma vez que este estabelecia a jurisdição do Tribunal em relação a “outras violações sérias do direito internacional humanitário”, enumerando:

- a) Dirigir intencionalmente ataques contra a população civil ou contra civis que não tomem parte nas hostilidades;
- b) Dirigir intencionalmente ataques contra funcionários, instalações, materiais, unidades ou veículos envolvidos em assistência humanitária ou missão de manutenção da paz de acordo com a Carta das Nações Unidas, desde que lhes seja aplicada a proteção de civis ou objetos civis à luz do direito internacional de conflitos armados;
- c) Recrutamento e alistamento de crianças menores de 15 anos nas forças armadas ou grupos armados ou a sua atualização enquanto participantes ativos nas hostilidades.

O crime de recrutamento de crianças-soldado, constante do artigo 4.º/c) do Estatuto do TESL, pode ser cometido de três formas diferentes: 1. através da conscrição de crianças (o que implica uma imposição, embora esta resulte, muitas vezes, da lei); 2. através do alistamento de crianças (o que implica a mera aceitação e inscrição quando estas se voluntariam); ou 3. através do seu uso como parte ativa nas hostilidades (ou seja, para além do recrutamento e do alistamento, colocar ainda a vida destas crianças em risco em combate)¹³⁴. Na verdade parece razoável concluir que estamos perante três crimes autónomos, como defendeu o juiz Robertson na sua opinião dissidente perante TESL¹³⁵.

¹³³ *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Case no. SCSL-04-15-T (Trial Judgment), 2 de março de 2009, § 48. Ver também, SARA WHARTON, “The Evolution of International Criminal Law...”, p.225.

¹³⁴ *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Case no. SCSL-2004-14-AR72 (E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 31 May 2004, p. 7417.

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 7442 e 7443. Depois de ratificar o Tratado de Roma, o Estado Australiano introduziu na sua ordem jurídica nacional o crime de recrutamento de crianças-soldado, como muitos Estados, o que demonstra um processo de criminalização da conduta a nível nacional posterior à sua criminalização pelo Tratado de Roma, para tal aprovou o International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002 Number 42 (Cth) emendando o Criminal Code Act 1995 (Cth) de forma a inserir neste os crimes definidos pelo Estatuto de Roma, criando assim três crimes diversos 1) o uso, 2) o recrutamento, 3) o alistamento de crianças no decorrer de um conflito armado, correspondendo a cada um destes crimes uma pena também diversa. Ver também, Código Alemão de Crimes Contra o Direito Internacional – *Völkerstrafgesetzbuch*, de 26 de junho de 2002) que reconhece no seu artigo 8.º/1/5 os crimes de recrutamento, ou alistamento, ou uso de crianças-soldado.

A- Caso Norman (Alistamento de Crianças-soldado).

Samuel Hinga Norman, líder das *Civil Defense Forces* (CDF), foi acusado, juntamente com Moinina Fofana e Allieu Kondewa (caso CDF), do crime internacional de alistamento de crianças-soldado pelo TESL¹³⁶, que determinou, sem unanimidade, que tais atos eram, à data da sua prática, crimes segundo o costume internacional, e que por isso eram compagináveis com o princípio *nullum crimen*¹³⁷.

A defesa de Norman objetou no sentido de que tanto o Protocolo (II) adicional à Convenção de Genebra de 1977 como a Convenção sobre os Direitos da Criança 1990 impunham uma obrigação aos Estados (unicamente) de não recrutamento de crianças e, por isso, não poderiam gerar responsabilidade penal individual, acrescentando ainda que o Estatuto de Roma que veio criminalizar a conduta em 1998 não tipifica direito costumeiro. Concluindo que, conseqüentemente, ao TESL faltaria competência *rationae materiae* para julgar crimes de utilização de crianças-soldado¹³⁸. O que se pretende deslindar é em que momento o (mero) alistamento de crianças-soldado se tornou um crime internacional.

Tendo por base o art.º 38.º do Estatuto do TIJ, o TESL apontou como fontes de direito convencional: a IV Convenção de Genebra Relativa à Proteção de Civis em Tempos de Guerra de 12 de agosto de 1949 (ratificada pela Serra Leoa em 1965), Artigos 14.º, 24.º e 51.º; os Protocolos Adicionais (I e II) de 1977, (ratificados pela Serra Leoa em 1986) – artigo 77.º (Protocolo I) e artigo 4.º (Protocolo II¹³⁹) – e por último, a Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1990 (ratificada pela Serra Leoa em 1990) artigos 4.º e 38.º.

O TESL defendeu ainda que, antes de 1996, a proibição de utilização de crianças-soldado estava já cristalizada no costume internacional, argumentando que 185 Estados (incluído a Serra Leoa) eram parte das Convenções de Genebra antes de 1996, o que indica

¹³⁶ Sam Hinga Norman foi acusado de Crimes contra a Humanidade, violações do artigo 3.º comum as Convenções de Genebra e do Protocolo Adicional (II) e de outras violações sérias do Direito Internacional Humanitário, nomeadamente, alistamento de crianças-soldado, *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman, Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, Case no. SCS1-2004-14-1, Indictment, 4 de fevereiro de 2004. Tendo sido inicialmente, acusado de crimes de recrutamento (o que implicava o uso de força) e alistamento de crianças-soldado, *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman*, Case no. SCSL-2004-08-1, Indictment, 7 de março 2003. Contudo as acusações pelo crime de recrutamento de crianças-soldado foram abandonadas.

¹³⁷ *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Case no. SCSL-2004-14-AR72 (E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 31 May 2004, pp. 7397- 7409.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 7385.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 7395 Apesar de o Protocolo adicional II se referir exclusivamente a conflitos internos, O TPIJ - *Prosecutor v. Dusko Tadić*, caso (IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de outubro de 1995, ("*Tadić* Jurisdiction Decision") § 94 - sustentou que não é relevante o fato de a "violação séria" ter ocorrido no contexto de um conflito interno ou internacional.

o seu amplo reconhecimento pela comunidade internacional. Similarmente, 133 ratificaram os Protocolos Adicionais (I e II) antes de 1996. Finalmente, à data da prática dos fatos, apenas 6 Estados não haviam já ratificado a Convenção sobre os Direitos das Crianças (cuja proibição era reiterada na Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança de 1990, artigo 22.º/2), o que demonstra o vasto reconhecimento e aceitação na comunidade internacional das regras que proíbem o recrutamento de crianças e um verdadeiro empenho por parte dos Estados em erradicar esta prática, prova de que esta norma era costume internacional antes de 1996¹⁴⁰.

O Tribunal apontou também para o fato de o Estatuto de Roma de 1998 vir expressamente tipificar, pela primeira vez, os crimes de recrutamento de crianças-soldado¹⁴¹, consagrando assim uma norma de direito costumeiro que se vinha a formar previamente. O que faltou provar foi o momento em que o recrutamento de crianças-soldado se cristalizou como uma norma de direito internacional costumeiro geradora de responsabilidade penal individual¹⁴².

Da argumentação do Tribunal, conjugando fontes de direito convencional e o direito costumeiro, parece resultar um exposto esforço, por parte dos Estados, para a eliminação do utilização de crianças-soldado. Todavia, é também verdade que nenhuma destas fontes internacionais de direito atribui responsabilidade penal individual pela prática de tais atos. É importante lembrar, neste ponto, os *Requisitos Tadić*, que estabelecem as quatro condições que têm de se verificar para que uma violação de direito humanitário possa ser objeto de acusação e punição penal.

A violação deve constituir:

1. Uma infração de uma regra de direito internacional humanitário;
2. A regra deve ser costumeira ou, se pertencer a um Tratado, as condições de aplicação do Tratado devem-se verificar;
3. A violação deve ser “séria”, ou seja, deve constituir uma violação de uma regra que proteja valores importantes e a violação deve trazer para a vítima consequências graves;

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 7391- 7396.

¹⁴¹ Artigo 8.º do Estatuto de Roma, (Crimes de Guerra) b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no quadro do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos: xxvi) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades.

¹⁴² *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Case no. SCSL-2004-14-AR72 (E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 31 May 2004, pp. 7386 e 7439.

4. A violação da regra deve implicar, à luz do direito costumeiro ou convencional, responsabilidade penal individual¹⁴³.

Resulta óbvio que um tribunal não se pode contentar com a mera proibição da conduta, devendo ir mais além, exigindo, outrossim, que a conduta seja criminalizada pelo direito internacional. Este último passo parece não se ter verificado à data da prática dos fatos.

Como expôs o juiz Geoffrey Robertson, a utilização de crianças com catorze anos ou menos com o objetivo de que estas se tornem criminosos de guerra, correndo também elas o risco de serem mortas, era já uma prática abominável em 1996 e é uma prática abominável nos dias de hoje, mas o fato de esta prática ser abominável não faz com que a conduta seja, automaticamente, um crime internacional¹⁴⁴. Esta tese faz ainda mais sentido se olharmos para o que foi dito na decisão do Tribunal, relativamente à proposta original avançada pelo Relatório do Secretário Geral sobre o estabelecimento do Tribunal Especial. A versão primitiva do Relatório referia-se ao crime de “sequestro e recrutamento forçado de crianças menores de 15 anos nas forças armadas ou grupos armados com o propósito de que estas participem ativamente nas hostilidades”, o que demonstrava alguma incerteza quanto à existência no direito costumeiro do crime de recrutamento e alistamento de crianças-soldado, como definido pelo Estatuto de Roma¹⁴⁵.

Indo ainda mais longe do que o Juiz Robertson, Beth Van Schaak apresenta o caso Norman como um exemplo (moderno) do desconhecimento, por parte de um agente específico, da existência de uma regra costumeira. Em termos muito simples, a autora tenta demonstrar que o mero alistamento (excluindo o sequestro e recrutamento forçado) e uso de crianças-soldado, embora fosse já anátema para as sensibilidades ocidentais, o que exalta a inviolabilidade da infância, não era necessariamente universalmente condenável como intrinsecamente errado e imoral. A autora acrescenta até que o número de crianças-soldado existente no continente africano parece sugerir um costume regional da prática desse ato, a persistência de utilização de crianças-soldado em conflitos armados no continente africano é ainda visível na letra dos mais remotos tratados sobre direitos

¹⁴³ *Prosecutor v. Dusko Tadić*, caso (IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de outubro de 1995, (“*Tadić* Jurisdiction Decision”) § 94.

¹⁴⁴ *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Case no. SCSL-2004-14-AR72 (E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 31 May 2004, p.7420.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 7391; *Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone*, S/2000/915, 4 October 2000, §§ 17-18 and Enclosure, Article 4(c).

humanos, uma vez que estes se limitam a pedir a progressiva eliminação da prática e não uma inequívoca desistência desta¹⁴⁶.

A aplicabilidade de uma norma penal (cuja fonte é o costume internacional) assenta na sua previsibilidade e acessibilidade. Como poderia o agente conhecer uma norma costumeira que proibia determinada conduta e conformar o seu comportamento segundo tal norma, quando na realidade que o envolvia existia um costume regional que apontava num outro sentido¹⁴⁷? Não é despicienda a existência, na comunidade internacional, de uma tentativa de erradicar determinada conduta (como foi demonstrado existir). Esta não é, por si só, absolutamente determinante da responsabilidade penal individual.

5.3. Breves Conclusões.

Da vasta jurisprudência dos tribunais internacionais, os três momentos ilustrados, a ver, relevância da natureza do conflito (TIPJ); *joint criminal enterprise* (TIPJ) e alistamento de crianças-soldado (TESL), foram aqueles que nos pareceram mais pertinentes para uma tentativa de apreensão das linhas argumentativas seguidas pelos tribunais, relativamente à aplicação das regras do *nullum crimen*. No que diz respeito aos casos *supra* mencionados, em particular, e à jurisprudência do TIPJ e do TESL, em geral,

¹⁴⁶ BETH VAN SCHAAK, “*Crimen sine Lege: Judicial Law Making...*” cit., p. 158, onde se menciona um caso julgado no TIJ, no qual se reconheceu a existência de costume regional (Asylum Case (Colom. v. Peru), 1950 I.C.J. Rep. 266, 276-77). A ver, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, 1577 U.N.T.S. 3, art.º 38.º (...) 2. Os Estados Partes devem tomar todas as medidas possíveis na prática para garantir que nenhuma criança com menos de 15 anos participe diretamente nas hostilidades; 3. Os Estados Partes devem abster-se de incorporar nas forças armadas as pessoas que não tenham a idade de 15 anos. No caso de incorporação de pessoas de idade superior a 15 anos e inferior a 18 anos, os Estados Partes devem incorporar prioritariamente os mais velhos; 4. Nos termos das obrigações contraídas à luz do direito internacional humanitário para a proteção da população civil em caso de conflito armado, os Estados Partes na presente Convenção devem tomar todas as medidas possíveis na prática para assegurar proteção e assistência às crianças afectadas por um conflito armado, ver também Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução A/RES/54/263 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 25 de Maio de 2000, art. 1.º Os Estados Partes devem adotar todas as medidas possíveis para assegurar que os membros das suas forças armadas que não atingiram a idade de 18 anos não participam diretamente nas hostilidades. Ver também GRAÇA MACHEL, *The Impact of War on Children*, UNICEF, 1996, p.11, § 34 - “One of the most alarming trends in armed conflict is the participation of children as soldiers”.

¹⁴⁷ Como questionou JOE VERHOEVEN: *Can an individual be reasonably presumed acquainted with customary norms that even governments are normally ignorant of? Vide* JOE VERHOEVEN, *apud*, LORENZO GRADONI, *Nullum crimen sine consuetudine: A Few Observations on How the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Has Been Identifying Custom*, p. 18.

será de concluir que, muitas vezes, se demonstrou frágil a conformidade com o requisitos do princípio *nullum crimen*. Os tribunais não deixaram de estabelecer responsabilidade penal individual. Ainda que, nem sempre, fosse rigoroso afirmar que os tribunais detinham jurisdição *rationae materiae* em relação a tais condutas (natureza do conflito) ou mesmo, sem que se fizesse prova categórica da pré-existência de uma mensagem clara de incriminação no direito internacional das condutas *sub judice* (alistamento de crianças-soldado), ou da existência prévia de determinado modelo de imputação de responsabilidade penal (*joint criminal enterprise*).

Como foi dito, em relação aos Julgamentos de Nuremberga, as acusações que tiveram lugar, não são incompatíveis com a ideia de justiça, (exceção feita ao alistamento de crianças-soldado, pelos motivos *supra* mencionados), e talvez por isso, tenham marcado tão fortemente o rumo do direito internacional penal independentemente da sua origem mais ou menos polémica.

Uma outra conclusão a retirar passa por reconhecer que uma das finalidades do direito penal será a prevenção, é de notar, que tanto o TIPJ como o TESL, ao lado de outros tribunais (que não foram analisados neste estudo¹⁴⁸), foram estabelecidos após a prática (da maioria) dos atos que viriam a julgar, pelo é difícil estabelecer um nexo de eficácia entre estes tribunais e a finalidade de prevenção do direito penal. Aliás, dúvidas se podem até levantar em relação à existência de um verdadeiro efeito de prevenção gerado pela aplicação do direito internacional penal pelos Tribunais *Ad Hoc* e pelos Tribunais Híbridos, que são, inerentemente, esporádicos e fortuitos¹⁴⁹.

¹⁴⁸ A título de exemplo: o Tribunal Internacional Penal para o Ruanda (1994); as Secções Extraordinárias do Tribunal do Camboja (1997); o Coletivo Especial para Crimes Graves em Timor-Leste (2000), o Tribunal Especial para o Líbano (2007).

¹⁴⁹ Neste sentido, BETH VAN SCHAAK, “*Crimen sine lege*: Judicial Law Making...” p.146.

PARTE III

O PRESENTE E O FUTURO DO *NULLUM CRIMEN* NO DIREITO INTERNACIONAL

1. A Criação do Tribunal Internacional Penal.

A criação do Tribunal Internacional Penal (TPI) e respetivo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (ERTPI)¹⁵⁰, sob o desejo de implementar uma jurisdição universal¹⁵¹, trouxeram ao direito internacional penal uma maior maturidade ou até, se quisermos, uma maior legitimidade. Foi uma verdadeira tentativa de superação da imprecisão caracterizadora deste ramo de direito, consolidando assim um verdadeiro sistema de justiça penal da comunidade internacional¹⁵² que vigora de forma autónoma (e subsidiária¹⁵³) em relação aos sistemas nacionais de justiça penal¹⁵⁴.

Ao contrário dos Estatutos dos Tribunais *ad hoc*, criados pelo Conselho de Segurança, que continham normas meramente jurisdicionais, o ERTPI foi o primeiro Tratado Internacional a criminalizar determinadas condutas e a atribuir jurisdição ao TPI para julgar esses mesmos crimes. Por outras palavras, o ERTPI contém normas de direito substantivo e normas de atribuição de jurisdição em matéria penal internacional.

Os esforços codificadores são visíveis. Para além de consagrar os elementos dos crimes¹⁵⁵, o ERTPI consagra expressamente o princípio da legalidade penal¹⁵⁶ – os

¹⁵⁰ Estatuto de Roma para o Tribunal Internacional Penal, aprovado em 17 de julho de 1998, entrou em vigor a 1 de julho de 2002, assinado por 139 Estados e ratificado por 122 Estados (informação obtida in <https://treaties.un.org>, em 4 de janeiro de 2015). No caso português, o Estatuto foi aprovado pela Resolução nº 3/2002, de 18 de janeiro e ratificado pelo Presidente da República através do Decreto nº2/2002 de 18 de janeiro, pelo que Portugal está sob jurisdição do TPI.

¹⁵¹ Maria Leonor Assunção identifica a *Jurisdição Universal* como um critério de competência alargada penal alargada de certas condutas, dita universal, independentemente do lugar do crime, da nacionalidade do criminoso ou da vítima, *vide*, MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, “TPI e Lei Penal e Processual penal Portuguesa” in VITAL MOREIRA *et al.*, *O Tribunal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.51.

¹⁵² KAI AMBOS, *A Parte Geral...*, p.43.

¹⁵³ *Vide* VITAL MOREIRA, “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição” in VITAL MOREIRA *et al.*, *O Tribunal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.14. o autor explica que “a racionalidade do TPI não consiste em substituir a justiça nacional por uma justiça internacional mas sim em estabelecer um mecanismo subsidiário ou, sendo caso disso, corretivo, que impeça a impunidade penal em relação a crimes especialmente graves”.

¹⁵⁴ HÉCTOR OLÁSULO, “A Note on the Evolution of the...”, pp. 303 e 304.

¹⁵⁵ *Cf.* Art. 9.º do Estatuto de Roma, e ainda, Relatório da Comissão Preparatória do Tribunal Internacional Penal, *Addendum: Finalized Draft Text of the Elements of Crimes*, U.N. Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.2, 2

Estatutos dos Tribunais Especiais para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda, curiosamente, não continham nenhuma cláusula que referisse expressamente o princípio da legalidade penal. Contudo, o papel da jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* foi de fundamental importância para a tipificação dos crimes previstos no ERTPI.

Examinando o atual artigo 22.º do ERTPI, será de concluir que: hoje em dia o princípio da legalidade se encontra enraizado no direito penal internacional na mesma medida que se encontra enraizado nas ordens jurídicas nacionais; o princípio da legalidade passou a ser visto uma exigência indispensável à proteção dos direitos fundamentais do arguido e não mais como um mera orientação que determinava a estratégia dos Estados a nível internacional¹⁵⁷.

Ainda que a criação do TPI seja um marco importante na passagem do direito internacional penal para a vida adulta, deixando para trás alguns dos problemas que lhe caracterizaram (quase assombraram) a adolescência, seria prematuro e incorreto afirmar que os dias de indeterminação e incerteza chegaram ao fim. Seguramente o espaço cinzento aberto à criatividade dos juízes é cada vez menor quanto maior for a proliferação de leis e criação de tribunais e respetivos estatutos.

Contudo, turbulência relativamente à legalidade não foi ainda completamente ultrapassada no direito internacional penal, mesmo perante a existência de um tribunal permanente orientado por uma robusta ideia de legalidade não podemos afirmar que tenhamos já aterrado são e salvos.

A existência da cláusula *catch-all* de outros atos desumanos¹⁵⁸ levanta problemas de incerteza de difícil conciliação com o princípio da legalidade, assim, o ERTPI é ainda vago nas suas articulações e não será supérfluo repetir que, quanto menos precisa uma norma é, mais espaço existe para o seu mau uso, ou até abuso.

Apesar do notável progresso, a lei não escrita continuará a desempenhar um papel de considerável importância no direito internacional penal. O próprio artigo 21.º do ERTPI,

de novembro de 2000, (disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/724/27/PDF/N0072427.pdf?OpenElement>) onde se pode ler, “de acordo com o artigo 9.º, os elementos dos crimes devem assistir os Tribunais na interpretação e aplicação dos artigos 6.º, 7.º e 8.º do Estatuto. As provisões do Estatuto, incluindo o artigo 21.º e os princípios gerais estabelecidos na Parte 3, são aplicáveis aos elementos dos crimes”.

¹⁵⁶ Cfr. Arts. 22º a 24º do Estatuto de Roma.

¹⁵⁷ ANTONIO CASSESE, *General Principles of International Law...*, p.40.

¹⁵⁸ *Vide* art. 7.º/1/k), relativo aos crimes contra a humanidade de “Outros atos desumanos de carácter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimentos, ferimentos graves ou afetem a saúde mental ou física.”, a chamada cláusula “catch-all” que inclui situações de fato igualmente graves e que por isso mesmo são comparadas aos restantes crimes contra a Humanidade enumerados no Estatuto.

no seu número 1b), não se olvidou de a mencionar como uma das fontes de direito aplicável e, quando se refere *inter alia* “aos princípios e regras de direito internacional”, este artigo incorpora aqui uma noção ampla de princípios e regras de direito internacional, que não deixa de fora o costume internacional. Aliás, parece até que se refere exclusivamente a este último, uma vez que os princípios gerais de direito são mencionados autonomamente no parágrafo seguinte, art. 21.º/1c)¹⁵⁹.

2. A Atual Harmonização Entre o Princípio da Legalidade e o Costume Internacional.

O princípio da legalidade assume no campo jurídico-penal um papel essencial, sem o qual ruiria, porventura, todo o sistema – as criminalizações *ex post facto* são universalmente condenadas, sobretudo pelo fato de negligenciarem um objetivo elementar do direito penal, que é sustentar a certeza de uma punição como um motivo dissuasor, nas mentes de quem é tentado pela prática de um crime, de forma a prevenir que tal aconteça. Mas uma punição estabelecida depois da prática do ato, não pode, com toda a certeza, exercer tal função de prevenção¹⁶⁰.

Deverá, ainda assim, reconhecer-se que o princípio *nullum crimen* pode ser bastante inconveniente, especialmente nos casos em que, no plano internacional nos deparamos com atos que pela sua originalidade e natureza abominável, chocam a comunidade no seu todo – como explica Figueiredo Dias, a lei penal representa uma espécie de carta de alforria para o agente mais hábil, mais refinado e (às vezes) mais rico e poderoso, numa palavra (própria da ciência criminológica). Para o agente dotado de maior *competência de ação*¹⁶¹.

Conquanto, num ramo do direito onde se limitam os direitos fundamentais dos cidadãos, não pode haver lugar para arbitrariedade e abuso. Esta ideia não é recente e o princípio da legalidade foi reconhecido por quase todos os ordenamentos jurídicos nacionais, com assento constitucional em grande parte destes. Contudo, no contexto internacional, parece ter havido uma falha em o implementar em pleno. As questões de legalidade foram sendo levantadas perante os Tribunais Internacionais desde Nuremberga,

¹⁵⁹ LORENZO GRADONI, *Nullum crimen sine consuetudine...*, cit., p. 1.

¹⁶⁰ PAUL H. ROBINSON, “Fair Notice and Fair Adjudication...”, cit., p.352.

¹⁶¹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte geral, Questões Fundamentais...*, cit., p. 181.

passando pelo Tribunal Internacional Penal para a Ex-Jugoslávia e, ainda, pelo Tribunal Especial para a Serra Leoa.

Como se tentou demonstrar ao longo deste trabalho, a história do direito internacional não joga a favor da legalidade estrita, a verdade é que a argumentação de que determinada condenação violava o princípio da legalidade foi amplamente insucessosa junto dos tribunais internacionais. Em defesa do trabalho desenvolvido por estes, talvez possamos avançar que, os tribunais tiveram de harmonizar considerações de justiça¹⁶² face aos acusados, com outros objetivos: a condenação de atos brutais; a garantia da responsabilidade individual; a satisfação e reabilitação das vítimas; a preservação da ordem mundial e a prevenção¹⁶³.

Muitas mudanças ocorreram desde os Julgamentos de Nuremberga no contexto internacional. Atualmente, superada está a ideia de que o princípio da legalidade não se aplica no contexto internacional¹⁶⁴. Mais ainda, à semelhança do que se verificou nos sistemas da *common law*¹⁶⁵, também no espaço internacional as lacunas do direito penal e, até, do direito internacional humanitário, estão a ser preenchidas com nova legislação. Cada vez menos os juízes internacionais serão colocados na posição de fazer uma interpretação criativa (muitas vezes inventiva), o que só pode abonar a favor da legalidade.

Não omitamos, contudo, o papel central desempenhado pelo direito costumeiro no contexto internacional, reconhecido, aliás, pela maioria dos textos internacionais¹⁶⁶. Como aponta Beth Van Schaak, a verdade é que um perfeito positivismo é impossível onde o direito internacional costumeiro – a prática dos Estados apoiada numa ideia de obrigação legal – permanece como uma fonte integral de direito¹⁶⁷.

Recai, assim, inevitavelmente, sobre os tribunais a tarefa de conciliar a natureza fluida do costume internacional e o escopo do princípio da legalidade, de maneira que o

¹⁶² O termo Justiça é aqui utilizado como uma tradução de *fairness*.

¹⁶³ *Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić & Landžo*, caso (IT-96-21-T), Judgment, 16 de novembro de 1998, § 405.

¹⁶⁴ Vide FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte geral, Questões Fundamentais...*, p. 179. “É hoje seguro que o princípio *nullum crimen sine lege* constitui um princípio geral de direito internacional, embora o seu “modo” seja diverso, uma vez que no termo *lege* se inclui também o direito internacional costumeiro, o que não deixa de trazer problemas graves quanto à exigência de determinabilidade das condutas puníveis.”

¹⁶⁵ Vide PAUL RONBINSON, “Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol.154, 2005, p. 342, BETH VAN SCHAACK et al., “The Principle of Legality in International Criminal law” in *American Society of International Law*, vol.103, no.1, Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper no. 03-11, 2009, p. 104.

¹⁶⁶ Vide *supra*, ponto 2. *Nullum Crimen* como Princípio Escrito no Direito Internacional Penal.

¹⁶⁷ BETH VAN SCHAACK, “*Crimen sine lege: judicial Law...*”, cit., p.138.

importante papel daquele não impeça a verificação deste (também) no plano internacional.

Para tal, os tribunais devem-se abster de fazer uma interpretação expansiva das normas costumeiras desfavorável ao agente. O que se concretizará através da demonstração de que determinada norma costumeira era, à data da prática dos atos, criadora de responsabilidade penal individual de forma precisa e acessível.

Em relação aos requisitos *supra* mencionados, pronunciou-se o TIPJ avançando algumas linhas orientadoras¹⁶⁸.

O Tribunal estabeleceu que uma acusação penal não pode basear-se numa norma que o agente não possa, razoavelmente, conhecer à data dos atos, e tal norma deve, claramente, determinar quais os atos ou omissões gerados de responsabilidade penal¹⁶⁹.

Relativamente ao requisito de precisão, o TIPJ entendeu que esta é um elemento constitutivo da norma de costume internacional que estabelece a ofensa penal, consequentemente, a ausência da primeira implica a inexistência da segunda¹⁷⁰.

No que diz respeito ao requisito de acessibilidade, no caso *Odžanić*¹⁷¹, o Tribunal estabeleceu que a existência e acessibilidade de determinada norma costumeira depende três fatores: 1) *State practice factor*; 2) *proximity factor*; 3) *atrocities factor*.

O primeiro fator, aquele que, determinadamente, estabelece a existência de uma norma costumeira é a prática dos Estados – *State practice factor* – mais precisamente, a prova em termos qualitativos e quantitativos da existência de uma prática dos Estados que suporte tal acusação.

O Tribunal reconheceu, ainda, que o juízo, sobre a acessibilidade de uma norma costumeira, deve ter em conta o agente a que esta potencialmente se dirige, pelo que é importante que o Tribunal recorra à lei nacional¹⁷² (quando esta tem um conteúdo, em grande parte, similar à lei internacional) de forma estabelecer uma relação de proximidade entre o agente e o conteúdo da proibição, uma vez que aquela está mais próxima do

¹⁶⁸ Neste ponto, com as devidas adaptações, seguiremos de perto LORENZO GRADONI, *Nullum crimen sine consuetudine...* pp. 14 a 18.

¹⁶⁹ *Prosecutor v. Vasiljević*, caso (IT-98-32) Trial Chamber II, Judgment, 29 de novembro de 2002, §193.

¹⁷⁰ *Ibidem*, § 203.

¹⁷¹ *Prosecutor v. Milutinović et. al*, caso (IT- 99-37-AR-72), Appeals Chamber, Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction: *Joint Criminal Enterprise*, 21 de maio de 2003.

¹⁷² Note-se que, recorrer à lei nacional de forma a estabelecer uma relação de proximidade entre o agente e o conteúdo da proibição não significa aplicar lei nacional, como bem nota o TPIJ, quando explicita: "This Tribunal does not apply the law of the former Yugoslavia to the definition of the crimes and forms of liability within its jurisdiction. It does (...) apply customary international law to its jurisdiction *rationae materiae*", *Ibidem*, § 40.

agente¹⁷³ – *proximity factor*.

O terceiro, e último, fator identificado pelo TIPJ, corresponde à natureza desumana dos atos em questão, fator que contribui para a prova de que, dificilmente, o agente poderia desconhecer a natureza criminosa desses mesmo atos¹⁷⁴ – *atrocities factor*.

Embora não decisivos, os dois últimos fatores podem servir como indicadores, complementares ao primeiro, na determinação da acessibilidade da norma costumeira.

É certo que, o passo dado pelo TIPJ, não vem afastar, por completo, as vicissitudes originadas pela aplicação do costume como fonte de direito penal. Apesar disso, é visível o esforço do TIPJ no sentido de estruturar e tornar mais transparente o processo de aplicação do direito costumeiro internacional.

¹⁷³ *Ibidem*, § 40.

¹⁷⁴ *Ibidem*, § 42.

Conclusão

No presente trabalho, por meio da análise do princípio *nullum crimen sine lege* ao longo do desenvolvimento do direito internacional penal, procurou-se compreender o papel daquele na jurisprudência dos tribunais internacionais. Referenciando, com especial atenção, alguns momentos mais sinuosos deste percurso e tentando, fazer a sua apreciação crítica.

Em poucas palavras podemos concluir dizendo que – lado a lado com os progressos codificadores, que tentaram colmatar as lacunas que pudessem pôr em causa a legitimidade do direito internacional penal como sistema punitivo – a jurisprudência dos tribunais internacionais foi essencial para a construção do atual sistema de direito internacional penal. Não obstante, os tribunais nem sempre fizeram uma aplicação estrita da legalidade penal, de forma a apresentar respostas perante a natureza *sui generis* da criminalidade internacional. Por outro lado, dúvidas se colocaram sobre a validade do *nullum crimen* no plano internacional, dúvidas completamente dissipadas, neste momento.

Tenhamos, ainda assim, presente que o direito internacional penal não é uma realidade estática e o dilema gerado pelo *nullum crimen* não se pode dar como extinto. Antes sim, encontra-se em constante e gradual diálogo com os processos codificadores e jurisprudenciais.

Particularizando, o que se quis demonstrar neste trabalho, e em especial, com o caso Norman, relativo ao alistamento de crianças-soldado, foi que, apesar de o costume internacional ser indeterminado por natureza, nunca essa indeterminação pode representar uma transferência do poder de criminalizar da lei para as mãos dos juizes.

Para finalizar, ainda que possa parecer truísmo, é também de notar que a aspiração dos tribunais penais não pode passar por julgar a moral, mas aplicar normas a fatos.

Como escreveu Hannah Arendt sobre o Julgamento de Adolf Eichmann, *são os atos que estão em julgamento, e não o sofrimento dos judeus, nem o povo alemão e a humanidade, nem tão-pouco o anti-semitismo e o racismo*¹⁷⁵.

Contudo, o direito não pode ser esvaziado da moral, sobretudo no domínio dos direitos humanos, quando estamos perante as mais graves violações que atentam contra a dignidade humana e que afetam a comunidade no seu todo. É indispensável, então,

¹⁷⁵ HANNAH ARENDT, *Eichmann em Jerusalém – Uma Reportagem Sobre a Banalidade do Mal*, Coimbra: Edições Tenacitas, 2003, cit., pp.57 e 58.

responder à difícil questão de quando é que acaba a aplicação do direito aos fatos e começa o juízo da moral¹⁷⁶. Nestes casos, torna-se vital fazer uma aplicação exime do princípio da legalidade penal, de forma a *garantir que o acusado não seja condenado com base em repulsa em vez de prova*¹⁷⁷.

¹⁷⁶ NOORA JOHANNA ARAJÄVI, “Between *Lex Lata...*”, cit., p. 5.

¹⁷⁷ Cfr. Opinião dissidente do Juiz Geoffrey Robertson no caso *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Case no. SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 31 May 2004, p.7422.

Referências Bibliográficas

ACQUAVIVA, Guido, “At the Origins of Crimes Against Humanity – Clues to a Proper Understanding of the *Nullum Crimen* Principle in the Nuremberg Judgment”, *Journal of International Criminal Justice*, Oxford Press University, Vol.9, nº4, 2011, pp. 881 - 903.

AJEVSKI, Marjan, “Judicial Law-making in International Criminal Law - The Legitimacy Conundrum”, Cap.10, in CRAWFORD, James/ NOUWEN, Sarah, *Selected Proceedings of the European Society of International Law*, Portland: Hart Publishing, 2012.

AKANDE, Dapo, “Sources Of International Criminal Law”, in CASSESE, Antonio et al., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 41 - 53.

AMBOS, Kai, “Remarks on the General Part of International Criminal Law” in *Journal of International Criminal Justice*, Oxford Press University, Vol.4, 2006, pp. 660 - 673.

-*A Parte Geral Do Direito Penal Internacional - Bases para uma elaboração dogmática*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

-*Principios e Imputación en el Derecho penal internacional*, Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2008.

ARAJÄRVI, Noora Johanna, “Between Lex Lata and Lex Ferenda? Customary International (Criminal) Law and the Principle of Legality”, *Tilburg Law Review: Journal of International and European Law*, Vol. 15, No. 2, 2011, pp. 163 -183. Disponível em: (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1968443).

ARENDDT, Hannah, *Eichmann em Jerusalém – Uma Reportagem Sobre a Banalidade do Mal*, Coimbra: Edições Tenacitas, 2003.

BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Direito Internacional Penal, Uma Perspectiva Dogmático-Crítica*, Coimbra: Almedina, 2008.

BASSIOUNI, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

- *Crimes Against Humanity In International Criminal Law: Second Revised Edition*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999.

CAEIRO, Pedro, LEMOS, Miguel Ângelo, “Genocídio e Cumplicidade”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, julho-setembro 2013, pp. 450 a 484.

CASSESE, Antonio, *International Criminal Law - Second edition*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

- “Nullum Crimen Sine Lege” in CASSESE, Antonio et al., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 438 a 441.

- “The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?”, *European Journal of International Law*, Vol.11, nº1, 2000, pp.187 - 216.

- “Crimes Against Humanity” ” in CASSESE, Antonio et al., *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*. Vol.1, Oxford: Oxford Press, 2002, pp. 353 a 378.

CASSESE, Antonio/ ACQUAVIVA, Guido/FAN, Mary/ WHITING, Alex, *International Criminal Law Cases & Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

COSTA, Joana, *Joint Criminal Enterprise - O Problema da Imputação Individual do Facto Colectivo na Jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

D. DUBBER, Markus, “The Legality Principle in American and German Criminal Law: An Essay in Comparative Legal History”, Toronto: University of Toronto, 2010, disponível em: (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1735966).

FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco, *Direito Internacional Público*, 2ªedição Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

- “Codificação e Desenvolvimento Progressivo do Direito Internacional Penal”, *Boletim da Faculdade de direito*, Vol. 88, Coimbra, 2012, pp. 605 - 638.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal, Parte Geral: Questões Fundamentais A Doutrina Geral Do Crime*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

-*Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FLETCHER, George, “The Influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Law” in in CASSESE, Antonio et al., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2009.

GALLANT, Kenneth S., *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

GOMES CANOTILHO, J.J; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a Edição Revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GOODFELLOW, Nicholas Azadi, “The Miscaracterization of ‘forced marriage’ as a Crime Against Humanity By The Special Court Of Sierra Leone” in *International Criminal Law Review*, Vol.11, 2011, pp. 831 - 967.

GRADONI, Lorenzo, “*Nullum crimen sine consuetudine*: A Few Observations on How the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Has Been Identifying Custom”, disponível em (http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Gradoni_0.PDF).

HALDEMANN, Frank, “Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A debate on Nazi Law” in *Ratio juris*, Vol. 18, No. 2, 2005, pp. 162 - 178.

KAUL, Hans-Peter, “Is it Possible to Prevent or Punish Future Aggressive War-Making?”, *Forum for International Criminal and Humanitarian Law*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2011. Disponível em (http://www.fichl.org/fileadmin/fichl/documents/FICHL_OPS/FICHL_OPS_1_Kaul.pdf).

KELSEN, Hans, “Will de judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent on International Law?”, *The International Law Quarterly*, Vol.1, No.2, 1947, pp. 153 - 171.

KREß , Claus, “Nulla Poena Nullum Crimen Sine Lege” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg: Heidelberg and Oxford University Press, 2010. Disponível em: (<http://www.uni-koeln.de/jur-fak/kress/NullumCrimen24082010.pdf>).

KRIEGER, César Amorim, *Direito Internacional Humanitário - O precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional*, Vol. 10, Curitiba: Juruá Editora, 2004.

LAMB, Susan, “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege in International Criminal Law” in CASSESE, Antonio et al., *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*. Vol.1, Oxford: Oxford Press, 2002, pp. 733 - 766.

LIPPMAN, Matthew, “Crimes against Humanity” in *Boston College Third World Law Journal*, Vol. 17, issue 2, 1997, pp. 171-273. Disponível em: (<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1217&context=twlj>).

MACHEL, Graça, *The Impact of War on Children*, UNICEF, 1996.

MARSH, Luke; RAMSDEN, Michael, “Joint Criminal Enterprise: Cambodia’s Reply to Tadić”, in *International Criminal Law Review*, Vol. 11. 2001, pp. 137-154.

MOREIRA, Vital, et al., *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

OLÁSOLO, Héctor, “A note on the Evolution of the Principle of legality in International Criminal Law” in *Criminal Law Forum*, Vol. 18, Springer, 2007, pp. 301 - 319.

- *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Oxford: Hart Publishing, 2010.

QUINTELO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, (3ª edição), Pamplona: Aranzadi, 2002.

RADBRUCH, Gustav, “Five Minutes of legal Philosophy (1945)” in *Oxford Journal for Legal Studies*, Vol. 26, n.º1, 2006, pp.13 -15.

RAMOS, Luiz Felipe Gondin, *Tribunal Internacional Militar de Nuremberg - Análise histórica e Legado jurídico*, Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis, 2009. Disponível em:

http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/nuremberg/mono_ramos_tribunal_nuremberg_legado.pdf).

ROBINSON, Paul H., “Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.154, 2005, pp. 335 - 398.

SHAHABUDDEEN, Mohamed, “Does the Principle of legality Stand In the Way Of Progressive Development of Law?” in *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, Vol. 2, 2004, pp. 1007 - 1017.

SPIGA, Valentina, “Non-Retroactivity of Criminal Law: A New Chapter in the Hissène Habré Saga” in *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, Vol.9, 2011, pp. 5 - 23.

THORMUNDSSON, Jonatan, “the Sources Of International Criminal Law With Reference to the Human Rights of Domestic Criminal Law” in *Scandinavian Studies in Law*, Vol.39, 2000, pp. 387- 393. Disponível em: (<http://www.scandinavianlaw.se/pdf/39-17.pdf>).

VAN SCHAAK, Beth, “*Crimen Sine Lege*: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97, issue 1, 2008, pp. 119-192. Disponível em: (<http://georgetownlawjournal.org/files/pdf/97-1/VanSchaack.PDF>).

VAN SCHAAK, Beth, et al., “The Principle of Legality in International Criminal law” in *American Society of International law*, Vol.103 No1, Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper No. 03-11, 2009, pp. 101- 104.

WALDOCK, Humphrey, “General Course on Public International Law” in *Recueil des Cours, Collected Courses 1980*, Vol. 169, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

WERLE, Gerhard, “General Principles of International Criminal Law”, in CASSESE, Antonio et al., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 54-62.

- *Principles of International Criminal Law*, 2ª edição, Haia: Asser Press, 2009.

WHARTON, Sara, “The Evolution of International Criminal Law: Prosecuting ‘New’ Crimes before the Special Court for Sierra Leone”, in *International Criminal Law Review* *11*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 217- 239.

Jurisprudência Essencial

Tribunal Internacional Penal para a Ex-Jugoslávia

Prosecutor v. Zlato Aleksovki, caso (IT-95-14/1-A), Judgment In the Appeals Chamber, 24 de março 2000.

Prosecutor v. Delalić et al., caso (IT-96-21-T), Trial Chamber, 16 de novembro de 1998.

Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić & Landžo, caso (IT-96-21-T), Judgment, 16 de novembro de 1998.

Prosecutor v. Anto Furundžija, caso (IT-95-17/1-T), Trial Judgement, 10 de dezembro de 1998.

Prosecutor v. Enver Hadzihasanović, Mehmed Alagić e Amir Kubura, caso (IT-01-47-AR72), Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command responsibility, 16 de julho de 2003.

Prosecutor v. Hadžihasanović (IT-01-47-PT), Trial Chamber, 12 de novembro de 2002.

Prosecutor v. Krajišnik, Caso (IT-00-39-T), Trial Judgement, 27 de setembro de 2006.

Prosecutor v. Milutinovic et al. caso (IT-99-37-AR72), Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction: Joint Criminal Enterprise, 21 de maio de 2003.

Prosecutor v. Milomir Stakić, caso (IT-92-24-A), Judgement on Appeals Chamber, 22 de março de 2006.

Prosecutor v. Milutinovic et al. caso (IT-99-37-AR72), Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction: *Joint Criminal Enterprise*, 21 de maio de 2003.

Prosecutor v. Milutinović, Nikola Sainović e Dragoljub Ojdanić, caso (IT-99-37-AR72), Decision on Interlocutory Appeal, 12 de maio de 2004.

Prosecutor v. Pavle Strugar, caso (IT-01-42-AR72), Decision on Interlocutory Appeal, 22 novembro de 2002.

Prosecutor v. Dusko Tadić, caso (IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de outubro de 1995, ("*Tadić* Jurisdiction Decision").

Prosecutor v. Dusko Tadić, caso (IT- 94-1-A), Judgement in the Appeals Chamber, 15 de julho de 1999.

Prosecutor v. Dusko Tadić, caso (IT-94-1-A), Judgment in Sentencing Appeals, 26 de janeiro de 2000.

Prosecutor v. Vasiljević, caso (IT-98-32) Trial Chamber II, Judgment, 29 de novembro de 2002.

Tribunal Especial para a Serra Leoa

Prosecutor v. Samuel Hinga Norman, Moinina Fofana and Allieu Kondewa, Case No. SCS1-2004-14-1, Indictment, 4 de fevereiro de 2004.

Prosecutor v. Sam Hinga Norman, Case No. SCSL-2004-14-AR72 (E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 31 de maio de 2004.

Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao, Case No. SCSL-04-15-T (Trial Judgment), 2 de março de 2009.

Tribunal Internacional de Justiça

Asylum Case (Colom. v. Peru), International Court of Justice, 1950.

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

CR v The United Kingdom, Judgment, [ECtHR], 22 de novembro de 1995.

Jorgic v. Germany, Judgment, [ECtHR], 12 de julho de 2001.

Kolk and Kislyik v. Estonia, Judgment, [ECtHR], 9 de junho de 2004.

Streletz, Kessler and Krenz v. Germany [Judgment] [ECtHR], 22 de março de 2001.

SW v. The United Kingdom [Judgment] [ECtHR], 22 de novembro de 1995.

House of Lords

Regina v. R, House of Lords, 23 de outubro de 1991.

Secções Extraordinárias do Tribunal do Camboja

Prosecutor v. Kaing Guek Eav (DUCH), caso no. 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTO 02), Pre-Trial Chamber, 27 de outubro de 2008.

Índice

Introdução	1
------------------	---

PARTE I

CONTEXTUALIZAÇÃO PROBLEMÁTICA

1. O Princípio da Legalidade no Direito Internacional Penal	4
1.1. O Princípio da Legalidade.	6
1.2. A Common Law e a Civil Law.	7
1.3. A Interpretação da Lei Penal.	10
1.4. Breves Conclusões.	11

PARTE II

A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E NORMATIVA DO PRINCÍPIO

1. Os Julgamentos de Nuremberga e Tóquio.	12
1.1. Breves Conclusões.	18
2. Nullum Crimen como Princípio Escrito do Direito Internacional Penal.	19
3. A Ordem Jurídica Portuguesa e o Princípio da Legalidade Penal Internacional.	20
4. Nullum Crimen na Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.	21
4.1. Breves Conclusões.	23
5. Os Tribunais Internacionais Penais Modernos (Pós-Nuremberga e Tóquio).	25
5.1. O Tribunal Internacional Penal para a ex-Jugoslávia.	27
A- Caso Tadić (Natureza do Conflito e <i>Joint Criminal Enterprise</i>).	29
5.2. O Tribunal Especial para a Serra Leoa.	35
A- Caso Norman (Alistamento de Crianças-soldado).	37
5.3. Breves Conclusões.	40

PARTE III

O PRESENTE E O FUTURO DO *NULLUM CRIMEN* NO DIREITO INTERNACIONAL

1. A Criação do Tribunal Internacional Penal.	42
2. A Atual Harmonização Entre o Princípio da Legalidade e o Costume Internacional.	44
Conclusão	48
Referências Bibliográficas	50
Jurisprudência Essencial	56

Índice de Siglas e Abreviaturas

CDF – *Civil Defence Forces*

CEDH – *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*

CRP – *Constituição da República Portuguesa*

DUDH – *Declaração Universal dos Direitos Humanos*

ETMI – *Estatuto do Tribunal Militar Internacional*

ERTPI – *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*

ETPIJ – *Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Jugoslávia*

JCE – *Joint Criminal Enterprise*

PIDCP – *Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos*

RD – *República Democrática Alemã*

TEDH – *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*

TESL – *Tribunal Especial para a Serra Leoa*

TIJ – *Tribunal Internacional de Justiça*

TMI – *Tribunal Militar Internacional*

TPIJ – *Tribunal Penal Internacional para a Ex-Jugoslávia*

TPIR – *Tribunal Penal Internacional para o Ruanda*

TPI – *Tribunal Penal Internacional*

Cit. – Citação

No. – Número

p. – Página

pp. – Páginas

§ – Parágrafo

§§ – Parágrafos

ss. – Seguintes

Vol. – Volume